

**MARIANA KOWALSKI FURLAN**

**OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL E MECANISMOS DE  
GARANTIA**

**CURITIBA  
2003**

**MARIANA KOWALSKI FURLAN**

**OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL E MECANISMOS DE  
GARANTIA**

**Monografia apresentada ao Curso de  
Graduação em Direito, Setor de Ciências  
Jurídicas, Faculdade de Direito,  
Universidade Federal do Paraná, como  
requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Elizeu Moraes Corrêa**

**CURITIBA  
2003**

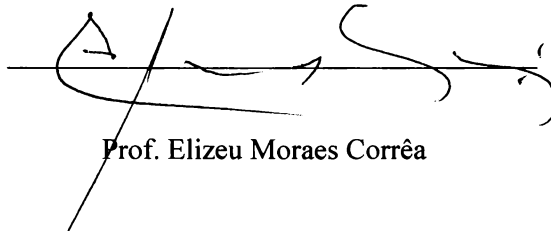
# TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANA KOWALSKI FURLAN

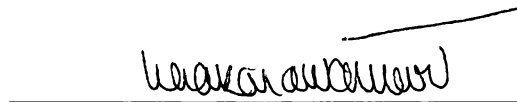
## OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL E MECANISMOS DE GARANTIA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

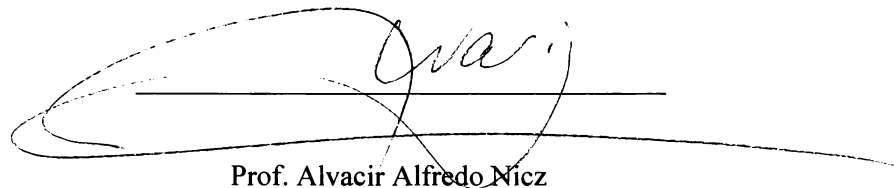
Orientador:



Prof. Elizeu Moraes Corrêa



Prof.ª Vera Karam de Chueiri



Prof. Alvacir Alfredo Nicz

Curitiba, 12 de setembro de 2003

Agradeço a todos que me apoiaram no desenvolvimento e conclusão deste trabalho.

O instituto da inconstitucionalidade por omissão deve manter-se, não para deslegitimar governos ou assembléias inertes, mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a Constituição não cumprida.

J. J. Gomes Canotilho

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	vii
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO</b> .....	3
2.1 TEORIAS SOBRE O SENTIDO E A ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO – SUPREMACIA E RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.....	3
2.2 CONSTITUIÇÃO E MODELO DE ESTADO.....	9
<b>3 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS</b> .....	12
3.1 EXISTÊNCIA, VIGÊNCIA, VALIDADE, LEGITIMIDADE E EFICÁCIA.....	12
3.2 TEORIAS DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	14
3.2.1 Normas auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis (teoria clássica).....	15
3.2.2 Concepções modernas.....	16
3.2.3 Classificação proposta por JOSÉ AFONSO DA SILVA.....	17
3.3 CAMPO DE INCIDÊNCIA DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL.....	21
<b>4 INCONSTITUCIONALIDADE</b> .....	22
4.1 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, ORGÂNICA E MATERIAL.....	24
4.2 INCONSTITUCIONALIDADE TOTAL E PARCIAL.....	25
4.3 INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO E OMISSÃO.....	26
4.4 INCONSTITUCIONALIDADE ORIGINÁRIA E SUPERVENIENTE.....	28
4.5 INCONSTITUCIONALIDADE ANTECEDENTE (OU IMEDIATA) E CONSEQÜENTE (OU DERIVADA).....	28
4.6 INCONSTITUCIONALIDADE DIRETA E INDIRETA.....	29
4.7 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	29
4.7.1 Modelo inglês.....	29
4.7.2 Modelo francês.....	29
4.7.3 Modelo americano.....	30
4.7.4 Modelo austríaco.....	30

4.7.5 Modelo português e modelo brasileiro.....	31
4.7.6 Formas de manifestação do controle da constitucionalidade.....	32
<b>5 OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL.....</b>	<b>34</b>
5.1 CARACTERIZAÇÃO.....	35
5.2 OMISSÃO LEGISLATIVA TOTAL E PARCIAL.....	38
5.3 OMISSÃO LEGISLATIVA FORMAL E MATERIAL.....	39
5.4 OMISSÃO LEGISLATIVA ABSOLUTA E RELATIVA.....	40
<b>6 MECANISMOS DE GARANTIA CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>42</b>
6.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	44
6.1.1 Características.....	44
6.1.2 Legitimidade ativa e passiva.....	45
6.1.3 Efeitos da decisão.....	46
6.1.4 Decisão de inconstitucionalidade por omissão parcial (relativa) por violação ao princípio da isonomia (cláusula de exclusão de benefício).....	49
6.2 MANDADO DE INJUNÇÃO.....	51
6.2.1 Características.....	51
6.2.2 Natureza da norma regulamentadora.....	55
6.2.3 Competência para processar e julgar.....	55
6.2.4 Legitimidade ativa e passiva.....	56
6.2.5 Provimento judicial.....	58
6.2.6 O mandado de injunção e o princípio da separação dos poderes.....	65
6.2.7 O papel do mandado de injunção na Constituição de 1988.....	66
6.3 DIFERENÇAS ENTRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O MANDADO DE INJUNÇÃO.....	66
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>68</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>71</b>

## RESUMO

Análise doutrinária e jurisprudencial a respeito da fiscalização da constitucionalidade por omissão do Poder Legislativo, bem como de seus mecanismos de garantia previstos na Constituição de 1988. A Carta de 1988 apresenta traços de uma Constituição Dirigente, típica de um Estado Democrático de Direito, na qual há a preocupação com uma efetiva proteção aos direitos e garantias individuais e sociais. Quando esses direitos e garantias não podem ser exercidos devido a um comportamento omissivo dos Poderes Públicos, especialmente do Poder Legislativo, há a necessidade de um controle da constitucionalidade tendo em vista a efetivação das normas do Texto Maior. Portanto, são objetivos específicos do trabalho: a) adotar um conceito de Constituição a fim de operacionalizar o desenvolvimento do tema do controle de constitucionalidade; b) apresentar uma classificação das normas constitucionais de acordo com a eficácia e aplicabilidade; c) caracterizar a inconstitucionalidade, especialmente a inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo; d) apresentar os mecanismos de garantia contra a omissão legislativa inconstitucional a fim de dar efetividade aos direitos e garantias previstos no Texto de 1988; e) destacar o papel que o Judiciário deverá assumir de modo a combater a inércia legislativa inconstitucional.

**Palavras-chave:** Constituição, Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais, Inconstitucionalidade, Omissão Legislativa Inconstitucional, Mecanismos de Garantia Constitucional, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Mandado de Injunção.

## 1 INTRODUÇÃO

A monografia trata do controle de constitucionalidade com enfoque na omissão legislativa inconstitucional e os seus mecanismos de garantia. O controle de constitucionalidade surgiu com o fim de harmonizar o conteúdo da Constituição e a ordem jurídica, tendo como fundamento o princípio da supremacia do texto constitucional. Os mecanismos deste controle surgiram, então, para assegurar o efetivo cumprimento da Constituição. Para análise do tema proposto, dividiu-se o trabalho em cinco partes.

Primeiramente, estabelecer-se-ão algumas noções sobre o conceito de Constituição, seu sentido e estrutura. É importante destacar a supremacia e a rigidez constitucional, uma vez que, para a existência da fiscalização da constitucionalidade, deve-se estar diante de uma Constituição formal, rígida e que ocupa um espaço de supremacia em relação às demais normas que compõem o ordenamento jurídico (normas complementares e ordinárias).

Em um segundo momento, tratar-se-á da aplicabilidade das normas constitucionais. Tem-se, pois, que a partir do grau de eficácia e aplicabilidade da norma constitucional, surge a necessidade de atuação do legislador infraconstitucional a fim de dar efetividade ao disposto na Carta Magna. Por outras palavras, surge a necessidade de que o legislador complemente o Texto Constitucional através de leis que o regulamente. Assim, quando a norma constitucional necessita de regulamentação infraconstitucional para que possa ser efetivada, quedando-se inerte o legislador, passa-se à caracterização da omissão legislativa inconstitucional.

Na terceira parte, apresentar-se-ão, de forma sucinta, as formas de inconstitucionalidades, que inspiram o desenvolvimento de mecanismos para o controle da constitucionalidade.

Em seguida, dedicar-se-á uma parte para a caracterização da omissão legislativa inconstitucional. A Constituição de 1988 configura-se como bastante avançada no campo dos direitos e garantias fundamentais e sociais. Vista como uma

Constituição Dirigente, a Carta Magna trouxe também em seu bojo a preocupação com o efetivo cumprimento desses direitos e garantias. A omissão legislativa inconstitucional impede o exercício dos direitos e garantias previstos no Texto Maior (com exceção dos direitos e garantias fundamentais, pois estes têm aplicação imediata, conforme reza o art. 5º, § 1º, da Suprema Carta), devido ao silêncio (inércia) do legislador, motivo pelo qual deve ser veementemente combatida.

Por fim, na quinta parte apresentar-se-ão os mecanismos de garantia da inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. Procurar-se-á também destacar o papel que o Judiciário deverá assumir na busca pela efetividade das normas constitucionais.

## 2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO<sup>1</sup>

Para conceituar a Constituição a doutrina de um modo geral expõe diversas teorias as quais foram concebidas ao longo do tempo, tendo em vista principalmente o modelo de Estado no qual tais concepções estavam inseridas. Neste trabalho apresentar-se-ão algumas dessas concepções de forma a tentar construir um conceito de Constituição, que se faz imprescindível para o desenvolvimento do assunto que se propõe tratar – omissão legislativa inconstitucional e os seus mecanismos de garantia. Para tanto, desde logo se faz a ressalva que não se pretende aqui esgotar as teorias que tratam do assunto, pelo contrário, procurar-se-á expor algumas das concepções de forma a nortear o desenvolvimento do trabalho, adotando aquela que parecer mais adequada.

### 2.1 TEORIAS SOBRE O SENTIDO E A ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO – SUPREMACIA E RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Ao tratar do conceito de Constituição Oswaldo Luiz PALU (2001, p. 26-27) anota o que entende como as principais correntes doutrinárias que procuraram desenvolver a sua idéia central, bem como sua estrutura. Aponta, resumidamente, as seguintes: a) jusnaturalismo – “a Constituição é o reconhecimento dos princípios gerais do Direito Natural”; b) positivismo – a Constituição é tida como norma superior de todo o ordenamento jurídico, tendo seu fundamento de validade na norma hipotética fundamental, visualizada por Kelsen; c) historicistas – Constituição como “expressão da estrutura histórica de cada povo e a base da legitimidade de sua

---

<sup>1</sup> “As classificações, como observa Carrió, não são verdadeiras nem falsas, mas simplesmente, úteis ou inúteis. Suas vantagens ou desvantagens estão sujeitas ao interesse que orienta quem as formula e a sua fecundidade para representar um campo de conhecimento de uma maneira mais facilmente compreensível ou mais rica em conseqüências práticas desejáveis. Inúmeros critérios há desde os quais, de forma múltipla, se pode classificar as Constituições. Nenhuma dessas classificações é verdadeira; nenhuma é falsa. O que resulta, simplesmente, é que, se o que se pretende demonstrar, comprovar ou esclarecer é algo bem definido, em regra será demonstrável, comprovável ou esclarecível mediante o recurso a uma dessas classificações. Esta, no caso, será a classificação que se presta, de modo útil, ao fim almejado; as demais serão inúteis para tanto.” (GRAU, 2002, p. 65)

organização política”; d) sociológicas – “as Constituições são conseqüências dos mutáveis fatores sociais que condicionam o exercício do poder” (Lassalle); e) marxistas – Constituição como “mera superestrutura jurídica de uma organização econômica subjacente, sendo um dos instrumentos da ideologia da classe dominante”; f) decisionista – Constituição como decisão política fundamental (Carl Schmitt); g) institucionalista – Constituição como “organização social como expressão das idéias duradouras da sociedade e como ordenamento das forças e fins políticos”; h) filosofia de valores – “ordem de valores anterior e não criada por ela a vincular os poderes estatais e a própria Constituição”.

Após a exposição dessas concepções sobre o conceito de Constituição, o autor acaba por conceituá-la da seguinte forma: “... sistema de normas jurídicas que regula a forma do Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e exercício do poder e seus limites, bem como os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.” (PALU, 2001. p. 31) E, por fim, acrescenta que:

A constituição é algo que tem como forma um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo.

José Joaquim Gomes CANOTILHO também apresenta variadas concepções sobre o conceito da Constituição: a) conceito histórico universal, no qual expõe que todos os países possuem e possuíram sempre, em todos os momentos da história, uma constituição (também entendido como um modo de organização); b) fonte de direito, na qual era designada como fonte escrita do direito com valor de lei; c) modo de ser da comunidade, a totalidade da estrutura social da comunidade; d) organização jurídica do povo; e) “*lex fundamentalis*” limitadora do poder soberano; e, f) ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito.

CANOTILHO destaca os pontos fundamentais que conduzem a estrutura e função da Constituição: a) idéia de lei fundamental como instrumento formal e processual de garantia; b) tese de que as constituições podem e devem ser também

programas ou linhas de direção para o futuro.

Explica que a força hierárquica suprema das normas constitucionais justifica a imposição pela Constituição do princípio da conformidade de todos os atos do poder público com as normas e princípios constitucionais.

Parte da doutrina, a exemplo de José Afonso da SILVA e Michel TEMER, entende que a Constituição pode ser conceituada a partir de três sentidos clássicos: sociológico, político e jurídico.

Representante do sociologismo constitucional, Ferdinand Lassalle explica o *sentido sociológico* da Constituição, no qual esta é vista antes como fato do que como norma – o Direito é concebido como fato social. Por este sentido, basicamente, tem-se que a Constituição está vinculada à realidade social na qual está inserida, ou seja, aos fatores reais do poder. Por outras palavras, há uma interconexão entre a realidade social e a Constituição.

No *sentido político* a Constituição é vista como decisão política fundamental. Esta idéia de decisão política fundamental foi desenvolvida por Carl Schmitt (sentido positivo do vocábulo Constituição). José Afonso da SILVA resume o pensamento de Schmitt da seguinte forma: “A Constituição não se dá a si mesma, mas é dada por uma unidade política concreta, anteriormente existente, e ela vale em virtude dessa vontade política existencial daquele (poder constituinte) que a dá.” (SILVA, 2003, p. 28)

Já o *sentido jurídico* traz a idéia de norma jurídica fundamental, ou seja, lei fundamental de organização do Estado e da vida jurídica de um país. (SILVA, 2003, p. 29) Este sentido foi desenvolvido por Kelsen. Contrária à concepção sociológica, encara a Constituição a partir de um normativismo puro, reconhecendo que os fatores sociológicos e filosóficos não pertencem ao campo de análise do Direito, mas de outras ciências como a sociologia e a filosofia.

A partir dos ensinamentos de José Afonso da SILVA em relação aos três sentidos (sociológico, político e jurídico) acima anotados de forma simplificada, verifica-se que cada sentido, tomado isoladamente, não dá conta de explicar a

Constituição como um todo. Eles devem ser tidos de forma unitária, por outras palavras, esses sentidos somam-se para compor e definir a estrutura da Constituição.

Segundo este autor, para se estudar a Constituição e a aplicabilidade de suas normas, há a necessidade de se tomar a Constituição a partir de uma divisão – Constituição material e formal – decorrente do todo unitário, ou seja, do sentido sociológico, político e jurídico que apresenta.<sup>2</sup>

A *Constituição material* pode ser concebida em uma acepção ampla e outra restrita. Em sentido amplo significa a organização do Estado, o seu regime político. Em sentido restrito significa as normas constitucionais escritas que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais do homem. Paulo BONAVIDES ensina que a noção de Constituição material abrange todo o conteúdo básico relativo à composição e ao funcionamento da ordem política.

É, no entanto, o conceito de Constituição formal que interessa para análise da aplicabilidade das normas e do controle de constitucionalidade a fim de adentrar-se no assunto da omissão legislativa inconstitucional.

A *Constituição formal* significa a forma escrita de existir do Estado em um documento editado solenemente pelo poder constituinte, não podendo ser modificado ou alterado sem um processo especial que o autorize.

Interessa também entender a Constituição formal vinculada à idéia de rigidez, pois permite distinguir as normas constitucionais das normas complementares e ordinárias, destacando a supremacia daquelas sobre estas. Desse modo, “Rigidez constitucional significa imutabilidade da constituição por processos ordinários de elaboração legislativa.” (SILVA, 2003, p. 41) Em contraposição às constituições rígidas, fala-se em constituições flexíveis, as quais não exigem um processo especial para a modificação de suas normas.

Assim, tendo em vista as noções até agora expostas, tem-se que para o desenvolvimento do assunto, qual seja, a omissão legislativa inconstitucional e os seus

---

<sup>2</sup> Em que pese a necessidade dessa divisão em Constituição material e formal, esta deve sempre ser tida a partir da concepção unitária como delineado pelo autor.

mecanismos de controle, é fundamental partir de um conceito de Constituição que a tome em seu sentido formal e rígido, através do qual é possível a distinção entre norma constitucional e norma complementar e ordinária. Além disso, há que se destacar a supremacia das normas constitucionais face às demais normas que compõem o ordenamento jurídico.<sup>3</sup>

Regina M. M. N. FERRARI, partindo dos ensinamentos de Kelsen, considera a Constituição como lei suprema do Estado e como fonte de validade de todo o ordenamento jurídico estatal.<sup>4</sup>

Clèmerson Mèrlin CLÈVE estrutura um conceito de Constituição partindo da premissa de que essa Constituição deve ser compreendida como norma, mais precisamente como norma fundamental.<sup>5</sup> A partir dessa compreensão da Constituição como Lei Fundamental deve-se reconhecer a sua supremacia na ordem jurídica, bem como a existência de mecanismos que garantam juridicamente essa supremacia. A partir da supremacia tem-se que deve haver uma compatibilidade formal entre o direito infraconstitucional e as normas constitucionais e também com o que chama de “dimensão material”, a qual se expressa através de um conteúdo de normas e de valores.

Então, a partir da estrutura e do papel que imputa à Constituição surge a necessidade de um controle da constitucionalidade das demais normas que compõe o ordenamento jurídico, ou seja, da fiscalização da constitucionalidade. Para tanto, segundo Clèmerson CLÈVE, é preciso que se atenda aos seguintes pressupostos: a) existência de uma Constituição formal; b) compreensão da Constituição como lei fundamental (rigidez e supremacia constitucionais; distinção entre leis ordinárias e leis

---

<sup>3</sup> Destaca Agassiz ALMEIDA FILHO (2001, p. 116) que “Apesar de a perspectiva formal da constituição ser responsável por seu posicionamento no cume do sistema jurídico, é seu valor material que figura como núcleo fundante do princípio da supremacia da constituição, configurando-se como um importante aspecto a ser considerado pelo estudo da inconstitucionalidade por omissão.”

<sup>4</sup> Expõe ainda esta autora que “Esta superioridade constitucional é a mais eficaz garantia da liberdade e da dignidade do indivíduo, já que obriga enquadrar todos os atos normativos às regras prescritas na Constituição.” (FERRARI, 1990, p. 10)

<sup>5</sup> Há, entretanto, que se ressaltar que tal compreensão não está de modo algum vinculada à idéia de um positivismo puro, pelo contrário, demonstra o quão necessário é vincular a norma à realidade na qual está inserida. (CLÈVE, 2000, p. 24)

constitucionais); e, c) previsão de pelo menos um órgão dotado de competência para o exercício dessa atividade.

Desse modo, como já visto, por Constituição formal entende-se Constituição escrita e formalizada.<sup>6</sup> Para a compreensão da Constituição como lei fundamental deve haver rigidez constitucional, supremacia constitucional e distinção entre lei constitucional e lei ordinária. Por Constituição rígida entende-se a que necessita de um procedimento especial, normalmente oneroso e complexo, para que possa ser modificada.<sup>7</sup> No que diz respeito à supremacia da Constituição verifica-se que depende de sua efetividade ou o que Clèmerson CLÈVE, inspirado nas idéias de Konrad Hesse, chama de “consciência constitucional”<sup>8</sup>. Por outras palavras, as normas e valores adotados pelo Poder Constituinte devem ser permanentemente perseguidos e defendidos pelos operadores do direito, deve haver uma consciência constitucional.<sup>9</sup> Quanto à existência de um órgão competente entende que “O principal mecanismo de defesa ou de garantia da Constituição consiste na fiscalização da constitucionalidade. Mas a fiscalização somente ocorrerá se a própria Constituição atribuir, expressa ou implicitamente, a um ou mais órgãos, competência para exercitá-la.” (CLÈVE, 2000, p. 34)

---

<sup>6</sup> “Por Constituição escrita ou formal a doutrina designa aquela elaborada, em geral, de um golpe só, por um órgão dotado de poder suficiente (exercente de poder constituinte). Integra documento normativo construído pela força da razão e não do tempo. Distingue-se, então, da Constituição apontada pela doutrina como costumeira, elaborada lentamente, pela insistência dos costumes, pela ação imperceptível de um poder constituinte difuso, e cristalizada pela história. É evidente que com o passar dos anos os costumes serão também reduzidos à conformação escrita, de modo que a expressão gráfica da normativa constitucional não evidencia critério suficiente para a discriminação de ambas as categorias.” (CLÈVE, 2000, p. 29)

<sup>7</sup> Como já visto, em contraposição às Constituições rígidas encontram-se as Constituições flexíveis, que não necessitam de um procedimento especial para serem modificadas.

<sup>8</sup> “... esforça-se Hesse por demonstrar que o desfecho do embate entre os fatores reais do Poder e a Constituição não há de verificar-se, necessariamente, em desfavor desta. ... a Constituição não significa apenas um pedaço de papel, como definido por Lassale. ... A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - , não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). ... A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. ... ‘Constituição real’ e ‘Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra.” (HESSE, 1991, p. 05 e 15)

<sup>9</sup> Segundo PALU (2001, p. 63) “a supremacia da norma constitucional em seus aspectos mais recônditos, intrínsecos, somente exsurge se houver a correlação com os valores, realidade e ‘possibilidades subjacentes’. Se houver divórcio, tornar-se-á norma sem vida (sem eficácia), descaracterizada do poder de regular o comportamento social, individual, institucional.”

Sobre o sentido e a estrutura da Constituição, além do que foi exposto até aqui, ensina-nos também Elival da Silva RAMOS (1994, p. 54) que:

Do atributo formal da rigidez das normas constitucionais, ou seja, da sua inalterabilidade pelos procedimentos usuais de renovação da legislação comum, extrai a doutrina o princípio da supremacia da Constituição e de suas normas sobre os atos legislativos, costumes e respectivos conteúdos normativos. Não se trata aqui de uma simples supremacia material (maior importância das normas constitucionais) e sim de uma supremacia formal, indicativa de relação de hierarquia entre a Constituição e as demais fontes normativas.

O mesmo autor acima citado (1994, p. 60), em outra passagem de sua obra, salienta o seguinte:

O que importa, entretanto, é deixar patenteado que a rigidez e a supremacia (formal) das normas constitucionais estão umbilicalmente ligadas, devendo-se entender a supremacia hierárquica, simultaneamente, como regra estrutural (do ordenamento) e como um princípio constitucional, inferido, enquanto tal, das normas agasalhadoras da rigidez e do controle de constitucionalidade.

Então, a partir das teorias desenvolvidas sobre o sentido e a estrutura da Constituição tem-se que as características da supremacia e rigidez constitucional devem ser destacadas para que se possa proceder ao exame da constitucionalidade.

## 2.2 CONSTITUIÇÃO E MODELO DE ESTADO

A Constituição é um sistema de normas estrutural da sociedade e do Estado.

O papel que a Constituição assume, ou seja, o conceito de Constituição foi/é construído a partir de um processo histórico. Nesse passo, tem-se que o modelo de Estado adotado em dada sociedade configura a sua Constituição.<sup>10</sup>

Pode-se dizer que num modelo de Estado de Direito (Estado Liberal Mínimo), o Estado possuía essencialmente um dever de não-agir (prestação negativa), conseqüentemente a sua Constituição propugnava apenas a garantia da igualdade formal entre os cidadãos.

---

<sup>10</sup> A Constituição conforma a realidade social na qual está inserida e é, simultaneamente, conformada por ela.

Com as transformações ocorridas na sociedade introduziu-se um novo modelo de Estado – o Estado de Bem-Estar Social (Estado Social Intervencionista), o qual passa a desempenhar um papel em que há a necessidade de agir (prestação positiva) em dadas situações e não-agir (prestação negativa) em outras. Isto faz com que a sua Constituição passe a propugnar a garantia da igualdade material entre os cidadãos.

É com o surgimento dessa necessidade de atuação do Estado (prestação positiva) que aparece a problemática da omissão inconstitucional, na medida em que o Poder Público silencia quando deveria agir. Então, há a omissão inconstitucional quando o Estado não cumpre ao que estava constitucionalmente obrigado, exime-se de agir como estava obrigado a fazê-lo.<sup>11</sup>

Nesse sentido, expõe Flávia PIOVESAN (2003, p. 102) que:

... a omissão inconstitucional constitui uma estratégia que visa tornar viável uma Constituição do tipo Constitutiva e Dirigente, que cultua um modelo de Estado intervencionista, do qual emerge o direito a prestações positivas. Por isso, tarefa essencial é maximizar a efetividade das normas constitucionais, estimulando o desenvolvimento de sua aplicabilidade. Extrai-se dessa análise que a inconstitucionalidade por ação remete ao problema da não validade normativa, preocupação inerente à ordem jurídica liberal e à própria construção do Estado de Direito. Já a inconstitucionalidade por omissão vem a despertar o desafio da efetividade constitucional, preocupação inerente à ordem jurídica do modelo social e à própria realização de uma Constituição Dirigente e de um Estado de Bem-Estar Social.

Hoje se pode dizer que o modelo de Estado adotado é o de um Estado Democrático de Direito<sup>12</sup>, no qual persegue-se a garantia dos direitos fundamentais do homem, bem como dos direitos sociais, através de liberdades concedidas ao indivíduo e créditos exigidos do Estado.

Diante disso, parte da doutrina, a exemplo de Paulo BONAVIDES e Regina M. M. N. FERRARI, conforma a Constituição e suas normas como Programática.

---

<sup>11</sup> Destaca Agassiz ALMEIDA FILHO (2001, p. 118) que “*À medida que a constituição foi construindo o arcabouço de um Estado cada vez mais intervencionista, a falta de concretização legislativa das normas que estabeleciam os direitos sociais transformou-se na principal causa de inefetividade constitucional.*”

<sup>12</sup> Note-se que para Flávia PIOVESAN a Constituição de 1988 propugna sobretudo um Estado de Bem-Estar Social.

Outra parte, a conforma como Constituição Constitutiva e Dirigente<sup>13</sup> (Canotilho, Clèmerson CLÈVE, Flávia PIOVESAN e Alexandre de MORAES).

Segundo Clèmerson CLÈVE (2000, p. 317), no atual estágio que a sociedade se encontra o papel que a Constituição assume é o de uma Constituição Dirigente.

O Estado provedor, a sociedade técnica, a emergência de renovada concepção a propósito dos direitos fundamentais: este é o plexo fenomênico e histórico (‘processo geral’) a reclamar a elaboração do conceito de ‘Constituição dirigente’. Uma Constituição dotada de ‘virtualidades dirigentes’ e ‘historicamente adequada’ para um novo tipo de formação sociopolítica.

Flávia PIOVESAN (2003, p. 185) acrescenta:

Extraem-se do sistema constitucional de 1988 os delineamentos de um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social. Consagra-se a preeminência ao social. O Texto de 1988 caracteriza-se como uma Constituição Constitutiva e Dirigente, como uma Carta aberta, direcionada ao futuro e não conformadora do *status quo*, que, na sua dimensão de instrumento de direção social, está em consonância com a crescente complexidade de uma sociedade antagônica, aberta e plural.

Por fim, conclui-se que a Constituição Brasileira de 1988 traz as características apontadas no modelo de Estado com o qual se conecta – Constituição Dirigente e Estado Democrático de Direito.

---

<sup>13</sup> Alexandre de MORAES (2001, p. 38) explica o significado de Constituição Dirigente, também chamada de analítica, em contraposição às constituições sintéticas (negativas, garantias). Segundo o autor: “As constituições sintéticas preveem somente os princípios e as normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio da estipulação de direitos e garantias fundamentais (por exemplo: Constituição Norte-americana); diferentemente das constituições analíticas que examinam e regulamentam todos os assuntos que entendem relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado (por exemplo: Constituição brasileira de 1988).”

### 3 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Após a exposição de algumas noções sobre o conceito de Constituição, seu sentido e estrutura, tratar-se-á da aplicabilidade de suas normas a fim de poder, mais adiante, entender o problema que abrange a omissão legislativa inconstitucional.

#### 3.1 EXISTÊNCIA, VIGÊNCIA, VALIDADE, LEGITIMIDADE E EFICÁCIA

Ao tratar da aplicabilidade das normas constitucionais há, em um primeiro momento, a necessidade de delimitar-se os conceitos de existência, vigência, validade, legitimidade e eficácia, a fim de se evitar confusões.

*Existência* significa o modo pela qual as normas jurídicas ingressam no mundo jurídico através de um processo legislativo válido e regular, conforme as regras constitucionais. Assim, as normas constitucionais ingressam no mundo jurídico, ou seja, passam a existir a partir da válida e regular manifestação do poder constituinte originário ou do poder constituinte derivado. Nesse momento em que passam a existir pode-se dizer que tais normas são também denominadas vigentes. Desse modo, *vigência* significa que a norma foi regularmente promulgada e publicada, podendo entrar em vigor em data determinada ou desde o momento de sua promulgação e publicação.

A *validade* ocorre quando, após o processo legislativo, as normas passam a viger no ordenamento jurídico em perfeita consonância com as normas que lhes são hierarquicamente superiores. José Afonso da SILVA trata desse conceito de validade tomando-o por *legitimidade*. Flávia PIOVESAN (2003, p. 55), com base na estrutura das normas desenvolvida por Kelsen, ensina que:

... norma válida é aquela que está em conformidade com a norma que lhe é hierarquicamente superior e este raciocínio é desenvolvido à luz de um sistema normativo escalonado, que se apresenta como norma jurídica positiva suprema à Constituição que, por sua vez, busca sua especial validade na norma fundamental, que é o termo unificador das normas que integram a ordem jurídica, fundamento de validade de todas as normas do sistema.

Desse modo, distingui-se a existência (vigência) da validade (legitimidade) da seguinte forma: “Enquanto a primeira está umbilicalmente ligada ao modo de ingresso da norma no ordenamento jurídico, segundo um rito de processo legislativo preestabelecido (aspecto formal), a segunda diz respeito a sua inserção no sistema jurídico segundo sua conformidade com as normas superiores (aspecto material).” (GEBRAN, 2002, p. 129)

Ainda partindo dos ensinamentos de Kelsen, pode-se distinguir a validade da eficácia (que será a seguir tratada) da seguinte forma: a validade opera no mundo do dever ser, enquanto a eficácia opera no mundo do ser. Assim, a eficácia refere-se à efetiva aplicação e observação da norma.

A *eficácia* está conectada à idéia de aplicabilidade. Segundo José Afonso da SILVA, a eficácia está diretamente relacionada à potencialidade, enquanto que a aplicabilidade relaciona-se diretamente com a realizabilidade e praticidade da norma.

Desse modo, de acordo com o referido autor, a eficácia pode ser entendida em um duplo sentido – jurídico e social.

Eficácia social significa o reflexo real que a norma produz na sociedade, sua obediência e aplicação. Segundo Michel TEMER (1993, p. 25): “A eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos.”

Eficácia jurídica significa a possibilidade de produzir efeitos jurídicos em maior ou menor grau, sua executoriedade e exigibilidade.

De acordo com Flávia PIOVESAN (2003, p. 57), “... eficácia jurídica corresponde às condições técnicas de atuação da norma, ou seja, apresenta eficácia jurídica a norma que tiver condições de aplicabilidade. Eficácia jurídica significa, assim, a possibilidade de aplicação da norma. Já a eficácia social significa a efetiva aplicação da norma a casos concretos.” [sem grifo no original]

A mesma autora (2003, p. 60) ainda ensina que:

A eficácia jurídica identifica-se com a capacidade de produção de efeitos normativos no âmbito da ordem jurídica, ou seja, designa a qualidade da norma de produzir, em maior ou

menor grau, efeitos jurídicos. Compreendida sob o prisma sociológico, a eficácia social, diversamente da eficácia jurídica, corresponde à idéia da norma estar sendo efetivamente observada e respeitada no mundo dos fatos.

Portanto, tem-se que a eficácia jurídica independe da eficácia social, mas, a primeira é condição para a existência da segunda. Por outras palavras, tem-se que há eficácia jurídica mesmo não havendo a eficácia social, mas não se pode verificar o contrário. Para que haja a eficácia social deve sempre haver a eficácia jurídica.

De acordo com José Afonso da SILVA, a eficácia jurídica confunde-se com o termo aplicabilidade, na medida em que esta também se revela como possibilidade de aplicação da norma. Então, uma norma é tida como aplicável quando possui a capacidade de produzir efeitos jurídicos em maior ou menor grau (eficácia jurídica).

### 3.2 TEORIAS DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Entende-se como normas constitucionais todas as regras e princípios<sup>14</sup> que compõem uma Constituição escrita e rígida.<sup>15</sup> O foco central desse estudo resume-se na questão de se indagar se todas as normas constitucionais têm aplicabilidade, adiantando-se desde logo que a resposta a esta questão é positiva.<sup>16</sup>

---

14 Deve-se estar atento ao fato de que também compõem a Constituição os princípios implícitos.

15 Ivo DANTAS (1994, p. 54) apresenta o conteúdo das normas constitucionais a partir da seguinte classificação: “a) normas obrigatórias: preceptivas ou proibitivas – criam deveres e impõe, em consequência, uma ação ou omissão; b) normas permissivas: que facultam ações ou omissões que, em si, são alheias ao ordenamento jurídico, pois se referem à esfera da liberdade que resta ao indivíduo depois de ter regulada sua conduta (‘está permitido tudo aquilo que não está juridicamente proibido’); c) normas definidoras: apesar de que não seja próprio da lei definir, o Direito Constitucional tem a específica missão de fazê-lo; d) normas de fim ou programáticas: relativas diretamente aos princípios éticos do direito, legitimados pela sociedade nas quais se expressa o ‘espírito que alenta cada um dos preceitos constitucionais e os coordena entre si’; e) normas diretivas: cujo objetivo é o conhecimento de atividade futura do legislador e afetam tanto à forma como aos conteúdos das leis futuras; f) normas de organização: afetam a estrutura das instituições (não a conduta humana); g) normas de ordem (em sentido estrito): as que tendem a prevenir estados de necessidade e momentos críticos em geral.”

16 Já adiantando o cerne da questão, adota-se a teoria na qual todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, ou seja, têm aplicabilidade. O que pode variar de uma norma para outra é o grau maior ou menor dessa aplicabilidade.

### 3.2.1 Normas auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis (teoria clássica)

Esta teoria foi inicialmente desenvolvida pelo norte-americano Cooley, que classificou as normas constitucionais em auto-aplicáveis (*self-executing*) e não auto-aplicáveis (*not self-executing*). Na doutrina nacional, essa mesma classificação foi adotada por Rui Barbosa e Pontes de Miranda (que as chamou de normas bastantes em si e normas não bastantes em si, conforme a necessidade de regulamentação para sua aplicação).

As normas auto-executáveis seriam, essencialmente, aquelas que bastam por si mesmas, não necessitam de uma autoridade ou de um processo especial para serem executadas e preservadas. Já as normas não auto-executáveis necessitam de uma legislação complementar para estabelecer-lhes competências, atribuições e poderes, de modo a habilitar a sua execução.

Essa classificação deve ser afastada, segundo a doutrina moderna, uma vez que todas as normas constitucionais, inclusive as não auto-aplicáveis, produzem alguma eficácia (aplicabilidade). Por outro lado, tem-se que mesmo as normas auto-aplicáveis não são capazes de produzir todos os efeitos possíveis, necessitando de ao menos integração pelo intérprete.

Nessa linha de raciocínio, mais uma vez adiantando o posicionamento a ser adotado, ensina Clèmerson CLÈVE (2000, p. 320) que:

... segundo a doutrina jurídica contemporânea, a norma constitucional, mesmo quando reclama a atuação do legislador, é capaz de produzir uma eficácia mínima. Tratando-se, embora, de norma definida como não auto-executável (inaplicável por si mesma), não auto-aplicável, de eficácia limitada ou programática, nem por isso encontra despida de aptidão para autorizar o desencadeamento de importantes conseqüências na ordem jurídica. As normas constitucionais sempre produzem um ‘eficácia jurídica de vinculação’ (decorrente da vinculação dos poderes públicos à Constituição), e, por isso, contam com aptidão para deflagrar, pelo menos, os seguintes resultados: (i) revogam (invalidação decorrente de inconstitucionalidade superveniente) os atos normativos em sentido contrário; (ii) vinculam o legislador, que não pode dispor de modo oposto ao seu conteúdo (servem como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade do ato contratante); (iii) ‘conferem direitos subjetivos negativos ou de vínculo (poder de se exigir) uma abstenção ou respeito a limites’. Esta é a dimensão negativa da eficácia mínima produzida pelas normas constitucionais, mesmo as inexecutáveis por si mesmas. Mas elas operam, igualmente, uma eficácia positiva. Em virtude da ‘eficácia de vinculação’, as normas: (i)

informam o sentido da Constituição, definindo a direção do atuar do operador jurídico no momento da interpretação e da integração da Constituição (identificando-se o Estatuto Constitucional com um sistema, a rede de significação definidora do seu sentido – conteúdo- é formada por todas as normas constitucionais, inclusive, as de eficácia limitada); e (ii) condicionam o legislador, reclamando a concretização (realização) de suas imposições; se nem sempre podem autorizar a substituição do legislador pelo juiz, podem, por vezes, autorizar o desencadear de medidas jurídicas ou políticas voltadas para a cobrança do implemento, pelo legislador, do seu dever de legislar.

### 3.2.2 Concepções modernas

As teorias modernas foram bastante discutidas, principalmente, na Itália por autores como Gaetano Azzaritti (normas constitucionais preceptivas – de caráter obrigatório e impositivo – e diretivas – dirigidas ao legislador futuro e destituídas de obrigatoriedade) e Vezio Crisafulli (normas imediatamente preceptivas, normas de eficácia diferida e normas programáticas, reconhecendo a eficácia normativa destas).

No Brasil, há que se destacar a classificação proposta por Luís Roberto BARROSO, que apresenta uma classificação tripartite conforme a possibilidade de fruição, qual seja: normas constitucionais de organização (as quais têm por objeto organizar o exercício do poder político); normas constitucionais definidoras de direitos (as quais têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos); normas constitucionais programáticas (as quais têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado).

Há também a classificação proposta por Celso Antonio Bandeira de MELLO, que dividiu as normas constitucionais em: concessivas de poderes jurídicos; concessivas de direitos; e, meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida.

Entretanto, como essas classificações não passaram imune às críticas opta-se por não desenvolvê-las neste trabalho, limitando-se apenas a mencioná-las, pois é a classificação proposta por José Afonso da SILVA que, no entender da autora, merece ser acolhida.

### 3.2.3 Classificação proposta por JOSÉ AFONSO DA SILVA

Para este autor todas as normas constitucionais são dotadas de alguma eficácia (“não há norma constitucional destituída de eficácia”). “O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.” (SILVA, 2003, p. 81) Assim, apresenta uma classificação tripartite quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais:

a) *normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral* – são aquelas que desde a sua entrada em vigor produzem ou podem produzir todos os efeitos essenciais, de forma direta e imediata sobre a matéria que constitui seu objeto. Pode-se dizer, por outras palavras, que possuem todos os meios e elementos necessários a sua executoriedade. Seriam as chamadas normas auto-aplicáveis.

Desse modo, são normas de eficácia plena as que (SILVA, 2003, p. 101):

... a) contêm vedações ou proibições; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.

A título de ilustração, podem ser citadas como exemplos de normas de eficácia plena, contidas no Texto de 1988, as normas que definem competências de entidades federativas ou de órgãos de governo – arts. 21 (competência da União), 25 a 30 (competência dos Estados e Municípios), 145, 153, 155 e 156 (competências tributárias), 48 e 49, 50 e 51, 70 e 71, 84 e 101 a 122 (atribuições dos órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário).

b) *normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não-integral* – são aquelas que possuem limitações quanto a sua eficácia, uma vez que permitem a atuação da competência discricionária do poder público. Ou seja, “são aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas

que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional.” (TEMER, 1993, p. 26)

José Afonso da SILVA (2003, p. 103) ensina que “... o fato de remeterem a uma legislação futura não autoriza a equipará-las a outras que exigem uma normatividade ulterior integrativa de sua eficácia. ... a legislação futura, antes de completar-lhes a eficácia, virá impedir a expansão da integridade de seu comando jurídico.” E para completar a explicação expõe que (2003, p. 116):

São elas normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do Poder Público para manter a ordem, a segurança pública, a defesa nacional, a integridade nacional etc., na forma permitida pelo direito objetivo).

São exemplos de normas de eficácia contida, previstas na Carta de 1988: legislação restritiva – art. 5º, VIII e XIII; normas constitucionais de contenção da eficácia de outras – arts. 14, § 9º, 136 (estado de defesa) e 141 (estado de sítio); manutenção da ordem pública e bons costumes; necessidade ou utilidade pública, interesse social ou econômico, perigo público iminente – art. 5º, XXIV e XXV; segurança pública, segurança nacional e integridade nacional – arts. 144, 5º, XI, 91 e 91, § 1º, III, 142 e 34, I; medidas de proteção e defesa da saúde pública, da higiene e sanitárias.

c) *normas de eficácia limitada ou reduzida* – são aquelas que não têm normatividade suficiente para sua aplicação de forma a necessitar que legislação ordinária lhe complete a regulamentação da matéria. Podem ser subdivididas em – *declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos*.

As *normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos* “são as que dependem de lei para dar corpo a instituições, pessoas, órgãos, previstos na norma constitucional.” (TEMER, 1993, 26) Por outras palavras, são “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de

órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.” (SILVA, 2003, p. 126) Podem ser impositivas e facultativas ou permissivas. Em relação às primeiras (impositivas) o legislador ordinário é obrigado a emitir o comando normativo para dar efetividade à norma; em relação às segundas (facultativas ou permissivas) não há a obrigatoriedade, o legislador emite o comando normativo se considerar conveniente e oportuno (discricionariedade quanto à iniciativa) regular determinada matéria constitucional. Nesse sentido, explica o autor que (SILVA, 2003, p. 128):

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

São exemplos de normas de princípios institutivos ou organizativos, encontradas no Texto Constitucional: arts. 18, § 2º, 33, 90, § 2º, 91, § 2º, 113 e 161.

Em relação às *normas declaratórias de princípios programáticos* Flávia PIOVESAN (2003, p. 68) ensina que “Condicionam a atividade dos órgãos do poder público, estabelecendo verdadeiros programas constitucionais de ação social, a serem desenvolvidos mediante atuação integrativa da vontade constituinte.” Segundo José Afonso da SILVA (2003, p. 164) essas normas:

... I- estabelecem um dever para o legislador ordinário; II- condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III- 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 e revelação dos componentes do bem comum; IV- constituem sentido teleológico para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V- condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI- criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem...

Essas normas programáticas podem ser: vinculadas ao princípio da legalidade, referidas aos Poderes Públicos e dirigidas à ordem econômica e social em geral.

São exemplos de normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, previstas na Constituição de 1988: arts. 7º, XX, XXVII, 216, § 3º e 218, § 4º. Como normas programáticas referidas aos Poderes Públicos pode-se citar: arts. 21, IX, 184, 211, § 1º, 216, § 1º, 217, 218 e 218, § 3º, 226 e 226, § 8º e 227, § 1º. É exemplo de norma programática dirigida à ordem econômica e social em geral: art. 193.

José Afonso da SILVA (2003, p. 125) distingue as normas de princípios institutivos das programáticas:

As programáticas envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômica-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social. As de princípio institutivo têm conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações. Têm, pois, natureza organizativa; sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos.

Portanto, resumindo o que foi dito, segundo José Afonso da SILVA (2003, p. 82), as normas constitucionais são classificadas em três categorias quanto à eficácia e aplicabilidade da seguinte forma:

Na primeira categoria [normas constitucionais de eficácia plena] incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo [normas constitucionais de eficácia contida] também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo [normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida] são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

Por fim, após a apresentação da classificabilidade das normas constitucionais, necessário se faz destacar que todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna possuem aplicação imediata, conforme reza o

seu § 1º, do art. 5º.<sup>17</sup>

### 3.3 CAMPO DE INCIDÊNCIA DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

Após a breve análise da classificação das normas constitucionais conforme a sua eficácia e aplicabilidade, há que se delimitar o campo de incidência da omissão legislativa inconstitucional. Adotando-se, como já mencionado, a classificação proposta por José Afonso da SILVA tem-se que a omissão legislativa inconstitucional relaciona-se com as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, uma vez que estas dependem da atuação do legislador ordinário para que possam ser efetivadas. “Foi a existência de normas que dependiam da atuação legislativa para emanar seus efeitos jurídicos que justificou o nascimento do instituto do controle de inconstitucionalidade por omissão.” (ALMEIDA FILHO, 2001, p. 124)

Entre as normas de eficácia limitada, inserem-se as normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos, dentre as quais interessa as de caráter impositivo, e as normas declaratórias de princípios programáticos, que interessa as vinculadas ao princípio da legalidade.

Para CANOTILHO há imposições constitucionais que contêm deveres de legislação abstratos – são as chamadas normas de eficácia limitada ou reduzida, que não podem, em um primeiro momento, ser consideradas inconstitucionais por omissão legislativa – e imposições constitucionais concretas (como as normas constitucionais de princípios institutivos impositivos e as normas constitucionais programáticas vinculadas ao princípio da legalidade) – que caracterizam verdadeiramente uma omissão inconstitucional.

---

17 A posição que se adota é a de que todos os direitos e garantias fundamentais previstos no Texto de 1988 possuem aplicabilidade imediata, conforme reza o § 1º, do art. 5º, não apenas os direitos e garantias previstos neste artigo. Por outras palavras, todos os direitos e garantias fundamentais que se encontram na Carta Magna, não apenas aqueles do art. 5º, merecem a aplicação do referido § 1º, embora essa questão seja bastante discutida na doutrina.

## 4 INCONSTITUCIONALIDADE

A constitucionalidade e a inconstitucionalidade são conceitos que se relacionam e essa relação tem caráter normativo e valorativo, segundo Jorge MIRANDA. A inconstitucionalidade caracteriza-se como o não cumprimento da Constituição, seja por ação ou omissão, pelos órgãos do poder público. (MIRANDA, 1983, p. 274) Assim, tem-se que a inconstitucionalidade define-se por um comportamento regulado direta e imediatamente pelas normas constitucionais.

Segundo Regina M. M. N. FERRARI (1990, p. 28):

Pelo princípio da presunção de legitimidade das leis, toda norma jurídica presume-se constitucional enquanto não se prove a existência de um vício de inconstitucionalidade, de forma explícita e manifesta; tal princípio é necessário para a manutenção da ordem jurídica, pois seria um verdadeiro caos social se os indivíduos pudessem deixar de cumprir as leis toda vez que, em sua opinião, elas estivessem em conflito com as normas constitucionais.

A inconstitucionalidade é decorrente de um vício.<sup>18</sup> Elival da Silva RAMOS (1994, p. 63) entende que “O vício de inconstitucionalidade corresponde a essa desconformidade estática (relativa ao conteúdo) ou dinâmica (relativa ao processo de formação), de caráter vertical (hierárquico), entre a lei e a Constituição, resolvida, sempre ‘em favor das normas de grau superior, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.’”

Clèmerson CLÈVE (2000, p. 36) define a inconstitucionalidade da seguinte forma: “a inconstitucionalidade (situação ou estado decorrente de um ou de vários vícios) pode ser conceituada como a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional.”

Para Flávia PIOVESAN (2003, p. 86) “A inconstitucionalidade advém

---

<sup>18</sup> Segundo Jorge MIRANDA (1983, p. 294): “A inconstitucionalidade não é um vício, embora em concreto resulte de um vício que inquina um comportamento de qualquer órgão de poder. Não redunde, desde logo, em invalidade, embora a determine ou possa determinar. Nem é um valor jurídico negativo, embora a invalidade constitucional acarrete nulidades constitucionais.”

sempre uma relação de contrariedade com a Constituição: de um lado a Constituição e de outro um comportamento ameaçador e violador à ordem constitucional.”

Para tratar, então, da inconstitucionalidade há, em um primeiro momento, que se fazer algumas ressalvas.

A primeira delas é a de que o pressuposto para o controle de constitucionalidade, como já analisado, é a supremacia e a rigidez constitucional.

Já se comentou também (capítulo 2) sobre a distinção entre as normas constitucionais e as demais normas que compõe o ordenamento jurídico – normas complementares e normas ordinárias. Além dessa distinção há outra diferenciação que deve aqui ser mencionada a fim de se evitar confusões – a distinção entre inconstitucionalidade e ilegalidade.

De acordo com Jorge MIRANDA, a inconstitucionalidade e a ilegalidade possuem a mesma natureza, qual seja, vício por violação normativa. A distinção ocorre em função da qualidade dos preceitos ofendidos. Se houver ofensa ou incompatibilidade com a Constituição, há o vício da inconstitucionalidade. Se houver, por outro lado, ofensa ou incompatibilidade em relação à lei (normas complementares e normas ordinárias), há a chamada ilegalidade.

Há que se destacar também que a inconstitucionalidade apresenta alguns pontos de contato com o fenômeno da revogação, mas desta se diferencia substancialmente. Na revogação não há uma relação de hierarquia entre os dois termos contrastantes, como há na inconstitucionalidade. Além disso, a lei posterior revoga a anterior não apenas quando há desconformidade entre dois comandos normativos (revogação expressa ou tácita por contrariedade), mas também quando há a reprodução ou a ampliação da matéria tratada pela lei anterior.

Outro ponto de destaque é o de que parte da doutrina, a exemplo de Otto Bachof, desenvolve um estudo sobre a inconstitucionalidade das normas constitucionais<sup>19</sup>, devendo-se ressaltar que não se compartilha desse entendimento,

---

<sup>19</sup> Discorrendo sobre a teoria de Otto Bachof, Jorge MIRANDA apresenta os fundamentos que o fazem discordar da existência de normas constitucionais inconstitucionais. Desse modo, para Jorge MIRANDA

limitando-se a apenas mencioná-lo na medida que não merece maiores considerações em relação ao assunto a que se propõe discutir.

Feitas essas ressalvas, passa-se a analisar algumas formas de manifestação da inconstitucionalidade, ressaltando, porém, que interessa no presente trabalho a inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo.

#### 4.1 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, ORGÂNICA E MATERIAL

Segundo Clèmerson CLÈVE, bem como lições de Jorge MIRANDA, há a inconstitucionalidade formal, orgânica e material.

A inconstitucionalidade orgânica é uma espécie de inconstitucionalidade formal em que o órgão que profere determinado ato normativo é incompetente, decorrendo daí o vício.

A inconstitucionalidade formal ocorre quando uma lei é elaborada por órgão incompetente (inconstitucionalidade orgânica) ou quando na elaboração da lei adota-se procedimento diverso daquele estabelecido na Constituição (inconstitucionalidade formal propriamente dita). Então, a inconstitucionalidade formal é decorrente de vício de incompetência ou de elaboração.

A inconstitucionalidade material ocorre quando o conteúdo do ato normativo é incompatível com a Constituição.<sup>20</sup>

Aqui se pode destacar a figura da chamada inconstitucionalidade superveniente (que será explicada mais adiante no ponto 4.4), na medida em que não

---

(1983, p. 291): “No interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte (originário), não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais. Nem vemos como órgão de fiscalização instituídos por esse poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base na Constituição, qualquer das suas normas. É um princípio de identidade ou de não contradição que o impede. Pode haver inconstitucionalidade por oposição entre normas constitucionais preexistentes e normas constitucionais supervenientes, na medida em que a validade destas decorre daquelas; não por oposição entre normas feitas ao mesmo tempo por uma mesma autoridade jurídica. Pode haver inconstitucionalidade da revisão constitucional, porque a revisão funda-se, formal e materialmente, na Constituição; não pode haver inconstitucionalidade da Constituição.”

<sup>20</sup> “Todos os dispositivos residentes na Constituição servem de parâmetro para a aferição da constitucionalidade dos atos normativos. A doutrina constitucional mais recente entende que não há dispositivo constitucional despido de normatividade. O Preâmbulo, os princípios, os preceitos, inclusive os programáticos, são normas jurídicas, e assim, devem ser compreendidos.” (CLÈVE, 2000, p. 42)

há que se falar em inconstitucionalidade formal (decorrente de vício de incompetência ou de elaboração) superveniente, ao passo que, é possível haver a inconstitucionalidade material (conteúdo do ato normativo incompatível com a Constituição) superveniente.

#### 4.2 INCONSTITUCIONALIDADE TOTAL E PARCIAL

A inconstitucionalidade total ocorre quando todo o ato normativo é contaminado; já na inconstitucionalidade parcial, apenas uma parte do ato é contaminada. Diante disso, verifica-se que os atos normativos podem sofrer parcelamento a fim de se apurar a sua inconstitucionalidade.

Pode-se dizer que, em regra, quando ocorre a inconstitucionalidade formal (decorrente de vício de incompetência ou de elaboração) decorre também a inconstitucionalidade total do ato normativo.

Há, entretanto, determinadas situações em que a inconstitucionalidade formal gera apenas a inconstitucionalidade parcial. Isto ocorre quando apenas um dispositivo (ou alguns dos dispositivos) da lei é (são) tido(s) como inconstitucional(ais). É o caso, por exemplo, de lei ordinária, envolvendo matéria própria de lei ordinária, mas que em relação a um dado dispositivo invade o campo reservado à lei complementar.

Quando se trata da inconstitucionalidade material (conteúdo do ato normativo incompatível com a Constituição) não há qualquer espécie de diferenciação quanto à decorrência da constitucionalidade total ou parcial. Dito de outro modo, da inconstitucionalidade material pode decorrer, em regra, a inconstitucionalidade total ou parcial indistintamente.

Há que se fazer a seguinte ressalva em relação à inconstitucionalidade parcial, qual seja, a inconstitucionalidade parcial deve corresponder a uma parcela autônoma de um ato normativo ou de um preceito.

Há que se destacar também que haverá situações em que a nulidade parcial constituirá a nulidade total, ou seja, poderá haver situações em que a nulidade parcial

acabe contaminando todo o ato ou preceito, configurando a sua nulidade total.

#### 4.3 INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO E OMISSÃO

A inconstitucionalidade pode se dar por uma ação do Estado ou pela abstenção, inércia ou silêncio do Poder Público (comportamento omissivo).

Há a inconstitucionalidade por ação quando um comportamento ativo, traduzido numa ação, viola ou contraria a Constituição. Diz-se que há uma conduta positiva incompatível com o estatuído pela Constituição. Ao contrário, a inconstitucionalidade por omissão caracteriza uma conduta negativa, qual seja, abstenção, inércia ou silêncio do Poder Público, deixando de praticar o ato exigido pela Constituição. Assim, só há a inconstitucionalidade por omissão se há o dever constitucional de ação.

Ensina Flávia PIOVESAN (2003, p. 101) que “tecendo um paralelo com a inconstitucionalidade por ação, pode-se afirmar que, se esta opera no campo da validade normativa, a inconstitucionalidade por omissão opera no campo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.”

A omissão inconstitucional, então, é caracterizada pela inércia de qualquer um dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Em relação à omissão legislativa, que é a que interessa no presente trabalho, Clèmerson CLÈVE (2000, p. 52), adotando os ensinamentos de CANOTILHO expõe que:

... “conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de negação. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”.

Clèmerson CLÈVE (2000, p. 53) ensina também que a caracterização da omissão decorre da existência de uma lacuna inconstitucional. Há, entretanto, três espécies de lacunas que podemos encontrar no ordenamento jurídico, sendo que não

são todas essas lacunas dadas como inconstitucionais. A primeira espécie de lacuna é a das chamadas normas de eficácia limitada ou reduzida (classificação das normas constitucionais de José Afonso da SILVA) as quais exigem a atuação do legislador ordinário para que possam ser efetivadas. A segunda espécie é a das normas que não exigem integração. E a terceira é a das normas que exigem integração, mas não pela atuação do legislador, mas pela regra do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil – aplicação pelo juiz da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

... (i) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional, desejadas pelo Constituinte (normas de eficácia limitada basicamente) e que, sendo, em princípio, colmatáveis exclusivamente pelo Legislador, implicam um dever de legislar; (ii) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, embora desejadas pelo Constituinte, não podem sofrer processo de integração nem por obra do Legislador (trata-se do que a doutrina convencionou chamar de ‘silêncio eloqüente’); e, por fim, (iii) lacunas ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, não desejadas, podem sofrer processo de integração por meio dos mecanismos convencionais de colmatação conhecidos pela doutrina (no Brasil: art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Apenas a primeira espécie de lacuna apontada – normas de eficácia limitada ou reduzida – é capaz de gerar a inconstitucionalidade por omissão.

A inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão podem gerar a inconstitucionalidade total ou parcial.

Em relação à inconstitucionalidade por ação tem-se que os seus mecanismos de controle são conhecidos pelo direito constitucional há muito tempo.

No entanto, mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão apenas mais recentemente têm ganhado relevo. Pode-se dizer que, no Brasil, antes de 1988 a inconstitucionalidade por omissão legislativa não desencadeava qualquer providência de natureza estritamente jurídica. O único mecanismo de controle utilizado era o processo político e eleitoral (opinião pública ou do eleitorado, oposição, renovação dos mandatários eleitos). Se este não fosse eficaz, a inconstitucionalidade por omissão era problema sem resposta. Com o desenvolvimento do Estado Social (prestador de serviços) as Constituições foram incorporando normas exigentes de integração normativa, ou seja, normas que exigem a atuação do Poder Público. Isso fez com que as próprias Constituições contemporâneas passassem a oferecer remédios

para suprir tal inconstitucionalidade.

#### 4.4 INCONSTITUCIONALIDADE ORIGINÁRIA E SUPERVENIENTE<sup>21</sup>

A inconstitucionalidade originária ocorre quando o legislativo emana um ato que viola uma norma constitucional vigente.

Já a inconstitucionalidade superveniente ocorre quando um ato deixa de ser constitucional devido a uma reforma. “Se uma nova norma constitucional surge e dispõe em contrário de uma lei ou de outro acto precedente...” (MIRANDA, 1983, p. 296-297).

#### 4.5 INCONSTITUCIONALIDADE ANTECEDENTE (OU IMEDIATA) E CONSEQÜENTE (OU DERIVADA)

Tem-se a inconstitucionalidade antecedente ou imediata quando ocorre a violação direta ou imediata de uma norma constitucional por uma lei ou ato normativo.

Já a inconstitucionalidade conseqüente ou derivada ocorre por um efeito reflexo da inconstitucionalidade antecedente ou imediata. Por outras palavras, a norma é dependente da outra que foi declarada inconstitucional de forma antecedente ou imediata, podendo pertencer ao mesmo diploma legislativo. Há, portanto, uma relação de dependência entre essas duas normas – uma que foi declarada inconstitucional de forma antecedente ou imediata, e a outra que tem sua inconstitucionalidade declarada de forma conseqüente ou derivada. Ocorre principalmente quando um ato normativo encontra seu fundamento de validade em outro. Um exemplo que pode ser dado é o de um Decreto que regulamenta uma Lei. Dessa forma, havendo a declaração de inconstitucionalidade, de forma antecedente ou imediata, desta Lei, o Decreto que a regulamenta é também declarado como inconstitucional de forma conseqüente ou derivada.

---

<sup>21</sup> Contrário à construção doutrinária que explica a existência de uma inconstitucionalidade superveniente, apresenta-se Elival da Silva RAMOS (1994).

#### 4.6 INCONSTITUCIONALIDADE DIRETA E INDIRETA

Ocorre a inconstitucionalidade direta ou expressa quando a norma constitucional é expressa. Caracteriza-se como inconstitucionalidade indireta ou implícita quando a norma constitucional (preceito ou princípio) é implícita.<sup>22</sup>

#### 4.7 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ainda para a discussão do assunto que se propõe, é importante conhecer alguns dos modelos de fiscalização da constitucionalidade, adotados por outros Estados:

##### 4.7.1 Modelo inglês

O direito inglês é estruturado em bases costumeiras, tendo apenas algumas leis escritas. A sua Constituição caracteriza-se como material e flexível, não há distinção formal entre leis constitucionais e leis ordinárias, não há o princípio da supremacia da Constituição, mas da supremacia do Parlamento – este é soberano. Diante dessas características, verifica-se que não há lugar para uma fiscalização da constitucionalidade das leis. A fiscalização existe sobre os atos do Parlamento como ensina PALU (2001, p. 107): “Segundo a teoria corrente no direito constitucional inglês, o Parlamento é quem exercita o poder supremo e, por conseguinte, se também os seus atos vão de encontro à Constituição continuam válidos e valem como modificações ou emendas a ela.”

##### 4.7.2 Modelo francês

Os franceses adotaram uma Constituição caracterizada pela rigidez, mas não concederam ao Poder Judiciário a legitimidade para a fiscalização da

---

<sup>22</sup> “A norma implícita eventualmente violada deve ser precisamente indicada, porque ela certamente deriva de um ou mais dispositivos constitucionais expressos.” (CLÈVE, 2000, p. 57)

constitucionalidade.<sup>23</sup> Há um controle político da constitucionalidade. Então, quem exerce esse tipo de controle na França é um Conselho Constitucional de Estado que atua de forma preventiva.

#### 4.7.3 Modelo americano

Neste modelo a fiscalização é exercida pelo Poder Judiciário de forma concreta e difusa (no curso de uma demanda, por qualquer juiz ou tribunal), sendo que quem exerce o controle determinante e definitivo é a Suprema Corte (órgão de cúpula do Judiciário americano, tendo suas decisões eficácia vinculante).

A fiscalização da constitucionalidade nos Estados Unidos surgiu com a incorporação, no campo constitucional, da doutrina desenvolvida por Sir Edward Coke, na qual os juízes poderiam controlar a legitimidade das leis, negando aplicação àquelas que contrariassem a *common law*. No entanto, ganhou efetivamente importância a partir do célebre caso *Malbury v. Madison*, no qual uma lei foi declarada nula por contrariar a Constituição.

#### 4.7.4 Modelo austríaco

Desenvolvendo uma crítica ao modelo americano de fiscalização da constitucionalidade, Kelsen entendeu que uma lei considerada inconstitucional não seria nula (como entendiam os americanos), mas anulável.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> “Além da peculiar e rígida concepção do princípio da divisão dos poderes que advogam, outros dois fatores contribuíram para forjar a experiência constitucional francesa. Primeiro, o entendimento desenvolvido desde a revolução de 1789, segundo o qual a lei constitui expressão da vontade geral, por isso a soberania da nação reside no Parlamento. Se é assim, se o Parlamento é soberano e se sua obra constitui a expressão da vontade geral, então não há razão para dela desconfiar. Segundo, os abusos cometidos pelos juízes (*Parlements*), no período que precedeu a revolução, determinou, de certo modo, a desconfiança dos franceses em relação ao Judiciário. Tal desconfiança, por sua vez, influenciou de forma decisiva a organização do Poder Judiciário na França. Um poder neutro, mudo, cuja única função; é aplicar a lei, sem questioná-la, porém. Bem por isso a França não poderia atribuir aos juízes competência para a fiscalização da constitucionalidade das leis.” (CLÈVE, 2000, p. 60)

<sup>24</sup> “A lei inconstitucional não é nula, mas sim anulável, sendo válida até a sua anulação. Daí a decisão que reconhecer a inconstitucionalidade ser constitutiva, produzindo eficácia *ex nunc*.” (CLÈVE, 2000, p. 68)

Com a Constituição austríaca de 1920 foi criada uma Corte Constitucional para a aferição da constitucionalidade, realizada de forma concentrada por via de ação direta. Em 1929 houve uma reforma constitucional através da qual se passou a admitir também o controle concreto da constitucionalidade (no curso de uma demanda judicial), mas, sendo legitimados apenas os órgãos jurisdicionais de segunda instância. “Aos demais órgãos da magistratura ordinária incumbe, simplesmente, aplicar a lei, ainda quando sobre ela parem dúvidas quanto à sua compatibilidade com o texto da normativa constitucional.” (CLÈVE, 2000, p. 69)

#### 4.7.5 Modelo português e modelo brasileiro

Esses dois modelos, ao contrário dos anteriormente mencionados, guardam especificidades próprias, conforme expõe Clèmerson CLÈVE (2000, p. 70):

No desenho português, os juízes e tribunais dispõem de ‘competência para conhecer e para decidir, com recurso possível ou necessário (conforme os casos) para um tribunal situado fora da ordem judicial – é o sistema introduzido em Portugal em 1976 com a Comissão Constitucional e confirmado, com correções, em 1982 com o Tribunal Constitucional’.

Na formulação brasileira, os juízes e tribunais dispõem de competência para conhecer e para decidir, com recurso possível para um Tribunal que, situado dentro da ordem judicial, é o órgão máximo para questões constitucionais. Esse modelo não se confunde com o norte-americano porque ao lado da concreta, admite igualmente a fiscalização abstrata da constitucionalidade, que é, no caso das leis estaduais e federais em face da Constituição Federal, concentrada no Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, entende-se que o modelo português adota um sistema de controle concreto da constitucionalidade (difuso e concentrado), com recurso a um Tribunal Constitucional, o que o diferencia dos sistemas norte-americano e brasileiro, nos quais a última palavra é dada por um Tribunal situado no âmbito do Poder Judiciário – Suprema Corte e Supremo Tribunal Federal – respectivamente. No que se refere a inconstitucionalidade por omissão, apenas o Tribunal Constitucional é competente para declarar sua existência. Assim, dispõe o art. 283, da Lei Fundamental portuguesa: “A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das

assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.”

Na inconstitucionalidade por omissão do sistema português são legitimados ativos, conforme o art. 283, nº 1, da Constituição: o Presidente da República, o Provedor de Justiça e, quando existir violação de direitos das regiões autónomas, os presidentes das assembleias legislativas regionais. Como se pode observar, o elenco dos legitimados ativos é restrito, o que contribui para a raríssima utilização do instituto em Portugal.

O modelo brasileiro, por sua vez, adota um sistema misto – concreto e abstrato, conforme teremos a oportunidade de analisar mais adiante.

É no modelo português, como também veremos adiante, que o Brasil inspirou-se ao regular a inconstitucionalidade por omissão.

#### 4.7.6 Formas de manifestação do controle da constitucionalidade

O controle de constitucionalidade utilizará alguns parâmetros para a verificação da compatibilidade do direito infraconstitucional com a Constituição. Observar-se-á, assim: a) toda a Constituição formal, inclusive os princípios e normas implícitos (é o caso do Brasil e dos Estados Unidos); b) apenas alguns dos dispositivos da Constituição formal (é o caso da Bélgica); ou, c) toda a Constituição formal mais os princípios superiores – direito supralegal, positivados ou não na Constituição (é o caso da Alemanha).

A fiscalização da constitucionalidade pode ser definida a partir de seu objeto – ação ou omissão (esta como abstenção, silêncio ou inércia a um dever constitucional de ação) dos Poderes Públicos.

Pode ser definida ainda pelo momento de sua realização – preventivo (ou *a priori*), qual seja, em momento anterior ao início da vigência do ato normativo, ou sucessivo, repressivo (ou *a posteriori*). Nota-se que há países que utilizam uma ou

outra forma de fiscalização em relação ao momento, bem como há países, e este é o caso do Brasil, que adotam as duas formas – preventiva e sucessiva.

Em relação à natureza do órgão exercente, o controle de constitucionalidade pode ser político ou jurisdicional. No Brasil pode se observar as duas formas, o controle político relacionado ao controle preventivo e, o jurisdicional ao sucessivo/repressivo.

Quanto ao número de órgãos dotados de competência para realizá-lo, pode ser difuso (há uma pluralidade de órgãos que exercem competência), concentrado (há um único órgão ou poucos órgãos competentes) ou misto (é o caso do Brasil, onde a fiscalização por via de ação é concentrada e a fiscalização por via de exceção é difusa).

Sobre o modo de manifestação, pode haver a fiscalização por via incidental (a inconstitucionalidade é suscitada no curso de um caso concreto) ou via principal (a inconstitucionalidade é suscitada mediante processo constitucional autônomo).

Quanto à forma de provocação do órgão jurisdicional competente, há a via de exceção (ou de defesa) ou a via de ação.

Por fim, em relação à finalidade, a fiscalização pode ser subjetiva (visa à proteção do interesse de alguém especificadamente, também chamada de concreta) ou objetiva (visa à proteção da constitucionalidade objetivamente, também chamada de abstrata).

Em relação à fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, que é o foco desse estudo, ensina Jorge MIRANDA (1983, p. 315) que “é necessariamente sucessiva, de regra abstracta, objectiva e principal e, naturalmente, concentrada.” Entretanto, como ter-se-á a oportunidade de destacar, no Brasil este controle não é assim restrito, uma vez que o mandado de injunção, como forma de controle concreto, subjetivo, incidental e difuso, ocupa um importante papel no ordenamento jurídico.

## 5 OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

A inconstitucionalidade por omissão foi prevista no ordenamento jurídico brasileiro apenas na Constituição de 1988. Para tanto se inspirou na Constituição portuguesa<sup>25</sup>, preocupando-se com a efetividade de seus preceitos. Como visto, o Texto de 1988 tem característica de uma Constituição Dirigente, no qual há normas constitucionais destituídas de aplicabilidade imediata, exigindo a atuação dos Poderes Públicos para a efetiva realização de seus postulados.

Flávia PIOVESAN (2003, p. 90), com fundamento nas idéias de Jorge MIRANDA, ensina que: “A omissão inconstitucional caracteriza-se: a) pela falta ou insuficiência de medidas legislativas; b) pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo; c) pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública.”

Nesse sentido, também se posiciona Luís Roberto BARROSO (2000, p. 158) ao expor que:

Diversos são os casos tipificadores de *inconstitucionalidade por omissão*, merecendo destaque dentre eles: (a) a omissão do órgão legislativo em editar lei integradora de um comando constitucional; (b) a omissão dos poderes constituídos na prática de atos impostos pela Lei maior; (c) a omissão do Poder Executivo caracterizada pela não expedição de regulamentos de execução das leis.

Assim, a inconstitucionalidade por omissão pode se dar no campo dos três poderes constituídos – Executivo, Legislativo e Judiciário. “Fala-se em inconstitucionalidade por omissão de medida político-administrativa, de medida judicial ou de medida legislativa.” (CLÈVE, 2000, p.322) Entretanto, este trabalho se dedica apenas à análise da inconstitucionalidade por omissão no campo de atuação do Poder Legislativo, deixando de lado a análise da omissão inconstitucional dos demais poderes constituídos.

---

<sup>25</sup> Parte da doutrina, a exemplo Ivo DANTAS (1994, p. 56), ensina que a omissão inconstitucional, antes de ser prevista na Constituição Portuguesa de 1976, fora criada pela Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia de 1974.

A omissão legislativa inconstitucional é uma ameaça aos direitos e garantias previstos na Carta de 1988, motivo pelo qual deve ser combatida através dos mecanismos que o próprio Texto Constitucional oferece (ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção), de forma a permitir o efetivo exercício desses direitos e garantias.

## 5.1 CARACTERIZAÇÃO

Como já foi anteriormente explicitado (capítulo 4), CANOTILHO explica que na omissão legislativa inconstitucional “o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela Constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo ‘não fazer’, trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado.”

Então a omissão legislativa inconstitucional ocorre quando o legislador não cumpre a tarefa, para a qual está constitucionalmente obrigado, de editar as normas necessárias para dar efetividade à Constituição. Assim, “trata-se do não cumprimento do dever especial de legislar, que se manifesta constitucionalmente quando há uma ordem concreta de legislar.” (PIOVESAN, 2003, p. 91)

Para Jorge MIRANDA (1983. p. 403) a omissão inconstitucional caracteriza-se quando: “a) ... o não cumprimento da Constituição deriva da violação de certa e determinada norma; b) ... se trate de norma constitucional não-exeqüível por si mesma; c) ... nas circunstâncias concretas da prática legislativa, falem as medidas necessárias para tornar exeqüível aquela norma.”

Flávia PIOVESAN (2003, p. 92) continua: “para caracterizar a omissão legislativa, a intervenção do legislador há de advir não do dever geral de legislar, mas da específica e concreta incumbência ou encargo constitucional. Surge uma verdadeira ordem de legislar de cunho específico, cujo cumprimento está adstrito à emissão das normas correspondentes.”

Pode-se dizer, portanto, que a omissão passa a ser definida, em um primeiro

momento, quando há um dever constitucional concreto de agir que não é cumprido pelo legislador infraconstitucional.

Clèmerson CLÈVE expõe que, aqui no Brasil, toda e qualquer imposição constitucional, ou seja, ordem de legislar, abstrata ou concreta definida em norma certa e determinada pode gerar a omissão inconstitucional no caso de inércia. Ao contrário, parte da doutrina, a exemplo de Regina M. M. N. FERRARI, entende que deva se tratar apenas de uma ordem concreta de legislar para que haja a omissão legislativa inconstitucional, conforme destacou Flávia PIOVESAN (2003, p. 92).

Roque CARRAZZA (1998, p. 264), por conseguinte, entende estar presente o dever de legislar nas seguintes situações:

I – Está presente, por sem dúvida, quando a Constituição o impõe expressamente, isto é, quando emite uma ordem concreta de legislar. [...] II – Está presente, por igual modo, quando a Constituição dirige ao legislador uma imposição permanente e concreta. [...] III – Está, por fim, presente quando a Constituição veicula normas que, embora não tipifiquem ordens de legislar, exigem, implicitamente, mediação legislativa para se tornarem operativas. [sem grifo no original]

Deve-se ressaltar aqui, a fim de se dar uma completa caracterização à omissão legislativa inconstitucional, a distinção existente entre *lacunas técnicas ou de legislação*, que podem caracterizar meras situações constitucionais imperfeitas, e as *omissões inconstitucionais* propriamente.

As *lacunas técnicas ou de legislação* caracterizam-se por serem lacunas jurídicas desejadas pelo legislador, estando em perfeita consonância com a ordem constitucional. Entretanto, essas lacunas técnicas ou de legislação podem configurar situações jurídicas imperfeitas – omissões constitucionais e omissões constitucionais em trânsito para a inconstitucionalidade. No caso destas últimas, para que haja propriamente a *inconstitucionalidade por omissão* deve estar presente um elemento adicional para a sua caracterização – o tempo.

Assim, tem-se que além do não cumprimento do dever constitucional de legislar, para a existência da omissão inconstitucional é necessário agregar o fator tempo.

A Constituição pode estipular um determinado período de tempo para a atuação do legislador ou não. Na primeira situação caracterizar-se-á a inconstitucionalidade quando, escoado o prazo, o legislador quedar-se inerte. Na segunda situação, mesmo que a Constituição não delimite um prazo para que o legislador providencie as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional, deve haver um prazo razoável para a sua atuação.<sup>26</sup> Desse modo, explica Flávia PIOVESAN (2003, p. 95) que “À luz, portanto, da razoabilidade e levando em conta este amplo elenco de elementos e fatores sociais, históricos e valorativos, se se concluir que o ato, ao longo do prazo decorrido, não só podia como devia ser emitido, ficará caracterizada a inconstitucionalidade.”

Nessa linha de raciocínio, quando a Constituição não delimita um prazo para a atuação do legislador ordinário, Jorge MIRANDA (1983, p. 406) entende que:

... o órgão de fiscalização, sem se substituir ao órgão legislativo, tem de medir e interpretar o tempo decorrido, esse tempo que fora dado ao órgão legislativo (competente) para emitir a lei; e terá de concluir pela omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal, diante de determinadas circunstâncias ou situações em que se colocou ou foi colocado.

Então, segundo Clèmerson CLÈVE (2000, p. 327), com base nos ensinamentos de Paulo MODESTO, para a configuração da inconstitucionalidade por omissão devem estar presentes os seguintes elementos: “(a) uma inércia na atividade concretizadora, [...] (b) de certa e determinada norma constitucional, com reduzida eficácia de aplicação (exeqüibilidade) [normas constitucionais de aplicabilidade limitada ou reduzida], (c) consistente na violação de uma obrigação institucional geral ou especial, (d) constatada a partir de um ‘juízo’ concreto sobre o transcurso do tempo.”

---

<sup>26</sup> STF, MI 361-RJ, DJ 17.06.94, p. 15707, rel. Min. Neri da Silveira. Ementa: “... *Mora Legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade. A mora – que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa - , é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário a efetividade da Lei Fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar...*”

Agassiz ALMEIDA FILHO (2001, p. 126) expõe que “é necessário que a norma constitucional: a) estabeleça uma ordem concreta e específica para o legislador; b) carregue consigo uma imposição permanente e concreta dirigida ao legislador; c) possua normas que, não estando adequadas em nenhuma das espécies anteriores, necessitem da atividade legislativa para se tornarem efetivas. A essas exigências deve ser acrescentado o requisito temporal.”

PALU (2001, p. 286) entende que o dever de legislar é violado quando: “a) o legislador não emana o ato legislativo obrigado; b) a lei editada favorece um grupo, olvidando-se de outros.”

Este autor entende que a inconstitucionalidade por omissão legislativa ocorre quando determinada imposição constitucional não se concretiza (omissão total) ou não é realizada completamente (omissão parcial), decorrendo daí as espécies de omissão que serão a seguir tratadas.

## 5.2 OMISSÃO LEGISLATIVA TOTAL E PARCIAL

A omissão legislativa pode ser total ou apenas parcial. Quando não há a satisfação integral do dever de legislar, está-se diante da omissão total. Por outro lado, quando não há a satisfação apenas parcial do dever de legislar, fala-se em omissão parcial. Quanto a essas duas espécies de omissão ensina Clèmerson CLÈVE (2000, p. 327) que:

Como a omissão inconstitucional não se reconduz a conceito naturalístico (‘não fazer’), mas a um conceito normativo (‘não fazer algo devido’), as ordens constitucionais de legislar e as imposições constitucionais podem ser descumpridas pelo silêncio transgressor (‘um não atuar o devido’), mas também pelo agir insuficiente (‘um não atuar completamente o devido’).

Para Flávia PIOVESAN (2003, p. 96) “a inconstitucionalidade por omissão quando total corresponde à inércia completa do legislador; quando parcial corresponde à deficiência ou insuficiência da atividade legislativa.”

Assim, tem-se que “a simples edição da norma legislativa não é suficiente

para afastar a inconstitucionalidade por omissão. Isso porque a omissão pode ser parcial.” (ALMEIDA FILHO, 2001, p. 127)

Agassiz ALMEIDA FILHO (2001, p. 127) distingue duas espécies de omissão parcial:

A omissão parcial pode ser exteriorizada de duas formas dessemelhantes. A primeira delas ocorre quando o legislador atua apenas em relação a determinados grupos sociais ou situações fáticas específicas, deixando de lado realidades cujos pressupostos para a incidência da norma infraconstitucional são idênticos a esses últimos. Nesse caso, é possível suscitar a inconstitucionalidade por ação em virtude da quebra do princípio da igualdade jurídica. A outra modalidade de omissão legislativa parcial possui uma gênese um tanto mais complexa. Concretiza-se quando, a despeito de a norma haver sido editada, abrangendo todas as possíveis situações de fato previstas pela constituição, esta não venha a se tornar concreta e socialmente efetiva. Nesse caso, o caráter parcial da lei não está em seu conteúdo, mas nos efeitos que dela emanam.

A primeira espécie de omissão parcial apresentada pelo autor, que fere o princípio da igualdade jurídica, será a seguir tratada, uma vez que se relaciona com outra espécie de omissão, qual seja, omissão relativa.

### 5.3 OMISSÃO LEGISLATIVA FORMAL E MATERIAL

Há ainda outra espécie de omissão – a chamada omissão legislativa formal e material. A primeira diz respeito à ausência de um processo de formação da lei de integração, o que gera a inconstitucionalidade. Na segunda há o processo de formação da lei integrativa, mas há inconstitucionalidade em relação ao seu conteúdo, geralmente por ferir o princípio da isonomia. Sobre isso Clèmerson CLÈVE (2000, p. 328) expõe que:

... a expressão omissão formal é utilizada para indicar a falha ('falta') no discurso normativo decorrente do não desencadear do processo de formação da lei de integração. Ao contrário, a expressão omissão material é aproveitada para indicar a falta processualmente satisfeita, mas de modo ofensivo ao conteúdo da Constituição, especialmente ao princípio da isonomia.

## 5.4 OMISSÃO LEGISLATIVA ABSOLUTA E RELATIVA

As omissões absolutas caracterizam-se pela violação, inércia, abstenção ou silêncio, ao dever de legislar. Já as omissões relativas caracterizam-se pela violação ao princípio da isonomia.

No segundo caso – omissão relativa – o legislador não tem o dever absoluto de legislar, mas ao legislar acaba por violar o princípio da isonomia. Ou seja, o legislador legisla em desconformidade com o princípio da isonomia, o que também é chamado de cláusula de exclusão de benefício.<sup>27</sup>

Tem-se que as omissões totais, formais e absolutas correspondem a um dever de legislar autônomo. As omissões parciais e materiais podem decorrer da insuficiência na satisfação de um dever autônomo de legislar (omissão absoluta), bem como do descumprimento ao princípio da isonomia (omissão relativa)<sup>28</sup>

Um ponto que merece ser destacado é o de que, quando se trata da omissão relativa, há que se observar se realmente configura um caso de omissão inconstitucional, na medida em que fere o princípio da isonomia, ou se trata de caso de inconstitucionalidade por ação (omissão inconstitucional aparente) – ato inconstitucional incompatível com princípio da isonomia.

Explica Flávia PIOVESAN (2003, p. 97) que:

Configurada a inconstitucionalidade por omissão, impõe-se o dilema da atuação dos Tribunais: ou declaram a inconstitucionalidade das normas que contenham essas omissões, na perspectiva de que houve a inconstitucionalidade por ação em decorrência de violação

---

<sup>27</sup> STF, RE 291701-SP, DJ 24.08.01, p. 59, rel. Min. Maurício Corrêa. Ementa: “*Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Leis n°s 8.622/93 e 8.627/93: Reajuste salarial no percentual de 28,86%. Extensão aos servidores públicos civis.... 1. O Pleno desta Corte, reconhecendo a existência de omissão legislativa, deferiu aos servidores públicos civis a extensão do reajuste de 28,86% previsto nas Leis n°s 8.622/93 e 8.627/93, segundo exegese do disposto no inciso X do artigo 37 da Constituição Federal. 2. No julgamento dos embargos de declaração opostos à decisão proferida nos autos do RMS n° 22.307-7/DF ficou esclarecido que não houve singela extensão a servidores públicos civis de valores de soldos de militares, mas reajuste geral concedido a todo o funcionalismo, civil e militar...*”

STF, AI 263772-RJ, DJ 20.04.01, p. 110, rel. Min. Maurício Corrêa. Ementa: “*Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Reajuste de 28,86%. Extensão aos servidores públicos civis. Compensação. 1. O Pleno desta Corte, ao reconhecer a existência de omissão legislativa, estendeu aos servidores públicos civis o reajuste de 28,86% previsto nas Leis 8.622/93 e 8.627/93, segundo a exegese dada ao inciso X do artigo 37 da Constituição Federal...*”

<sup>28</sup> Note-se que para Flávia PIOVESAN a omissão total identifica-se com a omissão absoluta, ao passo que a omissão parcial identifica-se com a omissão relativa.

ao princípio da igualdade, ou, na perspectiva de que houve omissão inconstitucional (omissão parcial), estendem o âmbito normativo, a fim de que seja observado o princípio da igualdade.

Regina M. M. N. FERRARI (2003, p. 48), apoiada nas lições de CANOTILHO, ensina que para distinguir se está diante de inconstitucionalidade por ação ou por omissão, deve-se observar se houve uma intenção deliberada com propósito de favorecimento ou apenas uma apreciação incompleta, ferindo o princípio da isonomia. Na primeira situação, há a inconstitucionalidade por ação; na segunda, a inconstitucionalidade por omissão. Assim a autora sustenta que:

... a caracterização incompleta pode resultar tanto de uma intenção deliberada, como de uma apreciação incompleta, onde não existe o propósito de favorecimento. No primeiro caso haveria uma violação do princípio da igualdade, resultando, portanto, em uma inconstitucionalidade por ação; no segundo, haveria uma verdadeira omissão inconstitucional.

## 6 MECANISMOS DE GARANTIA CONSTITUCIONAL

Antes de analisar propriamente os mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, há que se destacar o dispositivo constitucional que garante a aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal).

Como já mencionado (capítulo 3), tem-se que com relação aos direitos e garantias fundamentais não há a necessidade de que aguardem a atuação do legislador ordinário para que sejam efetivados, uma vez que podem e devem ser aplicados imediatamente, conforme o disposto no § 1º, do art. 5º, da Constituição Federal. Sobre esse ponto analisa Flávia PIOVESAN (2003, p. 109) que “Acentuada é a preocupação da Constituição de 1988 em conferir aplicabilidade imediata a seus preceitos, especialmente aos definidores de direitos e garantias fundamentais, não sendo mais admissível exigir-se do destinatário da norma que aguarde, em espera indefinida, a confecção das normas regulamentadoras faltantes.”

Ao tratar da proteção contra as omissões inconstitucionais há que se definir qual seria a atividade do órgão jurisdicional fiscalizador. O Judiciário deve substituir-se à atividade do legislador de modo a suprir a omissão inconstitucional? Ou o seu papel consistiria em apenas obrigar a atuação do legislador? E de que maneira poderia o Judiciário obrigar a atuação do legislador?

Tem-se que, para parte da doutrina, a substituição do legislador pelo Poder Judiciário é procedimento que não pode vigorar em nosso ordenamento jurídico que conforma o princípio da separação dos poderes entre os órgãos do Estado. Essa técnica feriria o disposto na própria ordem constitucional. Para suprir a omissão inconstitucional há, para Clèmerson CLÈVE, a necessidade de se agregar técnicas jurídicas e políticas. Ensina este autor (2000, p. 350) que: “No Estado Democrático de Direito, a associação entre técnicas estritamente jurídicas e outras prevalentemente políticas parece ser o caminho apropriado para a solução da estimulante problemática do suprimimento da omissão inconstitucional.”

É técnica jurídico-política, prevista na Carta Constitucional de 1988, a qual pode ser utilizada para a fiscalização da omissão inconstitucional, a iniciativa popular (art. 61, § 2º, da CF). Entretanto, conforme crítica apresentada por Clèmerson CLÈVE (2000, p. 331), “... a iniciativa popular, timidamente introduzida na Constituição, muito dificilmente dará conta do desafio do desencadear o suprimento da omissão injustificada. Os requisitos necessários para a sua deflagração tornaram o instituto quase impraticável.”

São, por outro lado, técnicas estritamente jurídicas, previstas no Texto Constitucional, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Constituição Federal) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da Constituição Federal). A primeira caracteriza-se por ser instrumento de fiscalização abstrata, ao passo que o segundo caracteriza-se por ser instrumento de fiscalização concreta.

Regina M. M. N. FERRARI (1990, p. 162) entende que não é possível haver o controle da constitucionalidade por omissão por via de defesa ou exceção.<sup>29</sup> Segundo a autora o mandado de injunção não é um mecanismo de controle da constitucionalidade – “Aqui não se fala em inconstitucionalidade: a falta de norma regulamentadora torna inviável um direito constitucionalmente previsto, mas não é, ainda, uma falta inconstitucional, podendo no futuro vir a ter tal caracterização, numa ação própria de declaração de inconstitucionalidade por omissão.”

Flávia PIOVESAN, por outro lado, entende que o controle da inconstitucionalidade por omissão reclama uma nova atuação do Poder Judiciário no sentido de que o princípio que deve vigorar é o da prevalência da Constituição. Desse modo, como teremos a oportunidade de ver logo adiante, a autora busca desenvolver o mandado de injunção de forma a considerá-lo sim um importante mecanismo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão legislativa.

Passa-se, pois, à análise dos mecanismos jurídicos de controle da omissão legislativa inconstitucional.

---

<sup>29</sup> Assim também se posiciona Jorge MIRANDA, tendo em vista o direito português, como exposto no capítulo 4.

## 6.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

### 6.1.1 Características

O objetivo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como acentua Flávia PIOVESAN (2003, p. 113), é “permitir que toda norma constitucional alcance eficácia plena, obstando que a inação do legislador venha a impedir o exercício de direitos constitucionais.”

Desse modo, continua a autora:

... pretende-se, através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, suprir as lacunas inconstitucionais da ordem constitucional. Trata-se, pois, de instrumento voltado a preencher de forma geral e abstrata, as lacunas inconstitucionais do ordenamento. A finalidade última é colmatar todas as lacunas inconstitucionais, para que, algum dia, todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena e possam irradiar, com máxima eficácia, efeitos normativos.

A Constituição não prevê uma ação especial diferente da ação direta de inconstitucionalidade por ação para a fiscalização da omissão inconstitucional. O art. 103, do Texto Constitucional, aponta a ação direta de inconstitucionalidade como instrumento de fiscalização de lei ou ato normativo inconstitucional, bem como da omissão inconstitucional. Disso depreende-se que os legitimados ativos para a provocação da fiscalização de constitucionalidade são os mesmos tanto para a inconstitucionalidade por ação como por omissão.

O § 2º, do art. 103, do Texto Constitucional trata especificadamente da inconstitucionalidade por omissão e traz a seguinte redação: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

A competência para processar e julgar essa ação é do Supremo Tribunal Federal que possui a função de zelar pela guarda da Constituição (art. 102, da Constituição Federal).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui a natureza de um processo objetivo. Tem como finalidade precípua a defesa da Constituição, ou seja, a defesa da integralidade da vontade constitucional. “É o procedimento apropriado para a declaração da mora do legislador, com o conseqüente desencadeamento, por iniciativa do próprio órgão remisso, do processo de suprimento da omissão inconstitucional.” (CLÈVE, 2000, p. 340) O procedimento adotado, em geral, é o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade por ação, salvo no que for incompatível para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Não há prazo para a propositura da ação, mas deve atentar-se para um transcurso de tempo razoável para descaracterizar a mera lacuna técnica (omissão constitucional e omissão constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade), como já explicitado. Deve admitir-se, se necessário e indispensável, a realização de prova pericial ou de instrução probatória envolvendo matéria de fato.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão também pode existir na esfera estadual. Assim, “o Poder Constituinte Decorrente, de que estão investidos os Estados-membros, é livre para introduzir, ou não, na esfera local, o controle da inconstitucionalidade por omissão.” (CARRAZZA, 1998, p. 266)

### 6.1.2 Legitimidade ativa e passiva

A legitimidade ativa é concedida às pessoas enunciadas, em *numerus clausus*, no art. 103, I a IX, da Constituição Federal, sendo esse rol repetido no art. 2º, da Lei nº 9.868, que trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, bem como da ação declaratória de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>30</sup>

Antes da Constituição de 1988, a legitimidade ativa era privativa do

---

<sup>30</sup> “Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I- o Presidente da República; II- a Mesa do Senado Federal; III- a Mesa da Câmara dos Deputados; IV- a Mesa da Assembléia Legislativa; V- o Governador de Estado; VI- o Procurador Geral da República; VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII- partido político com representação no Congresso Nacional; IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

Procurador Geral da República.

Sobre a legitimidade ativa Flávia PIOVESAN (2003, p. 115) ressalta que poderia também ter o constituinte estendido tal legitimidade aos cidadãos, como na iniciativa popular.

Não obstante o notável avanço constitucional que determinou o alargamento do rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, ainda maior seria este avanço se houvesse a inclusão no elenco do art. 103 da iniciativa popular. A título de justificar esta proposição, sustenta-se que os cidadãos podem apresentar projeto de lei às Casas do Poder Legislativo, nos termos do art. 61, § 2º, da Constituição de 1988, também seria razoável se os cidadãos detivessem o poder de subscrever ação direta de inconstitucionalidade, respeitados determinados requisitos constitucionais.

A autora mencionada (2003, p. 118) também ressalta outra questão que merece destaque:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é instrumento de tutela de direito objetivo e, por isso, não há que se exigir dos entes do art. 103 a comprovação de interesse jurídico específico, no âmbito estritamente processual. Caso contrário, estar-se-ia a converter um instrumento de defesa de direito objetivo em verdadeiro instrumento de defesa de direito subjetivo, o que seria uma distorção jurídica.

Parte da doutrina, a exemplo de Ivo DANTAS, reconhece haver na ação direta de inconstitucionalidade a substituição processual, na medida em que as pessoas elencadas pela Constituição (art. 103) não agem em nome próprio, mas em nome de toda a coletividade a fim de expurgar do ordenamento a inconstitucionalidade.

Já a legitimidade passiva é imputada às autoridades e órgãos legislativos inertes, responsáveis pela prática do ato determinado pela Constituição.

### 6.1.3 Efeitos da decisão

A decisão do Supremo Tribunal Federal produz efeitos *erga omnes*, após o seu trânsito em julgado. Além disso, produz efeitos *ex tunc*, ou seja, os efeitos retroagem até à data que a omissão se materializou.

Segundo Roque CARRAZZA (1998, p. 264) declarada a inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal dará ciência ao órgão competente

para suprir a omissão. Desse modo, entende o autor que “... o Pretório Excelso não criará a norma legal faltante, nem se pronunciará sobre o modo pelo qual a omissão inconstitucional deverá ser superada. Em suma, a decisão não eliminará a inconstitucionalidade, mas, apenas, a constará oficialmente.” A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, então, não gera nenhum efeito jurídico direto. Embora não seja capaz de afastar a omissão, permite à parte lesada a obtenção de indenização, nos termos da responsabilidade do Estado pela omissão legislativa.

Para Clèmerson CLÈVE (2000, p. 346) dada ciência ao órgão competente (Poder Legislativo) para a adoção das medidas necessárias, não há efetivamente um prazo para o suprimento da omissão. No entanto, “O Legislativo pode, ... através de seu Regimento Interno, fixar prazos e fórmulas viabilizadoras do acudir a omissão declarada inconstitucional.” Em relação aos órgãos administrativos, ao revés, houve a fixação de um prazo de trinta dias, configurando-se uma verdadeira ordem judicial. Mas, nos dois casos pode haver a responsabilização civil do Estado em relação aos danos causados pela omissão.

Em que pese esse ser o posicionamento geral da doutrina (ao Supremo Tribunal Federal compete apenas dar ciência da declaração de inconstitucionalidade ao órgão omissor), Flávia PIOVESAN (2003, p. 126), inspirada no sistema alemão, propõe que, declarada a inconstitucionalidade, fixe o Supremo Tribunal Federal um prazo para o legislador suprir a omissão. Se, finalizado o prazo, o legislador mais uma vez quedasse inerte, poderia o próprio Supremo, dependendo do caso, suprir a omissão de forma a dispor normativamente sobre a matéria, em caráter provisório até a efetiva atuação do legislador.

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

constitucional. Estariam então conciliados o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.

Entretanto, essa substituição do legislador pelo Poder Judiciário seria possível apenas se a atuação do legislador não fosse absolutamente insubstituível. Assim, segundo a autora (2003, p. 127):

... caberia ao Poder Judiciário a seguinte avaliação: se se pode atribuir razoável eficácia à norma constitucional sem a intervenção do legislador, tendo em vista a existência no sistema constitucional de elementos mínimos necessários à aplicação normativa, devem os Tribunais aplicá-la, sob o fundamento de que o órgão legislativo não honrou o encargo que lhe foi imposto. Esta avaliação está centrada na possibilidade de o Poder Judiciário, através do processo de concretização, emprestar eficácia ao preceito constitucional que exige regulamentação.

Na ótica da autora esta é uma proposta viável, na medida em que se coaduna com a sistemática constitucional. Pode-se dizer que, por analogia, a adoção de medidas provisórias pelo Presidente da República, consoante o art. 62, da Constituição Federal, em casos de relevância e urgência, justificaria aqui a atuação do Poder Judiciário nos mesmos moldes, ou seja, em situações de absoluta relevância e urgência.

No caso de medidas provisórias admite-se a substituição do legislador, desde que se trate de questão relevante e urgente, pelo Poder Executivo. No caso de omissão legislativa inconstitucional, quando dada ciência e um prazo ao órgão competente para suprir a omissão, se finalizado o prazo este continua inerte, admitir-se-ia, então, a substituição provisória pelo Poder Judiciário, se não tratar de matéria de caráter absolutamente insubstituível do legislador.

Assim, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição e a busca pela efetiva aplicação de seus postulados, talvez essa proposta, nos termos em que foi apresentada, seja realmente uma solução ao problema da omissão legislativa inconstitucional, não devendo ser no todo desconsiderada.

O Judiciário brasileiro ainda se mostra tímido na aplicação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que contribui para que se torne um mecanismo inócuo de fiscalização da constitucionalidade. Verifica-se que apenas dar ciência ao órgão inerte, para que este tome as providências necessárias a fim de suprir a omissão,

e constituí-lo em mora, não é, na maioria das vezes, medida suficiente para afastar a omissão inconstitucional. Deveria também, sem dúvida, haver a imputação de um prazo para que o legislador possa suprir essa omissão.

Mas, Flávia PIOVESAN vai mais além e propõe que, finalizado o prazo sem que haja, mais uma vez, a atuação do legislador, o Judiciário poderia substituir-se a ele em caráter provisório, se assim fosse possível, dependendo do caso. A substituição do legislador pelo Judiciário é questão que gera polêmica na doutrina, não sendo aceita por nossos tribunais.

#### 6.1.4 Decisão de inconstitucionalidade por omissão parcial (relativa) por violação ao princípio da isonomia (cláusula de exclusão de benefício)

Como explicitada no capítulo anterior (capítulo 5), a omissão parcial (relativa) ocorre quando há uma atuação do legislador que, por uma apreciação incompleta, fere o princípio da isonomia. A esta apreciação incompleta do legislador dá-se também o nome de cláusula de exclusão de benefício.

Clèmerson CLÈVE (2000, p. 357-358) entende que quando ocorre a omissão parcial por violação ao princípio da isonomia (cláusula de exclusão de benefício) o Supremo Tribunal Federal poderia decidir das seguintes formas: a) declarar a inconstitucionalidade por ação parcial ou total do ato impugnado; b) fazer uma interpretação conforme a Constituição; c) declarar a inconstitucionalidade por omissão parcial; d) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. Nesse sentido, expõe que pode o Supremo:

- (i) declarar a inconstitucionalidade positiva da cláusula de exclusão ou de todo o ato impugnado, no caso de exclusão arbitrária de benefício;
- (ii) declarar a inconstitucionalidade do ato impugnado, no caso de ônus imposto de modo discriminatório (arbitrário) a determinado grupo social, com exclusão dos demais na mesma situação;
- (iii) fazer uma ‘interpretação conforme a Constituição’ naquelas hipóteses em que não há discriminação arbitrária, mas, antes, falha de técnica legislativa. Seria cabível, neste caso,

uma ‘interpretação conforme’ para revelar um conteúdo latente ou implícito já contido na norma infraconstitucional suspeita de incompletude, ou acrescer um conteúdo constitucionalmente exigido, observado o princípio da reserva do possível, inclusive por meio de ‘construção jurisprudencial’;

(iv) declarar a inconstitucionalidade da omissão parcial, dando ciência ao poder omissor para providenciar o seu suprimento, nos casos de ‘exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia’ decorrente não de ato arbitrário, mas de equivocada apreciação das circunstâncias fáticas ou da legitimidade do critério de discriminação adotado (aumento isolado ou diferenciado de vencimentos, v. g.) e nos casos de incompleta satisfação de dever constitucional concreto de legislar (salário mínimo), sempre que o suprimento da omissão envolver o dispêndio de recursos públicos (*princípio da reserva de lei orçamentária*) e salvo as hipóteses tratadas pelo Estatuto Constitucional como direitos públicos subjetivos (e, por isso, capazes de alcançar satisfação por intermédio de outros meios processuais mais eficazes). Haverá aqui declaração de inconstitucionalidade da inércia parcial e não ato normativo, com o decorrente apelo ao legislador.

Finalmente, (vi) declarar, nos moldes do Tribunal Constitucional alemão, a inconstitucionalidade do ato normativo incompleto, sem a pronúncia da nulidade. A tese já foi sustentada pelo Advogado-Geral da União, na qualidade curador da norma impugnada, em pelo menos uma oportunidade. Tratava-se de ação direta positiva proposta contra a lei que, e, em 1992, fixou o valor do salário-mínimo e a forma de seu reajuste. Requeria o autor que fosse declarada inconstitucional a lei indicada. Aquela autoridade sustentou que, ‘aceita a idéia geral de que a declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial exige a suspensão de aplicação dos dispositivos impugnados, não se deve perder de vista que, em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional’.

Nesta última hipótese visualizada (declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade), nota-se que em dada situação a aplicação da lei declarada como inconstitucional faz-se indispensável no período de transição até a promulgação de nova lei.

Diante do que fora exposto, entende, por fim, o autor que por não se tratar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de procedimento especial, ou seja, procedimento diferente da ação direta de inconstitucionalidade por ação (como já explicitado), e, tendo em vista que a iniciativa e o processo são os mesmos para essas duas espécies de ação, pode-se aplicar o princípio da fungibilidade no caso da omissão parcial, apresentando qualquer uma das soluções como acima se expôs. Ressaltando, todavia, que o mais correto seria providenciar-se a cumulação de pedidos, ou seja, requerer a declaração de inconstitucionalidade por ação ou, alternativamente, por

omissão.

## 6.2 MANDADO DE INJUNÇÃO

### 6.2.1 Características

O mandado de injunção está previsto no capítulo da Constituição que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos e traz a seguinte redação: “Art. 5º, LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Não há no direito comparado nenhum mecanismo semelhante ao mandado de injunção, como o previsto pelo constituinte de 1988.<sup>31</sup>

O mandado de injunção é uma inovação trazida pela Carta de 1988 e como foi previsto depende de regulamentação. Ocorre que essa regulamentação não se concretizou até hoje, passados quatorze anos da promulgação do Texto Maior. O Judiciário (Supremo Tribunal Federal), então, com fundamento no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal (“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”), passou a entender que o instituto deva ser auto-aplicável. “Definiu o Judiciário, porém, que um meio criado precisamente para a defesa de direitos dependentes de norma regulamentadora não poderia ficar paralisado diante da falta de norma de integração.” (CLÈVE, 2000, p. 365)

Para Roque CARRAZZA (1998, p. 267) “o mandado de injunção é uma *ação constitucional*, cujos lineamentos básicos estão apontados na própria Carta da República.” Por isso, entende que a sua impetração não depende da edição de nenhuma lei processual.

---

<sup>31</sup> Entretanto, alguns autores apontam como origem do mandado de injunção o *writ of injunction* do direito norte-americano. Este remédio no direito norte-americano é bastante utilizado e tem como base a jurisdição de equidade. É aplicado “quando a norma legal se mostra insuficiente ou incompleta para solucionar, com Justiça, determinado caso concreto.” (MORAES, 2001, p. 171)

Por analogia, aplica-se-lhe o procedimento do mandado de segurança (Lei nº 1.533/51), enquanto não houver a sua regulamentação<sup>32</sup>

Ensina Flávia PIOVESAN (2003, p. 134) que para a concessão da injunção deve haver uma relação jurídica de causa e efeito. Ou seja, “... a uma causa – a falta da norma regulamentadora – a ordem jurídica atribui uma consequência – a inviabilidade do exercício de direitos e deveres constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Assim, o mandado de injunção tem como objeto assegurar o exercício: “a) de qualquer direito constitucional não regulamentado; b) de qualquer liberdade constitucional não regulamentada e c) das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania, também quando não regulamentadas.” (PIOVESAN, 2003, p. 140)

Este instrumento, segundo Clèmerson CLÈVE (2000, p. 366), destina-se à fiscalização concreta da omissão inconstitucional, como também se caracteriza por proteger os direitos constitucionais contra as meras lacunas técnicas (lacunas de legislação), que impedem o seu efetivo exercício.

A ação de inconstitucionalidade por omissão tem por finalidade a defesa da Constituição integral, configurando mecanismo de declaração da mora do legislador. O mandado de injunção, por sua vez, presta-se para, nos termos do art. 5º, LXXI, da Lei Fundamental, viabilizar o exercício ‘dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’. Protegidos pelo instituto podem ser todos (i) os direitos constitucionais, (ii) as liberdades constitucionais e (iii) as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cuja eficácia positiva (exercício), porque definidos em normas inexecutáveis por si mesmas, está à mercê da edição de norma regulamentadora.

Ensina José da Silva PACHECO (2002, p. 378) que para a impetração do mandado de injunção devem estar presentes duas condições da ação, as quais são definidoras do instituto: a) ausência de norma regulamentadora; e, b) inviabilidade de exercício dos direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas

---

<sup>32</sup> Note-se que parte da doutrina, a exemplo de Roque CARRAZZA, entende dever ser aplicado o procedimento ordinário do Código de Processo Civil, por permitir uma apreciação jurisdicional mais abrangente.

inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.<sup>33</sup>

---

33 STF, MI 152-DF, DJ 20.04.90, p. 3047, rel. Min. Celio Borja. Ementa: “... existindo lei disciplinando a matéria constitucional..., não se justifica o ajuizamento do mandado de injunção, ação que pressupõe ausência de norma que impeça o gozo de direitos ou prerrogativas instituídas pela Lei Maior.”

STF, MI 20-DF, DJ 22.11.96, p. 45690, rel. Min. Celso de Mello. Ementa: “Mandado de Injunção Coletivo – Direito de greve do servidor público civil – Evolução desse direito no constitucionalismo brasileiro – Modelos normativos no direito comparado – Prerrogativa jurídica assegurada pela Constituição (art. 37, VII) – Impossibilidade de seu exercício antes da edição de Lei Complementar – Omissão Legislativa – Hipótese de sua configuração – Reconhecimento do estado de mora do Congresso Nacional – Impetração por entidade de classe – Admissibilidade – Writ concedido. Direito de greve no serviço público: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta – ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição – para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida – que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público – constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do Texto Constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa – não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora – vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários...”

STF, MI 542-SP, DJ 28.06.02, p. 89, rel. Min. Celso de Mello. Ementa: “Mandado de Injunção - natureza jurídica - taxa de juros reais (CF, art. 192, § 3º) - injustificável omissão do Congresso Nacional - fixação de prazo para legislar - descabimento, no caso - writ parcialmente deferido. a transgressão da ordem constitucional pode consumir-se mediante ação (violação positiva) ou mediante omissão (violação negativa). - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, seja quando este vem a fazer o que o estatuto constitucional não lhe permite, seja, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público). Entendimento prevalente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RTJ 162/877-879, Rel. Min. Celso de Mello (Pleno). - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. Descumprimento de imposição constitucional legiferante e desvalorização funcional da constituição escrita. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. Celso de Mello). - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. Direito subjetivo à legislação e dever constitucional de legislar: a necessária existência do pertinente nexo de causalidade. - O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à

Roque CARRAZZA (1998, p. 272) ressalta que o mandado de injunção é cabível em relação a todos os direitos e liberdades constitucionais previstos no Texto Maior, e, não apenas àqueles previstos no art. 5º, bem como a todas as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O mandado de injunção, segundo Clèmerson CLÈVE, é mecanismo processual subsidiário, na medida em que apenas poderá ser utilizado se a pretensão não puder ser satisfeita por outro meio processual.

Para Regina M. M. N. FERRARI (2003, p. 52), como já exposto, o mandado de injunção não é um mecanismo de controle da constitucionalidade, é um mecanismo apenas para o pleno exercício de direitos e liberdades ameaçados por falta de norma regulamentadora. Assim: “Nesse intuito jurídico não se fala em inconstitucionalidade. A falta da norma torna inviável um direito constitucionalmente previsto, mas não é ainda caracterizada como inconstitucional, podendo vir a ter tal caracterização no futuro, numa ação de declaração de inconstitucionalidade por omissão.”

Nessa linha de raciocínio, em outra passagem a autora acima citada (2001, p. 243) confirma o seu posicionamento:

... no caso da omissão inconstitucional só é passível de ser exercitado por meio da ação de inconstitucionalidade por omissão, a qual integra o controle concentrado, abstrato e em tese, isto é, só pode ser conhecida pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo previsão constitucional para que a hipótese da omissão venha a ser fiscalizada na via de defesa ... [ou seja, através do mandado de injunção]

---

*atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional. Precedentes. Mandado de injunção e taxa de juros reais. - O estado de inércia legiferante do Congresso Nacional justifica a utilização do mandado de injunção, desde que resulte inviabilizado - ante a ocorrência de situação de lacuna técnica - o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais (CF, art. 5º, LXXI), de que seja titular a parte impetrante. - A regra inscrita no art. 192, § 3º, da Constituição, por não se revestir de suficiente densidade normativa, reclama, para efeito de sua integral aplicabilidade, a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, cuja prolongada inércia - sobre transgredir, gravemente, o direito dos devedores à prestação legislativa prevista na Lei Fundamental - também configura injustificável e inconstitucional situação de mora imputável ao Poder Legislativo da União. Precedentes. Deferimento, em parte, do writ injuncional, nos termos constantes do voto do Relator.”*

Note-se, entretanto, que Flávia PIOVESAN não compartilha desse posicionamento. Para esta autora o instrumento merece destaque, pois constituiu um avanço para a defesa e efetividade das normas constitucionais. Além de não possuir os mesmos efeitos que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme se verá mais adiante.

### 6.2.2 Natureza da norma regulamentadora

A norma regulamentadora pode ser de qualquer natureza (legislativa, regulamentar ou de nível hierárquico inferior), desde que esteja efetivamente comprovado que torna inviável o exercício de um direito constitucionalmente assegurado.

É importante ressaltar que a ausência de norma regulamentadora do direito não se confunde com ausência de atos administrativos concretos, ou seja, com a falta de atuação administrativa.

### 6.2.3 Competência para processar e julgar

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar o mandado de injunção nas hipóteses do art. 102, I ,q (“... quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal ...”), e, ao Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses do art. 105, I, h (“... quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal ...”), do Texto Constitucional.

A competência recursal está prevista no art. 102, II, a (competência do

Supremo Tribunal Federal para julgar em recurso ordinário o mandado de injunção, quando decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão), também da Carta Constitucional.

No âmbito estadual, também podem as Constituições dos Estados-membros estabelecerem competências de órgãos para processar e julgar mandados de injunção, contra omissões do Poder Público estadual em relação às normas constitucionais estaduais.

#### 6.2.4 Legitimidade ativa e passiva

Legitimados ativos são todas as pessoas detentoras dos direitos previstos na Constituição, impedidas de exercitá-los face à ausência de norma regulamentadora. O Supremo Tribunal Federal<sup>34</sup> e o Superior Tribunal de Justiça já reconheceram também a possibilidade de impetração coletiva do mandado de injunção por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída à semelhança do mandado de segurança coletivo.

Flávia PIOVESAN (2003, p. 144) ressalta que o mandado de injunção é cabível para a tutela dos direitos coletivos, mas não para a tutela dos direitos difusos. Isto porque acabaria por confundir-se o mandado de injunção com ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Caso se admitisse a tutela também de direito difuso, o instrumento do mandado de injunção estaria, até certo ponto, a se confundir com o instrumento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isto é, caberia, em julgamento de mandado de injunção, a elaboração da norma regulamentadora geral e abstrata. O mandado de injunção deixaria de constituir instrumento de defesa de direito subjetivo, voltado a viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, para se transformar em instrumento de tutela de direito objetivo, permitindo a eliminação de lacunas do sistema jurídico-constitucional.

Ao contrário, Luís Roberto BARROSO reconhece a possibilidade de impetração em relação aos direitos difusos, sendo legitimados para tanto o Ministério

---

<sup>34</sup> STF, MI 361-RJ, DJ 17.06.94, p. 15707, rel. Min. Neri da Silveira. Ementa: “Mandado de Injunção coletivo: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da Constituição ...”

Público (Lei Complementar 75/93, art. 6º, VIII), bem como os terceiros na qualidade de entidades ou associações de classe (Constituição Federal, art. 129, § 1º).

De acordo com Roque CARRAZZA (1998, p. 273) “O Ministério Público está credenciado constitucionalmente a impetrar o mandado de injunção. De fato, na ‘defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’ (CF, art. 127) tem legitimidade ativa para tanto. Se a impetração for feita por outrem, é imprescindível sua manifestação, na qualidade de *custos legis*.”

Legitimado passivo, segundo Clèmerson CLÈVE, é o órgão público ou autoridade competente para a regulamentação do direito constitucional. Compartilha deste posicionamento Michel TEMER (1993, p. 202):

Entendemos que o mandado de injunção somente pode ser impetrado contra pessoa jurídica de direito público. Primeiro, porque o dispositivo criador do mandado de injunção refere-se a matérias de ordem pública, como liberdades constitucionais, nacionalidade, soberania e cidadania. Em segundo lugar, porque é ilógico imaginar-se uma ação proposta contra particular pleiteando direitos que não foram conferidos em razão de ausência de norma regulamentadora. Seria considerar responsável o particular por ato que se deveu a omissão do Poder Público.

Nessa linha de pensamento, portanto, não se devem admitir como legitimados passivos os particulares.

Contra esse raciocínio se insurgem Flávia PIOVESAN, Eros Roberto GRAU, Luís Roberto BARROSO e Eduardo TALAMINI.

Para Flávia PIOVESAN (2003, p. 145), “a legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não recai, portanto, sobre a autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante.”

Também neste sentido, Eros GRAU (2002, p. 346) expõe o seguinte:

Questão ainda não pacificada na doutrina é a atinente à distinção que aparta os institutos do mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão. Declarada esta, o Poder Judiciário cobrará do poder ou autoridade competente a edição da norma cuja inexistência definiu como inconstitucional. Já no caso do mandado de injunção, não se reclama norma; o requerente pretende a obtenção de uma prestação concreta, individualizada, para si. Exige, judicialmente, o exercício de um direito, não pede ao Poder Judiciário o suprimento de norma, mas sim, apenas, que este ajuste a situação em que se encontra ao preceito constitucional que invoca. Insisto: o Poder Judiciário, ao conceder o mandado de injunção,

não se substitui ao Poder Legislativo; não produz norma, abstrata e genérica; apenas e tão-somente provê no sentido de viabilizar, dentro das condições que determinar, em cada caso, o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Por isso mesmo é que o mandado de injunção pode ser requerido contra particulares.

Então, considerando que o objetivo do mandado de injunção é permitir ao impetrante o exercício de um direito que lhe é constitucionalmente garantido, tem-se que deve ser dirigido a quem deva viabilizar o exercício desse direito – pessoa pública ou privada. Dito de outro modo, entender que o mandado de injunção possa ser dirigido contra particular não significa responsabilizá-lo pela omissão do Poder Público, na medida em que ao particular não é dado suprir a falta de norma regulamentadora e sim, viabilizar o exercício do direito em um caso determinado, conforme solução apresentada pelo Judiciário. Já adiantando o que será tratado logo em seguida, a decisão judicial no mandado de injunção tem como fim remover os obstáculos ao exercício do direito constitucional, no caso concreto.

Diante disso, entende-se que podem ser legitimados passivos os entes públicos ou particulares capazes de viabilizar o exercício do direito obstado.

#### 6.2.5 Provimento judicial

Qual seria o papel do Judiciário a fim de viabilizar o exercício do direito constitucional? A doutrina desenvolveu três correntes que tentam explicar o papel do Judiciário no caso de ausência de norma regulamentadora.

A primeira corrente doutrinária propõe que o Judiciário edite a norma faltante em caráter substitutivo à atividade do legislador. Este é o posicionamento minoritário dentro do Supremo Tribunal Federal (concretista geral), no qual reconhece-se a mora do legislador e, desde logo, dá-se provimento ao direito do impetrante, editando norma em caráter geral e abstrato e com efeitos *erga omnes*. Ocorre que, se assim fosse, o Poder Judiciário estaria a desenvolver função do órgão legislativo, para a qual não está preparado. O que implicaria, por conseguinte, na violação ao princípio da separação dos poderes.

A segunda corrente doutrinária permite ao Judiciário remover os obstáculos ao exercício do direito constitucional. “Neste caso, o órgão jurisdicional não irá propriamente exercer função normativa genérica, mas, sim, possibilitar ao impetrante, caso mereça procedência a sua pretensão, a fruição do direito não exercitado em face da falta da norma regulamentadora.” (CLÈVE, 2000, p. 376)

No Supremo Tribunal Federal, esta corrente (concretista individual) se subdivide em duas: concretista individual direta, na qual o Judiciário, ao constatar a efetiva ausência de norma regulamentadora, dá provimento ao direito do impetrante; e, concretista individual intermediária, defendida isoladamente pelo Ministro Néri da Silveira, na qual primeiro deve-se comunicar a omissão ao órgão competente e estabelecer-lhe um prazo de 120 dias para supri-la. Se este, mais uma vez, quedar-se inerte, então, caberia ao Judiciário dar provimento ao direito, no caso concreto.

A terceira corrente doutrinária acaba por equiparar o mandado de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão, na medida em que entende caber ao Judiciário apenas a notificação da inconstitucionalidade ao órgão (ou autoridade) competente para supri-la. Esta é a corrente majoritária dentro do Supremo Tribunal Federal.<sup>35</sup>

Merece destaque ainda outro posicionamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal (julgados mais recentes), no qual reconhece-se a mora do legislador e remete o impetrante às vias ordinárias para obtenção de indenização por perdas e

---

35 STF, MI 168- RS, DJ 20.04.90, p. 3047, rel. Min. Sepúlveda Pertence. Ementa: “Mandado de Injunção. Natureza. O Mandado de Injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra...”

STF, MI 611-SP, DJ 29.11.02, p. 18, rel. Min. Sydney Sanches. Ementa: “Direito Constitucional. Mandado de Injunção. Taxa de juros reais: limite de 12% ao ano. Artigos 5º, inciso LXXI, e 192, § 3º, da Constituição Federal. 1. Em face do que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 4, o limite de 12% ao ano, previsto, para os juros reais, pelo § 3º do art. 192 da Constituição Federal, depende da aprovação da Lei regulamentadora do Sistema Financeiro Nacional, a que se refere o “caput” do mesmo dispositivo. 2. Estando caracterizada a mora do Poder Legislativo, defere-se, em parte, o Mandado de Injunção, para se determinar ao Congresso Nacional que elabore tal Lei. 3. O deferimento é parcial porque não pode esta Corte impor, em ato próprio, a adoção de tal taxa, nos contratos de interesse dos impetrantes ou de quaisquer outros interessados, que se encontrem na mesma situação. 4. Precedentes.”

danos decorrente da omissão inconstitucional, tal como é possível na ação de inconstitucionalidade por omissão, sem, entretanto, a necessidade de notificação ao órgão competente para sanar a inconstitucionalidade.<sup>36</sup>

Para Flávia PIOVESAN a primeira corrente doutrinária (na qual o Judiciário deve editar a norma faltante) não pode ser admitida, uma vez que tornaria o mandado de injunção mecanismo de tutela objetiva, perdendo seu caráter de mecanismo de tutela subjetiva, e, confundindo-se com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isto porque, a par das críticas quanto à violação ao princípio da separação dos poderes, propõe que o Judiciário edite a norma faltante em caráter geral e abstrato, quando não é este o objetivo do mandado de injunção. O mandado de injunção visa apenas a permitir o exercício do direito (ou liberdade) restringido por ausência de norma regulamentadora, na esfera jurídica do impetrante, produzindo efeitos apenas *inter partes*. Se editasse a norma, a decisão do Judiciário produziria efeitos *erga omnes*.

Ensina que “... não seria razoável que o Poder Judiciário elaborasse norma geral e abstrata, quando da apreciação de um caso concreto, cujo pedido é a restauração de direito subjetivo violado. Não condiz com a finalidade de um instrumento de tutela de direito subjetivo, o intuito de sanear vícios da ordem jurídica,

---

36 STF, MI 652-RS, DJ 20.06.03, p. 58, rel. Min. Carlos Velloso. Ementa: “*Mandado de Injunção. Artigo 8º, § 3º do ADCT. Direito à reparação econômica aos cidadãos alcançados pelas Portarias reservadas do Ministério da Aeronáutica. Mora legislativa do Congresso Nacional. 1 - Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que ‘a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, “hic et nunc”, de uma situação de inatividade inconstitucional.’ (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24.05.2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção. 2 - Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou ‘aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação’, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização. 3 - Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do “quantum” devido. 4 - Mandado de injunção deferido em parte.”*

ou seja, do direito objetivo.” (PIOVESAN, 2003, p. 149)

Além disso, admitir essa corrente implicaria em afronta ao princípio da tripartição dos poderes.<sup>37</sup>

A mesma autora também afasta a possibilidade de aplicação da terceira corrente doutrinária (na qual cabe ao Judiciário apenas a notificação da inconstitucionalidade ao órgão ou autoridade competente para supri-la), uma vez que se confundiriam as finalidades dos dois mecanismos de garantia constitucional (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão). Constatou, no entanto, que em vários julgados o Supremo Tribunal Federal adotou esse posicionamento (como exposto, este é o posicionamento majoritário no STF), ao passo que o Superior Tribunal de Justiça o afastou.

Diante disso, a corrente doutrinária que deve ser adotada, segundo a autora, é a segunda, na qual o Judiciário deve remover os obstáculos ao exercício do direito constitucional. Compartilha desse posicionamento Michel TEMER (1993, p. 198) ao expor que “... a decisão judicial no mandado de injunção torna viável o exercício dos direitos constitucionalmente previstos.”

TEMER (1993, p. 199) acrescenta que o Judiciário não legisla nem substitui o legislador, apenas declara o direito, tendo a sentença força mandamental. “Tal forma de proceder não caracterizaria legislação, mas exercício da jurisdição na forma ampliada...”. Assim, cabe ao Judiciário analisar cada caso concreto para verificar se estão definidos na norma constitucional o que este autor chama de contornos mínimos ensejadores da declaração do direito, bem como se efetivamente caracterizou-se a omissão inconstitucional.

---

<sup>37</sup> “Observe-se que esta argumentação não é conflitante com a proposição apresentada no capítulo anterior acerca da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Naquele momento, sustentou-se, a título de proposição, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante, que conferisse plena efetividade à norma constitucional. Nesta proposição não se verifica qualquer afronta ao princípio da separação dos poderes. A uma, porque declarada a inconstitucionalidade por omissão é fixado prazo razoável para que o legislador supra a omissão. A duas, porque somente se a omissão se mantiver, não honrando o legislador o encargo que lhe foi imposto, é que o Judiciário, a depender da hipótese, expediria a decisão normativa, em caráter provisório.” (PIOVESAN, 2003, p. 150)

Clèmerson CLÈVE (2000, p. 377) também entende ser a segunda corrente a adequada, e, acrescenta a necessidade de se comunicar a declaração de inconstitucionalidade ao órgão (ou autoridade) competente para que adote as providências necessárias a fim de suprir a omissão.

Se o *mandamus* não se presta para instrumentalizar a reação do jurisdicionado contra o silêncio normativo visando à regulação geral-abstrata, pelo Judiciário, do direito inviabilizado pela falta da norma regulamentadora (sentença judicial constitutiva-normativa), parece certo que ele cumpre, pelo menos e simultaneamente, duas finalidades: (i) viabilizar o exercício do direito constitucional, quando isso seja juridicamente possível e (ii) em qualquer caso, viabilizado ou não o exercício do direito, dar ciência ao órgão legislativo ou executivo omissos, para que adotem as providências necessárias. Sim, porque, mesmo removidos os obstáculos à fruição do direito, nem por isso o impetrante perderá interesse no suprimento, pelo órgão competente, da declarada omissão.

Eduardo TALAMINI (2001, p. 457-458) apresenta um panorama dos objetivos e eficácias atinentes ao instrumento do mandado de injunção:

O mandado de injunção, nessa ótica, destina-se a i) constituir – para o caso concreto, limitadamente às partes do processo – uma disciplina supletiva daquela faltante, ii) propiciar diretamente ao impetrante o resultado prático que obteria com o exercício do direito obstado pela ausência de regulamentação infraconstitucional e, sem prejuízo da imediata produção dos dois primeiros efeitos, iii) cientificar o Poder a quem compete tal regulamentação para que a providencie, em caráter geral e abstrato. Este parece ser o quadro de eficácias mais completo e consentâneo com a configuração constitucional da garantia. Em sede doutrinária – ainda que nem sempre sejam considerados todos os aspectos eficaciais ora destacados –, é majoritário o reconhecimento de que o mandado de injunção presta-se não a apenas cientificar o Poder omissos, mas a concretamente suprir a falta de regulamentação infraconstitucional.

Por conseguinte, expõe Flávia PIOVESAN (2003, p. 160) que “a decisão judicial preenche, mas não elimina, a lacuna do sistema jurídico. A eliminação da lacuna, via de regra, é tarefa do Poder Legislativo, quando da elaboração da norma jurídica geral e abstrata faltante.”

Desdobrando, adiante, um pouco mais o assunto sobre o papel do Judiciário, ensina FLÁVIA que:

Em face da ausência de norma regulamentadora que torne viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, ao julgar o mandado de injunção, o magistrado há de desvendar normas implícitas do sistema jurídico e recorrer às demais fontes do ordenamento, como a analogia, os princípios gerais do Direito, os costumes e a equidade, no sentido de, colmatando a lacuna, concretizar o exercício de direito constitucional. A respeito do

preenchimento de lacunas, merece destaque o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que estabelece: ‘Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.’ Também destaca-se o art. 5º da mesma Lei, ao determinar que: ‘Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’.

O mandado de injunção é igualmente cabível no caso de omissão legislativa parcial, seja por abstenção ao dever constitucional de legislar, seja por ofensa ao princípio da isonomia.

Os efeitos da decisão são apenas *inter partes* e não *erga omnes* como na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Luís Roberto BARROSO (2000, p. 265) entende que “o mandado de injunção, na atual quadra, tornou-se uma complexidade desnecessária. Mais simples, célere e prática se afigura a atribuição, ao juiz natural do caso, da competência para integração da ordem jurídica, quando necessária para a efetivação de um direito subjetivo constitucional submetido à sua apreciação.” Para tanto, propõe o autor uma emenda constitucional ao § 1º, do art. 5º da Carta Constitucional, de forma a lhe dar nova redação que passaria a ser a seguinte: “§ 1º. As normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação direta e imediata. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.” Com isso, tal emenda extinguiria o mandado de injunção e suprimiria as referências a ele constantes dos demais dispositivos constitucionais.

Diante disso, verifica-se que a doutrina possui duas posições contrapostas a respeito dos contornos do mandado de injunção.

Uma posição, defendida por Flávia PIOVESAN, que reclama a atuação do Judiciário de forma a interpretar o instrumento com um alto grau de utilidade, a fim de dar-se cumprimento aos postulados da Constituição de 1988. Nessa ótica, tem-se que o mandado de injunção é um importante mecanismo de controle da constitucionalidade, com o objetivo imediato de tornar viável o exercício dos direitos e liberdades previstos

no Texto Maior, bem como o exercício das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, na ausência de norma regulamentadora.

Outra posição, defendida por Luís Roberto BARROSO, na qual o mandado de injunção deve ser banido do ordenamento jurídico por uma emenda constitucional ao § 1º, do art. 5º, do Texto Maior. Essa posição reclama também uma atuação do Poder Judiciário, mas não para fazer valer o mecanismo de garantia constitucional, como pretende Flávia PIOVESAN. O Judiciário aqui deverá se valer diretamente do disposto na nova redação do § 1º, do art. 5º, da Constituição. Ou seja, o juiz deverá suprir a falta de norma regulamentadora utilizando-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

A proposta de Flávia PIOVESAN apresenta-se prática por não exigir nenhuma alteração no ordenamento jurídico, necessitando-se apenas de construção doutrinária (e é o que a autora faz) e jurisprudencial (receptividade pelos tribunais). Já a proposta de Luiz Roberto BARROSO reclama o despertar do poder constituinte derivado com o fim de se promover uma reforma constitucional, nos termos em que a apresenta, com a supressão do mandado de injunção como mecanismo de controle concreto da constitucionalidade.

Por um e outro entendimento, cabe ao Judiciário remover os obstáculos ao exercício do direito constitucional, seja através da interpretação do mandado de injunção sob a ótica de um Estado Democrático de Direito, seja através da supressão desse mecanismo e aplicação do disposto na nova redação do § 1º, do art. 5º, com a reforma constitucional.

Entretanto, como dito, tem-se que a proposta de Flávia PIOVESAN apresenta-se verdadeiramente como a mais prática entre as duas posições. Diga-se, chega de reformas e emendas à Constituição, procedimento tão corrente no direito brasileiro, vamos trabalhar com as “armas” que temos!

### 6.2.6 O mandado de injunção e o princípio da separação dos poderes

As maiores críticas que são feitas quanto à efetivação da medida objeto do mandado de injunção são as seguintes: a) fala-se que há a intromissão do Poder Judiciário no campo de atuação do Poder Legislativo; b) fala-se que o Poder Judiciário não está preparado para assumir a função de legislar, pois exerce função jurisdicional.

Entretanto, tem-se que ao Poder Judiciário não é dado legislar em caráter substitutivo ao Poder Legislativo, mas apenas tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais no caso concreto. Assim, ao Poder Judiciário não cabe a elaboração de normas gerais e abstratas.

Ademais, o princípio da separação dos poderes deve ser entendido como sistema de “freios e contrapesos”, na medida em que um poder é fiscalizado e controlado por outro. “No Estado contemporâneo, a noção de separação de poderes deve ser substituída pelo conceito de colaboração entre os poderes.” (CLÈVE, 1999, p. 97) Agassiz ALMEIDA FILHO (2001, p. 131) ainda ensina que “os princípios jurídicos não devem prevalecer, uns sobre os outros, de forma abstrata e absoluta, encontrando sua relevância de acordo com as circunstâncias do caso concreto e apenas no âmbito desse caso concreto, é válido dizer que, em certos momentos, o princípio da garantia da constituição deve estar acima do primado da separação dos poderes.”

Nesse passo, tem-se que através do mandado de injunção o Poder Judiciário fiscaliza e controla a omissão do Poder Legislativo. Então, a partir do princípio da supremacia da Constituição conjugado com o princípio do controle mútuo entre os poderes, dá-se efetividade ao disposto na Constituição através do mandado de injunção. Traduza-se, a atuação do Poder Judiciário visa, acima de tudo, dar efetividade ao disposto na Constituição (função esta dos três poderes constituídos) e não, pura e simplesmente, invadir a esfera de competência do Poder Legislativo. “Em face da presente Constituição, mais que do Executivo e do Legislativo, a democracia brasileira depende do Judiciário (como guardião das liberdades públicas e da constitucionalidade das leis) para sobreviver.” (CLÈVE, 1999, p. 98)

### 6.2.7 O papel do mandado de injunção na Constituição de 1988

Diante do que foi exposto, nota-se que o mandado de injunção possui papel de grande relevância na ótica de um Estado Democrático de Direito, o qual propugna a igualdade material e a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Como dito, o mandado de injunção prima pela efetividade dos postulados constitucionais na medida em que é instrumento de fiscalização da constitucionalidade, no caso de um comportamento omissivo inconstitucional do Poder Legislativo.

### 6.3 DIFERENÇAS ENTRE O MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Como já exposto, o mandado de injunção é instrumento de tutela de direito subjetivo (fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão), enquanto que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é instrumento de tutela objetivo (fiscalização abstrata da omissão inconstitucional).

No que se refere aos objetivos, o mandado de injunção visa tornar viável o exercício de um direito; já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa tornar efetiva uma norma constitucional. “O mandado de injunção tem por finalidade tornar viável o exercício de um direito fundamental no caso concreto, já a inconstitucionalidade por omissão visa conferir efetividade à norma constitucional, atacando a inconstitucionalidade em tese.” (PIOVESAN, 2003, p. 179)

Quanto aos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade, são *inter partes* no mandado de injunção e *erga omnes* na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Em relação à legitimidade ativa, para a ação de inconstitucionalidade por omissão há o elenco do art. 103, I a IX, da Constituição Federal, enquanto que o mandado de injunção pode ser impetrado por toda e qualquer pessoa.

Sobre a legitimidade passiva, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é dirigida contra o órgão (ou autoridade) competente para suprir a omissão, o mandado de injunção é dirigido contra o ente, público ou privado, capaz de viabilizar o exercício do direito obstado.

Quanto ao órgão jurisdicional competente, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão a competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal (competência concentrada), para o mandado de injunção há as hipóteses do art. 102, I, q, e art. 105, I, h, da Constituição Federal (diga-se competência difusa ou concentrada entre os Tribunais Superiores).

Ainda, quanto ao objeto, tem-se que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão busca-se a efetividade de qualquer norma constitucional; no mandado de injunção busca-se tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas atinentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania.

E, por fim, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao se declarar a inconstitucionalidade, dá-se ciência ao órgão (ou autoridade) competente para que este(a) adote as providências necessárias de modo a sanar a omissão, fixando-lhe um prazo para tanto. No mandado de injunção, o próprio Poder Judiciário tornará viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais na ausência de norma regulamentadora.

## 7 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se destacar os seguintes pontos:

1. Para a fiscalização da constitucionalidade deve-se estar diante de uma Constituição formal (forma escrita de existir do Estado em um documento editado solenemente pelo poder constituinte), rígida (que necessita de um procedimento especial para a modificação de suas normas) e que assuma um caráter de supremacia em relação às demais normas que compõem o ordenamento jurídico (normas complementares e ordinárias).

Através da supremacia e rigidez constitucional a Constituição é compreendida como lei fundamental. A supremacia está relacionada com a “consciência constitucional”, ou seja, com sua efetividade.

2. A Carta Constitucional de 1988 instaurou o Estado Democrático de Direito e assumiu papel de uma Constituição Dirigente (a qual trata de todos os assuntos relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado), demonstrando preocupação com a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

3. Todas as normas constitucionais são dotadas de aplicabilidade, o que pode variar é o grau maior ou menor dessa aplicabilidade. Classificam-se, dessa forma, as normas quanto a eficácia e aplicabilidade em: eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral; e, eficácia limitada ou reduzida (classificação de José Afonso da SILVA).

As normas de eficácia limitada ou reduzida (normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e normas declaratórias de princípios programáticos) para que possam ser efetivadas necessitam de complementação, ou seja, necessitam da atuação do legislador ordinário. Se este não cumpre o seu papel de regulamentar a norma constitucional, surge o problema da omissão legislativa inconstitucional.

A omissão legislativa inconstitucional é uma ameaça aos direitos e garantias previstos na Carta de 1988, motivo pelo qual deve ser combatida através dos

mecanismos que o próprio Texto Constitucional oferece (ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção), de forma a permitir o efetivo exercício desses direitos e garantias.

4. A inconstitucionalidade significa uma violação ou contrariedade à Constituição, que pode decorrer de uma ação ou omissão (silêncio, abstenção ou inércia do Poder Público, quando há um dever de ação).

5. Não é toda e qualquer omissão do legislador ordinário que é tida como inconstitucional. Para a existência da omissão legislativa inconstitucional o legislador deve estar obrigado constitucionalmente a agir (dever concreto e específico de legislar) e deve agir em determinado espaço de tempo. Ou seja, se há um prazo para agir, deve obedecê-lo; se não há um prazo, deve-se considerar um razoável espaço de tempo no qual o legislador não só podia, mas deveria ter agido e não o fez.

Dessa forma, quando o legislador não cumpre com o seu dever constitucional de legislar (omissão total) ou satisfaz apenas parcialmente esse dever de legislar (omissão parcial), em determinado espaço de tempo, está-se diante da omissão legislativa inconstitucional.

6. A própria Constituição prevê mecanismos de garantia da constitucionalidade, o que demonstra tamanha preocupação com a efetiva aplicação de seus preceitos.

São mecanismos de controle da omissão legislativa inconstitucional: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

7. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é mecanismo de tutela de direito objetivo (fiscalização abstrata da omissão inconstitucional). Tem como fim tornar efetiva uma norma constitucional. Declarada a inconstitucionalidade, dá-se ciência ao órgão (ou autoridade) competente para que este(a) adote as providências necessárias a fim sanar a omissão. Além disso, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição e a busca pela efetividade de suas normas, deve o Judiciário estabelecer um prazo para o legislador editar a lei faltante, visto que apenas lhe dar ciência da omissão pode não ser suficiente para o seu afastamento.

8. O mandado de injunção é mecanismo de tutela de direito subjetivo (fiscalização

concreta da omissão inconstitucional). Tem como fim tornar viável o exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, constitucionalmente garantido. Apurada a inconstitucionalidade (impossibilidade de exercício de um direito constitucional devido a ausência de norma regulamentadora), ao Judiciário é dado remover os obstáculos ao exercício do direito no caso concreto. Por isso, podem ser legitimados passivos no mandado de injunção os entes públicos ou privados capazes de viabilizar o exercício do direito obstado.

9. O Judiciário deve assumir um papel de relevância nesse cenário de proteção e efetiva aplicação das normas constitucionais, quando o Legislativo descumpra o dever a que estava constitucionalmente obrigado. No entanto, o que se tem constatado é ainda uma atuação jurisdicional tímida, tanto no que diz respeito à aplicação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como do mandado de injunção, a despeito de se preservar o princípio da separação dos poderes.

10. O princípio da separação dos poderes deve ser entendido, na ótica de um Estado Democrático de Direito, como princípio de colaboração entre os poderes com o fim de se preservar a supremacia das normas constitucionais, dando-lhes efetividade conforme propugna a Carta Constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Controle de inconstitucionalidade por omissão em Portugal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 152, p. 115-133, out./dez. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1983, p. 55-85/718-738.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 262-275.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 21-79/311-387.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1999.

DANTAS, Ivo. *Mandado de Injunção – guia teórico e prático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 49-85.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 46-52.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 7-24/148-166.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 240-253.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 345-347.

GEBRAN, João Pedro. *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais – A busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 57-60/133.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, Editora Ltda., 1983, tomo II, p. 273-319/393-411.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2001, p. 38/171-181/605-608.

PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 377-402/440.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis – Vício e Sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42-85.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer – CPC, art. 461; CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 456-460.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.