

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

BÁRBARA BESPALHOK

**O MINISTÉRIO PÚBLICO
E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

CURITIBA

2010

BÁRBARA BESPALHOK

**O MINISTÉRIO PÚBLICO
E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Clayton Maranhão

CURITIBA

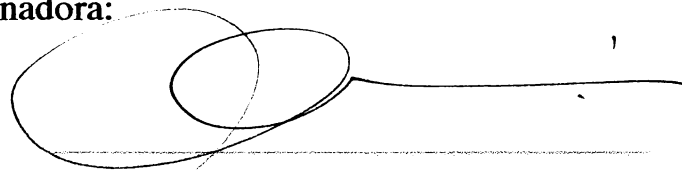
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

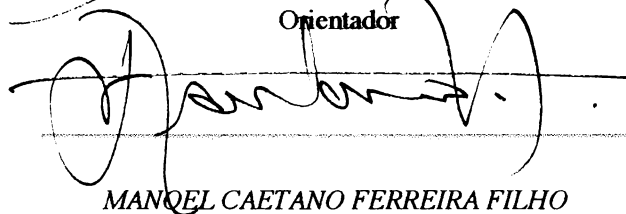
BARBARA BESPALHOK

O Ministério Público e o Controle de Constitucionalidade por Omissão

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



CLAYTON MARANHÃO
Orientador



MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO
Primeiro Membro



SÉRGIO CRUZ ARENHART
Segundo Membro

A todos aqueles que me trouxeram esperança
e serenidade na confusão do dia-a-dia,
no sufoco de tantas dúvidas,
ou na dor de qualquer coisa.

AGRADECIMENTOS

A todos que durante estes cinco longos anos me acalmaram a alma, enxugaram minhas lágrimas e alimentaram meus sonhos, e que, acima de tudo, ensinaram-me a lidar com as escolhas que fazemos na vida.

Em especial, a minha mãe que viveu intensamente esta faculdade comigo, em meio a tantas surpresas que a vida nos reservou, que sempre me deu o melhor, e continuou acreditando em mim (e em todo o resto) até nos momentos em que eu mesma já havia desistido.

Ao Hulyan, que tornou os meus dias bem mais felizes.

A AIESEC que, de melhor fuga, se tornou a melhor escola da vida.

Aquelas que já existiam muito antes da faculdade chegar e que, ao seu modo, fizeram eu não me perder no tempo, nem diante das novas circunstâncias: KK, Re, Thizy e Cah.

A todos aqueles que esta fase me trouxe de bom, que alegraram meus dias: Ale, Carol, Aline, Vivi, Pati, Rodrigo, Re, Fer Drummond.

E por fim, ao Prof. Clayton Maranhão, orientador deste trabalho. E também a Ana, ao Tiago e ao Dr. Adriano, fundamentais para que esta monografia fosse concluída.

*“Livros não mudam o mundo,
quem muda o mundo são as pessoas.
Os livros só mudam as pessoas”.*
(Caio Graco)

RESUMO

Este trabalho trata da participação do Ministério Público no controle das omissões inconstitucionais. No primeiro capítulo, aborda-se as atribuições constitucionais do Ministério Público, enfatizando-se a sua aptidão para promover ações referentes ao controle de constitucionalidade, decorrente da sua função de zelar pela ordem jurídica. Na seqüência, faz-se considerações a respeito do controle de constitucionalidade no direito brasileiro – seus precedentes, as alterações trazidas pela CF de 1988 e pelas legislações supervenientes, e também a idéia de supremacia constitucional. Em seguida, foca-se nas vias processuais destinadas ao controle das omissões legislativas, tratando-se das polêmicas acerca da utilização da ação civil pública em sede de controle difuso, bem como das inovações no âmbito abstrato do controle de constitucionalidade, quais sejam o mandado de injunção, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por fim, relaciona-se a função constitucional do Ministério Público, de garantir a ordem jurídica e defender direitos coletivos *latu sensu*, com o controle de constitucionalidade, justificando-se, dessa maneira, a sua legitimidade ativa e as peculiaridades desta atuação quando propostas as ações acima mencionadas.

Palavras-chave: Ministério Público. Inconstitucionalidade por omissão. Legitimidade ativa. Ação civil pública. Mandado de injunção. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. MINISTÉRIO PÚBLICO E O DESENVOLVIMENTO DE SUA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL	10
2.1. Evolução do Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro.....	12
2.2. Condição privilegiada do Ministério Público na CF de 1988.....	13
2.3. Atuação processual do Ministério Público.....	19
3. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ...22	
3.1. Previsão legal do controle de constitucionalidade antes da CF de 1988.....	24
3.2. O controle de constitucionalidade na CF de 1988 e legislações supervenientes: auge da doutrina e da jurisprudência.....	30
3.3. Relação entre as formas de controle de constitucionalidade e a classificação clássica da CF de 1988: justificativas para a Supremacia Constitucional.....	33
3.4. Espécies de Inconstitucionalidade.....	40
3.5. Modalidades de Controle.....	42
4. VIAS PROCESSUAIS DE CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO	46
4.1. Controle difuso.....	50
4.1.1. Ação Civil Pública: a efetividade no caso concreto.....	53
4.2. Controle concentrado.....	60
4.2.1. Mandado de Injunção: típico caso de evolução da jurisprudência dos tribunais.....	61
4.2.2. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: inovação ainda prematura.....	70
4.2.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão: potencial para o futuro.....	79
4.3. Distinção entre controle de constitucionalidade e controle judicial dos atos do poder executivo (políticas públicas).....	89
5. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	93
5.1. Legitimidade ativa e interesse de agir do Ministério Público no controle de constitucionalidade por omissão.....	95
5.2. No controle difuso.....	98
5.2.1. Legitimidade para propor ação civil pública.....	98
5.3. No controle concentrado.....	111
5.3.1. Legitimidade para propor mandado de injunção.....	111
5.3.2. Legitimidade para propor arguição de descumprimento de preceito fundamental.....	113
5.3.3. Legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	117
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS	124

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o objetivo de analisar a participação dos membros do Ministério Público no controle das omissões inconstitucionais. Não se pretende exaurir o assunto, mas tão-somente examinar parte da produção doutrinária e jurisprudencial sobre este tema.

A omissão legislativa é uma das questões mais relevantes do direito constitucional do século XXI. Até a Constituição de 1988, a omissão legislativa não era considerada ofensa à Carta Magna. Por essa razão, não havia um interesse em controlar, nem se fazia urgente o preenchimento destas lacunas legais, que sempre existiram. Em nenhum momento o ordenamento jurídico brasileiro foi dotado de exaustividade legislativa. Somente após a promulgação da vigente Constituição Federal, quando se passou a considerar que a falta de normas viola direitos, é que foram criados os primeiros procedimentos para a apuração desta espécie de inconstitucionalidade.

Desta forma, inaugurou-se uma etapa de valorização das ações concentradas junto ao STF, principalmente pela relevância das questões que necessitavam de procedimentos mais céleres e respostas unificadas. Além disso, simultaneamente a criação do mandado de injunção, da argüição de descumprimento de preceito fundamental e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, todas de tramitação preponderantemente concentrada no STF, notou-se um acréscimo considerável no número de ações civis públicas que envolviam direitos transindividuais prejudicados em situações concretas por omissões legislativas (totais e parciais).

Assim, sempre que um direito fundamental for carente de regulamentação pelo poder público, porque a disposição legal não é auto-aplicável e o responsável legislativo não integrou esta lacuna, estamos diante de uma omissão inconstitucional, a qual certamente resultará na violação de um direito. Luis Roberto BARROSO defende que não só as condutas comissivas do Estado-legislador são inconstitucionais, e entende que as omissões também são. Inclusive afirma que a situação é muito mais complexa “quando a inconstitucionalidade se manifesta através de um *non-facere*, [principalmente porque] a ordem jurídica não se

encontra eficientemente aparelhada para sancionar e sanar a omissão ou inércia dos órgãos estatais”¹, posto que se trata de tema recente em nosso ordenamento.

Desta forma, perante tantas violações constitucionais, defende-se a legitimidade extraordinária do Ministério Público em razão da matéria, já que ele tem a função constitucional de defender em juízo interesses sociais relevantes, e representar partes hipossuficientes, proteger a ordem jurídica e, principalmente, contribuir para a concretização do Estado Constitucional.

Embora existam vias processuais aptas a corrigir a falta de normas regulamentadoras de direitos fundamentais, ainda se encontram inúmeras questões à espera de respostas mais eficazes da doutrina e da jurisprudência. Utiliza-se de modo adequado as vias processuais de que se dispõe para combater este problema esgotando todos os seus potenciais? Quais os efeitos práticos das suas sentenças? Quem são os melhores legitimados a usar estes meios? Tem-se técnicas processuais suficientemente desenvolvidas para atacar de modo efetivo esta situação ou ainda há espaço para aperfeiçoamentos?

Estas e outras perguntas merecem ser respondidas, principalmente porque sempre irá haver lacunas num sistema de normas, como também dispositivos mais gerais aguardando regulamentação específica. É por esta razão, que continuará havendo a necessidade de melhores vias processuais para o controle das omissões normativas, já que esta é uma situação constante em todos os ordenamentos jurídicos que defendem a supremacia de suas Cartas Constitucionais.

Portanto, faz-se necessário estudar as ferramentas que se encontram disponíveis no ordenamento jurídico, e direcionar os esforços na formulação das respostas destas importantes perguntas. Por esta razão, este trabalho pretende traçar um panorama do controle de constitucionalidade das omissões do poder público, bem como relacioná-las a importante atuação do Ministério Público na defesa dos direitos constitucionalmente assegurados.

¹ BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.160.

2. MINISTÉRIO PÚBLICO E O DESENVOLVIMENTO DE SUA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL

O perfil de atuação do Ministério Público se modificou ao longo dos anos. Inicialmente, esta instituição era competente apenas para iniciar a ação penal pública e atuar como *custus legis* nas demais ações judiciais². Entretanto, com a elaboração da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a CF de 1988 e a Lei da Improbidade Administrativa (Lei n. 8492/92), o Ministério Público recebeu atribuições também na área social, tornando-se um órgão de fundamental importância para a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis, conforme redação do art. 127, caput, da CF de 1988. Sua condição de defensor dos interesses do Estado deixou de existir (esta tarefa agora é atribuição da Advocacia-Geral da União, conforme art. 131, caput, da CF), e sua autonomia e independência funcionais permitiram esta mudança (art. 127 §§ 1º e 2º, CF).

A sociedade, então, passou a buscar a intervenção do Ministério Público para a implementação da cidadania plena. Ou seja, para que fosse garantido o exercício efetivo da democracia, do direito à vida, à liberdade, à integridade, à educação, à saúde, à proteção do patrimônio público e social, à qualidade dos serviços públicos, à habitação e urbanismo, à proteção da infância e da juventude, das pessoas portadoras de deficiência, dos idosos, dos consumidores em geral, bem como do meio ambiente natural e do trabalho³. Isto é possível porque foi atribuída ao Ministério Público a tarefa de proteger os valores consagrados no Estado Democrático de Direito (conforme art. 127, caput, CF).

Antes, a presença no Ministério Público em uma ação se dava nos casos expressamente previstos em lei ou quando havia interesse público. No passado, o MP defendia os interesses públicos que hoje chamamos de secundários, que se referem às pessoas jurídicas de direito público.

Cândido DINAMARCO⁴ afirma que, desde a CF de 1988, a atuação do MP está mais ligada aos interesses públicos primários, da coletividade como um todo, ou ainda aos secundários quando coincidem com os primários. Para a defesa dos interesses secundários

² KALABAIDE, M. R. **O papel do Ministério Público no controle judicial de constitucionalidade brasileiro em âmbito federal**. Monografia de Especialização FEMPAR/UNIBRASIL, Curitiba, 2008. p.7

³ SILVA, J. A. M da; RÉ, M. C de. *Atuação do Ministério Público nas áreas cíveis e especializadas – tutela dos direitos individuais e supra-individuais – o MP no processo civil – atualização e racionalização*. IN: **Livro de Teses: O Ministério Público social** – 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1999. v.2. Tese 8. p.65

⁴ DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.1. São Paulo: Malheiros, 2009. p.698.

foi criada a Advocacia-Geral da União, uma vez que se vedou ao Ministério Público o patrocínio de entidades estatais.

A legitimação de um órgão influente, como o Ministério Público, foi fundamental para que os interesses supra-individuais fossem atendidos. Questionava-se o interesse de agir desta instituição, posto que não teria benefícios diretos quando tutelasse direitos alheios. Todavia, a doutrina e a lei confirmaram a tese de que poucos, ou talvez, nenhum cidadão tem condições de pleitear, sozinho, em juízo, interesses de um grupo ou da coletividade em face do Estado, principalmente porque a instrução probatória dos fatos alegados pelo cidadão seria deficiente. Fazendo-se, portanto, necessária a participação de um ente mais capacitado para opor-se ao Estado.

Por isto, hoje, fazem-se outros questionamentos, como quais direitos devem ser priorizados, quais os melhores caminhos para esta proteção, qual o pedido certo para que a sentença seja mais facilmente executada, e etc.

Em princípio, “o Ministério Público é, na sociedade moderna, uma instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade”⁵, por esta razão, sua atuação é no sentido de concretizar os direitos conferidos à coletividade pela Carta Magna. Sua atuação processual orienta-se para que o grupo conquiste efetivamente a proteção jurídica desejada, qual seja a realização de um direito ou a cessação de uma ameaça ou lesão, bem como a sua reparação, se for o caso.

Além destas atribuições, também ao Ministério Público foi conferida a legitimidade para propor ações a respeito da constitucionalidade de leis e atos normativos dos demais poderes. Não se trata de uma nova função e sim de um desdobramento da função de proteção da ordem jurídica, prevista no art. 127, caput, da CF. Em meio às mudanças sociais, atuar no controle de constitucionalidade das normas significa defender a supremacia da Constituição, que é o documento no qual constam todos os direitos dos cidadãos, deveres do Estado e funções dos órgãos governamentais.

Por todas estas atribuições acima mencionadas, é que se defende a importância do Ministério Público no controle das omissões legislativas, porque é uma instituição que tem o dever constitucional de zelar pela ordem jurídica e de defender os direitos comuns a toda a sociedade.

⁵ CINTRA, A. C. A. GRINOVER, A. P. DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.226.

Assim, analisar-se-á a atuação do Ministério Público ao longo da história política brasileira, e em seguida, far-se-á uma análise acerca da atual posição constitucional desta importante Instituição.

2.1. Evolução do Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro

Apesar das divergências apresentadas pela história, não se pode negar, em momento algum, a influencia da fase iluminista do sistema jurídico Francês na criação da instituição do Ministério Público⁶. No início, os *procuradores do rei* eram proibidos de representar qualquer pessoa que não fosse sua majestade. Todavia, após 1790, as funções do MP foram diversificadas: criou-se o papel de comissário do rei (que velava pela aplicação da lei e execução dos julgados) e a função de acusador público (que sustentava as acusações diante dos tribunais). Porém, somente após o período napoleônico é que esta instituição adquiriu a forma que tem hoje na França, amplamente difundida para outros países.

Apesar do auge da Revolução Francesa e das idéias iluministas ainda no fim do século XVIII, nossa primeira Constituição de 1824 não fez referência à instituição do Ministério Público⁷. Apenas em 1832, com a criação do Código de Processo Criminal, é que foi criada a figura do promotor da ação penal, precursor dos atuais promotores de justiça. O Decreto n. 120 de 1843 (embora lei infraconstitucional) foi a primeira regulamentação do Ministério Público, que a subordinou ao “poder executivo” da época, condicionando a nomeação de seus membros a atos do Imperador do Município da Corte e dos Presidentes das Províncias⁸.

Foi apenas na fase republicana que se iniciaram os movimentos pela independência do Ministério Público. A primeira Constituição que mencionou o Ministério Público foi a de 1891. Nela, o MP sujeitava-se ao poder Judiciário, pois cabia ao Presidente da República escolher o Procurador-Geral da República dentre os membros do STF⁹.

A Constituição de 1934 inovou, e alocou o MP em uma seção própria, dentre os órgãos de cooperação nas atividades governamentais. A partir deste momento, o

⁶ Inclusive pela expressão “Parquet” é usada por nós até hoje para se referir a esta instituição. Esta palavra significa “assoalho” e remete ao momento em que os procuradores do rei, antes de adquirirem condição de magistrados e assentos ao lado dos juízes, tiveram assento nos assoalhos da Corte.

⁷ MAZZILLI, H. N. **Regime Jurídico do Ministério Público**: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, aprovada pela Lei n.8.625, de 12 de fevereiro de 1993. 3ed. rev. ampl. e atual. à luz da LOMPU, da LONMP, e da LOEMP. São Paulo: Saraiva, 1996. p.43.

⁸ MAZZILLI, H. N. **Regime Jurídico do Ministério Público**. p.56

⁹ Ibidem. p.57

Procurador-Geral da República deveria ser nomeado pelo chefe do poder executivo, sem que este necessariamente tivesse sido membro do poder judiciário. Esta carta constitucional ainda concedeu várias prerrogativas ao MP, como possibilidade de participar no controle de constitucionalidade e a estabilidade funcional, e, principalmente, a independência da instituição, que não estava mais subordinada nem ao poder judiciário, nem ao executivo¹⁰.

Devido ao período político do Estado Novo, a Constituição de 1937 reduziu a previsão legal do MP, restando apenas menções à instituição no título referente ao poder judiciário.

Findo o período ditatorial, a Constituição de 1946 devolveu ao MP sua independência em relação aos demais poderes, e lhe atribuiu a função de representar a União em juízo.

Anos mais tarde, a carta de 1967 realocou o MP dentro do poder judiciário, porém não o eximiu da tarefa da representação da União em juízo.

Nem bem assentadas estas mudanças, a emenda constitucional n.1 de 1969 e a emenda constitucional n.7 de 1977, novamente colocaram o MP subordinado ao poder executivo. Esta mesma alteração legislativa previu que o presidente da república poderia propor lei complementar estabelecendo normas gerais a serem adotadas pelos ministérios públicos estaduais¹¹.

Vários anos passaram sem significativas mudanças legislativas até que fosse promulgada a CF de 1988. Ela consagra o auge do MP, situando-o num capítulo especial, separado dos poderes da República, autônomo e independente em relação a eles, e lhe atribui novas funções institucionais. Sua atuação concentra-se na defesa dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade, sendo proibido de representar ou prestar consultoria jurídica a entidades públicas, que atualmente dispõe da Advocacia-Geral da União para esta tarefa.

2.2. Condição privilegiada do Ministério Público na CF de 1988

Além dos princípios que norteiam a ordem jurídica como um todo, o Ministério Público se orienta também pelos princípios da unicidade, indivisibilidade e independência funcional, conforme o texto do artigo 127 § 1º da CF de 1988.

¹⁰ Ibidem. p.60

¹¹ Ibidem. p.62

Os dois primeiros princípios podem ser estudados conjuntamente, na opinião de Cândido DINAMARCO¹², tendo em vista que uma instituição ser una e indivisível quer dizer que seus membros fazem parte de uma única corporação, que podem ser substituídos uns pelos outros na realização de suas funções sem que ocorra qualquer alteração prejudicial nos processos em que atuam. Diferentemente da posição do magistrado no processo, o Ministério Público vincula-se como instituição¹³, e não na figura do promotor ou do curador – inclusive pode o chefe da instituição avocar, delegar tarefas, além de substituir membros para certas funções.

O mesmo autor¹⁴ entende que a característica da independência funcional significa que cada um dos membros do MP age sem a interferência do Poder Executivo, dos juízes, ou dos órgãos superiores do MP. A Constituição reforça esta autonomia do MP com o disposto nos artigos 127 § 2º e 3º, quando assegura que a Instituição pode propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus cargos e serviços auxiliares, observado o disposto no art. 169 da CF (sobre despesas com pessoal), provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, bem como sua própria política remuneratória e plano de carreira diferenciado para seus membros. E, ainda, porque é ele mesmo, o MP, quem tem a competência para elaborar sua própria proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Este atributo da independência é que garante que o MP possa se manifestar livremente, no sentido que lhe parecer mais justo, mesmo em ações como mandado de segurança ou naquelas em que o Estado é parte. Esta desvinculação é ainda mais clara porque há o disposto no art. 129, IX da CF que proíbe o MP de prestar consultoria jurídica a entidades públicas e representação judicialmente.

Feitas estas considerações, faz-se necessário explicar o que é o Ministério Público. De acordo com o artigo 127 da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público é uma instituição permanente e essencial a função jurisdicional do Estado, cujas funções principais são a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

¹² CINTRA, A. C. A. GRINOVER, A. P. DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.229.

¹³ A doutrina processualista se manifestou sobre o direito ao “promotor natural”, tendo em vista uma aplicação analógica das regras da magistratura ao Ministério Público, dos princípios do juiz natural e da identidade física do juiz, no entanto, na prática, este posicionamento não teve grande repercussão, tendo em vista a independência do MP como instituição, e a sua não vinculação ao Poder Judiciário, este último, sim, responsável pela emissão da sentença.

¹⁴ CINTRA, A. C. A. GRINOVER, A. P. DINAMARCO, C. R. *op. cit* p.229.

Hugo Nigro MAZZILLI¹⁵ explica que esta definição, encontrada no capítulo IV da CF, que trata das funções essenciais à justiça, é recheada de significados:

Ser uma “*instituição permanente*” significa que o MP deve comparecer sempre que for pertinente a sua presença. Suas funções diretamente ligadas ao meio social devem ser exercidas ininterruptamente, principalmente porque é um dos órgãos de manifestação da soberania estatal. O MP precisa ser, necessariamente, constante, além de dinâmico e atuante na defesa da ordem jurídica, da democracia, e dos demais interesses relevantes da sociedade, inclusive perante o Judiciário.

Já a expressão “*essencial à função jurisdicional do Estado*” nos induz a equívocos, pois omite o fato de que não é necessário que o MP officie em todos os processos submetidos à jurisdição, e, sim, apenas naqueles em que haja algum interesse indisponível, difuso ou coletivo, ligado a uma das partes, ou à natureza da própria lide (interesse público); e ainda desconsidera que o MP, ao defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, tem tarefas que ultrapassam a esfera jurisdicional, como fiscalizar fundações, homologar acordos extrajudiciais, e ainda prestar atendimento ao público.

Manter a “*ordem jurídica*” tem um duplo significado: relaciona-se à sua histórica função de fiscal da lei, de zelar pelos interesses constitucionalmente assegurados, e mais recentemente a sua participação no controle de constitucionalidade das leis e omissões legislativas.

E a *proteção do regime democrático* é necessária porque é apenas neste regime político que a instituição Ministério Público consegue exercer livremente suas funções em relação à coletividade. E também, foi este regime que lhe conferiu legitimidade ativa para propor ações como o mandado de injunção, e ação direta de inconstitucionalidade, e até a ação civil, quando direitos constitucionais não são efetivados pela falta de normas regulamentadoras.

E, por fim, o MP tem a função de proteger os “*interesses sociais e individuais indisponíveis*”. Em relação aos direitos indisponíveis, individuais ou coletivos, que necessariamente envolvem interesse público, o MP atua para impedir esta disposição, nos casos em que são absolutamente indisponíveis; e fiscaliza a disposição quando se tratam de interesses relativamente indisponíveis. Porém isto não significa que o MP vai defender apenas os interesses sociais indisponíveis – é possível que esta instituição defenda qualquer interesse

¹⁵ MAZZILLI, H. N. *Regime Jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, aprovada pela Lei n.8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. 3ed. rev. ampl. e atual. à luz da LOMPU, da LONMP, e da LOEMP. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 70-80.

que atinja a coletividade como um todo, independentemente de sua disponibilidade, porque, essencialmente, deve zelar pela supremacia do bem comum.

E, por fim, a Constituição Federal de 1988 também inovou a respeito da desvinculação¹⁶ do MP de todos os poderes da União, novamente, como já havia sido presenciado na história desta instituição no sistema jurídico brasileiro, eliminando todas as dúvidas a respeito de sua autonomia, não o vinculando nem ao Poder Executivo, porque não tem função de governo, nem ao Poder Judiciário, embora desenvolva funções essenciais nos processos e perante os tribunais.

Diante disto, pode-se concluir que sua definição se entrelaça a sua função, e, mais interessante é estudar a sua função no que seu conceito de modo isolado.

Assim, entende-se que o Ministério Público tem o objetivo, por excelência, de preservar os valores fundamentais¹⁷ do Estado enquanto comunidade¹⁸.

Isto se verifica a partir da análise do art. 129¹⁹ da Constituição Federal, do qual podemos concluir que o Ministério Público tem a função de, por um lado, zelar pelo efetivo respeito para com os Poderes Públicos, e por outro lado, zelar pelos serviços de relevância pública que influem sobre os direitos assegurados pela Constituição, bem como promover em relação a estas duas funções as garantias necessárias a sua efetividade.

Em outras palavras, significa que o Ministério Público pode interferir tanto a favor como contra a Administração Pública, dependendo da matéria analisada. Caso a discussão trate de ofensa aos poderes públicos, o MP será favorável à cessação desta ofensa, ou à sua reparação, quando possível e viável. Contudo, se a discussão versar sobre direitos constitucionalmente assegurados, mas violados pelo próprio poder público, é possível que o MP se manifeste contra a Administração Pública. Não se trata de defender os mais fracos ou

¹⁶ Hugo Nigro MAZZILLI afirma que a intenção do Constituinte de 1988 foi atribuir status constitucional ao Ministério Público, sem, no entanto, posicioná-lo como um Quarto Poder da União. Para este autor, foi opção, e não impedimentos teóricos que levaram a esta estrutura política brasileira, pois o MP, com suas atuais atribuições, poderia, em tese, estar dentro de qualquer dos poderes. Para este autor, a soberania é uma, há apenas uma divisão das funções, entre fazer a lei – atribuída ao Legislativo, e aplicar a lei – atribuída ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário. Estes poderes, na verdade, estão assim distribuídos pelas suas funções em relação à sociedade, compondo um sistema de freios e contrapesos, não obedecendo a uma rígida divisão científica. (in: MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público**, aprovada pela Lei n.8.625, de 12 de fevereiro de 1993. 3ed. rev. ampl. e atual. à luz da LOMPU, da LONMP, e da LOEMP. São Paulo: Saraiva, 1996)

¹⁷ A própria Constituição enumera no seu art. 127 que compete ao Ministério Público a proteção da ordem jurídica, do regime democrático, e dos interesses sociais e indisponíveis.

¹⁸ CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**. p. 226.

¹⁹ **Art. 129.** São funções institucionais do Ministério Público: II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

os mais fortes socialmente, a regra é efetivar os valores constitucionais previamente estabelecidos, independente de quem sejam as partes litigantes e ofendidas.

Piero CALAMANDREI, de uma forma pessoal, considera esta missão do MP como a mais difícil do sistema jurídico, pois

como sustentáculo da acusação, deveria ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei, deveria ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor a sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polémica, a objetividade sem paixão do magistrado.²⁰

Antes, durante o auge do Estado Social, o Direito se revelava protetor de todos aqueles que denominamos mais frágeis²¹ (os mais jovens, os mais idosos, os menos intelectualizados, os inexperientes, os mais pobres, os incapazes de agir e compreender), e dos direitos e situações de dimensão comunitária (transindividuais), cuja preservação pelos particulares isoladamente é difícil.

Na seqüência, já no Estado Contemporâneo, a função máxima do Direito se resume em garantir ao homem o acesso aos bens (e serviços) necessários a uma vida digna, individual e coletivamente, o que inclui a proteção dos direitos da coletividade, que são mais que a soma dos direitos de cada um dos indivíduos isoladamente.

Neste sentido, é que se destaca o Ministério Público, que, a partir da CF de 1988, adquiriu a função de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente, e outros direitos difusos e coletivos, por meio do inquérito e da ação civil pública, além de exercer outras funções que lhe forem compatíveis com suas finalidades elencadas no art. 129, da CF/1988, sendo-lhe vedado unicamente representar judicialmente ou prestar consultoria a entidades públicas²².

O Ministério Público tornou-se, desta forma, por força constitucional, o agente público predisposto a proteger os bens e direitos difusos e coletivos da sociedade, contrariando sua origem francesa (dos *procuradores Caesaris*) de proteção exclusiva ao patrimônio do imperador.

²⁰ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução por Ary dos Santos. 7ed. Lisboa: Clássica Editora, 1995. p.59.

²¹ CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**. p.226.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.1. São Paulo: Malheiros, 2009. p.698.

Uadi Lammêgo BULLOS ressalta que os reflexos sociais do cumprimento das funções do MP são visíveis porque

os membros do Parquet integram a categoria de agentes políticos. Atuam sem ingerências externas, porque possuem responsabilidades constitucionais próprias, além de outras previstas na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993).²³

Entretanto, mesmo se considerados como agentes políticos, para Uadi Lammêgo BULLOS, os membros do Ministério Público desempenham, por exclusão, funções de natureza administrativa. Suas atividades não têm caráter decisório, nem se relacionam a elaborar atos normativos, gerais e abstratos. Nas palavras do referido autor, o MP “simplesmente atua perante o judiciário, sem exercer jurisdição, fiscalizando ou promovendo a observância das leis, mas sem elaborá-las”²⁴.

E, por fim, excluídas as hipóteses do art. 129²⁵, a Constituição Federal nega legitimidade ao MP. Ela reserva aos advogados o patrocínio dos interesses individuais em geral, cria a Defensoria Pública para a defesa dos necessitados, e também cria a Advocacia-Geral da União, a Procuradoria da Fazenda Nacional e as Procuradorias Estaduais, para a defesa do Estado²⁶.

Assim, nota-se que não há vedação explícita quanto à participação do Ministério Público nas ações que realizam um controle da constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro, nem se considera que está função é incompatível com as suas finalidades elencadas no art. 129 da CF. Por esta razão, é possível que o MP proponha demandas em sede de controle de constitucionalidade, principalmente quando seu objeto for a ausência de normas, posto que uma de suas funções primordiais é a defesa da ordem jurídica. Desta

²³ BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. p.1147.

²⁴ BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. p.1147.

²⁵ **Art. 129 da CF de 1988** - São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.1. São Paulo: Malheiros, 2009. p.698.

forma, salienta-se também que, em tese, não deve o Ministério Público escolher direitos para defender, uma vez que não lhe foi conferida esta possibilidade; deve, sim, como instituição, defender o direito violado de qualquer cidadão, ou grupo, e não de apenas determinado segmento social. Atua, portanto, como um substituto da população em juízo, quando esta não for capaz de compor satisfatoriamente um dos pólos da relação processual.

2.3. Atuação processual do Ministério Público

Candido DINAMARCO²⁷ afirma que dentre todas as funções atribuídas ao Ministério Público não está a função jurisdicional. Isto garante que sua iniciativa processual não altere a imparcialidade daqueles que julgarão a lide. No mesmo sentido, Ovídio Baptista da SILVA entende que

a figura do promotor de justiça, como representante do Ministério Público no processo civil, é a alternativa moderna que viabiliza a superação do princípio dispositivo, sem comprometimento com a imparcialidade do juiz, condição indispensável para a função jurisdicional.²⁸

A evolução social, que refletiu nos textos normativos, atribuiu legitimidade ao Ministério Público para ser autor principal de determinados litígios, entretanto, não é sempre esta, única e exclusivamente, a função que o *Parquet* assume nas ações. Ele pode ser também assistente, representante, substituto processual e fiscal da lei (*custos legis*).

Conforme Hugo Nigro MAZZILLI²⁹, para efeitos processuais, o MP sempre deve ser considerado parte. Para este autor, a melhor classificação que se pode fazer é pela forma pela qual esta atuação se manifesta no processo civil. Dessa forma, é possível que o MP seja, conforme o caso: (a) autor por legitimação ordinária, como nas ações de nulidade de casamento, ações diretas de inconstitucionalidade, e nas demais em que atue como órgão do Estado; (b) autor por substituição processual, como nas ações civis públicas; (c) interveniente em razão da natureza da lide, como nas ações diretas de inconstitucionalidade, mandado de segurança, quando age em defesa da ordem jurídica, desvinculado a priori do interesse das partes; (d) interveniente em razão da qualidade da parte, como nas ações em que há interesse de incapazes, acidente de trabalho, que são ações nas quais embora exerça o papel de *custus*

²⁷ CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*. p.227.

²⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. V 1 – Processo de conhecimento. p.309

²⁹ MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*.

legis, sua principal função é assistir/proteger um hipossuficiente; (e) e réu, como nos embargos do executado ou de terceiro, ou ainda nas ações rescisórias de sentença proferida em ação civil pública movida pela instituição.

Rodolfo de Camargo MANCUSO³⁰ entende que o MP pode assumir o papel de *custos legis* (fiscal da lei) ou parte autora nos processos. Ele afirma que a legitimação ativa do Ministério Público pode ser: concorrente (caso da nulidade de casamento, art. 1549 do CC), subsidiária (para requerimento de interdição, art. 1769, I, II, III do CC), ou exclusiva (ADIN quando prevista pela Constituição de 1967, após a emenda n.1 de 1969).

Cândido DINAMARCO³¹ define que o Ministério Público, pelo seu aspecto institucional, deve zelar pela estrita observância dos valores residentes na Constituição e na lei (função de *custus legis* – interveniente, mas não auxiliar de parte) e também defender direitos e interesses de determinadas pessoas ou grupos (papel de parte, que pode secundária e auxiliar, ou principal – como os casos de substituição processual). Assim, para o mesmo autor, “como toda parte, o Ministério Público goza no processo civil dos poderes e faculdades contidos no trinômio pedir-alegar-provar, que é inerente à garantia constitucional de contraditório”³². Por esta razão, pode propor iniciais, produzir provas, recorrer.

E o Código de Processo Civil indica expressamente que nos casos do art. 82³³ a presença do Ministério Público é obrigatória. Nestas situações a parte deve promover a intimação desta instituição na forma do artigo 236 § 2º do CPC (intimação pessoal), sob pena de nulidade do processo (de acordo com o previsto nos artigos 84 e 246 do CPC). Estando ausente o MP, a nulidade pode ser sanada de duas formas: não havendo sentença de mérito ou havendo sentença que ainda não transitou em julgado, o juiz pode anular apenas os atos processuais posteriores ao momento em que o MP deveria ter sido intimado e não foi, conforme o art. 246, parágrafo único do CPC, e havendo sentença transitada em julgado, cabe ação rescisória se proposta pelo MP, pelo que diz o art. 487, III, a do CPC.

Assim, observa-se que há diversas classificações processualistas para as funções do Ministério Público no nosso ordenamento, sendo que poucas delas abordam

³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores** – Lei 7.347/85 e legislação complementar. 9ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.19.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.2. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 427.

³² *Ibidem* p. 438.

³³ **Art. 82** - Compete ao Ministério Público intervir: I - nas causas em que há interesses de incapazes; II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

diretamente a relevante e necessária participação ativa do Ministério Público no controle de constitucionalidade, posto que esta encontra-se somente destacada no âmbito do direito constitucional.

Desta forma, antes de se discutir o papel do Ministério Público no controle de constitucionalidade, é necessário expor a questão do controle de constitucionalidade em si, para relacionar tais assuntos em seguida.

3. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes de falar em controle de constitucionalidade, é necessário explicar o que é “constitucionalidade”. Trata-se de uma relação de pertinência, de compatibilidade da norma infraconstitucional com os dispositivos do texto Constitucional. Esta compatibilidade deve existir porque há hierarquia entre as normas do nosso sistema jurídico³⁴. Ilustra-se esta situação com uma pirâmide³⁵, na qual a Constituição Federal está no ápice, e as demais normas lhe são subordinadas – desta metáfora decorre a premissa de supremacia da constituição sobre as demais normas.

Para Gilmar MENDES,

“o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente leis e atos normativos”³⁶

Como há hierarquia entre as normas é necessário que esta situação de superioridade da CF seja mantida. Assim, numa definição simplória, o controle desta “constitucionalidade” seria a constante verificação da compatibilidade entre normas infraconstitucionais e constitucionais. Conforme leciona J. CRETELLA Jr., “controle de constitucionalidade – de lei ou de ato – é o procedimento existente nos países de Constituição

³⁴ A solução do caso *Madson v. Marbury*, enunciada pelo Magistrado norte-americano Marshall, da Corte Suprema da Nação, em 1803, é que trouxe, pela primeira vez, os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade das normas que adotamos no Brasil, quais sejam: “Em primeiro lugar, a supremacia da Constituição: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido da sua decisão, ao afirmar que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam.” (In: BARROSO, Luis Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro** – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.8)

³⁵ Trata-se de metáfora criada por Hans KELSEN, em sua Teoria Pura do Direito, para explicar que, o ordenamento jurídico é um conjunto hierarquizado de normas jurídicas estruturadas na forma de uma pirâmide abstrata cuja norma mais importante, que subordina as demais normas jurídicas de hierarquia inferior, é a denominada norma hipotética fundamental, da qual as demais retiram seu fundamento de validade. (in: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000).

³⁶ MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1006

rígida, que incide sobre determinadas normas, para, examinando-lhes os requisitos formais e materiais, verificar se estas normas são ou não são compatíveis com a Constituição vigente”³⁷.

Sendo detectada alguma divergência entre estes textos legais, a norma inferior será retirada do sistema, ou, quando possível, alterada, sempre no sentido de adequar a norma inferior à norma superior.

Por esta razão, em consonância com a idéia de J.J.G. CANOTILHO³⁸, de que a tarefa de concretização do estado constitucional não pode, nem deve pertencer a apenas um dos poderes públicos, é que se considera necessário que o controle de constitucionalidade incida não só sobre os atos do poder legislativo (leis propriamente ditas), mas também os atos do poder executivo (medidas provisórias e deliberações administrativas em geral, incluindo as relacionadas à implementação e execução de políticas públicas), e judiciário (p. ex. regimentos internos dos tribunais).

A partir disto, Gilmar MENDES³⁹ fala que diferentes tipos de inconstitucionalidade podem “adoecer” a supremacia da constituição. Por esta razão não podemos nos referir a apenas um controle de constitucionalidade, mas sim a “controles” de constitucionalidade, no plural, como sendo vários os remédios para curar estas “doenças” – tendo em vista as especificidades de cada uma das “moléstias” que podem atingir nosso sistema constitucional.

“Um dos pré-requisitos para a existência de controle de constitucionalidade é a necessidade de se preservar a supremacia material e formal das constituições”⁴⁰. Sabe-se que o controle de constitucionalidade se ocupa com as incompatibilidades de conteúdo de leis e atos normativos e a CF. Todavia, o entendimento mais recente vai além, preocupa-se com a eficácia plena dos direitos constitucionais que não tem regulamentação suficiente pelo poder público (inconstitucionalidades por omissão).

Assim, uma função para o controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos e garantias fundamentais trazidas pelo texto constitucional. Tarefa esta que tem duas perspectivas: por um lado, explicita quais os valores, ou direitos, escolhidos por uma sociedade que precisam ser defendidos pelo Estado, e, por outro lado, serve de limite aos poderes do próprio Estado, frente as suas decisões estritamente políticas, que podem concretizá-los ou inviabilizar o seu exercício.

³⁷ CRETELLA Jr., J. **Elementos de Direito Constitucional**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.101

³⁸ CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p.891.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. p.1002.

⁴⁰ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. p. 108.

Assim, analisaremos como o controle de constitucionalidade foi abordado nas nossas Constituições, para em seguida expor a situação atual, configurada a partir da CF de 1988.

3.1. Previsão legal do controle de constitucionalidade antes da CF de 1988

Na opinião de Uadi Lammêgo BULOS⁴¹, o controle da constitucionalidade é um remédio para a doença da inconstitucionalidade dos atos executivos, legislativos e jurisdicionais não compatíveis com a CF vigente, seja porque apresentam vícios de forma ou de conteúdo.

A definição teórica atual desta atividade jurisdicional é a mais evoluída da história do constitucionalismo brasileiro, mas nem sempre foi assim.

A constituição imperial de 1824 não previa um controle de constitucionalidade das leis. Miguel Rodolfo KALABAIDE⁴² explica que este silêncio do texto constitucional em relação ao controle de constitucionalidade se deve ao fato de não haver a cultura da supremacia da Constituição, da rigidez de suas normas e do discurso de proteção aos direitos fundamentais. Neste período, competia ao Poder Legislativo a tarefa de fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como zelar pela guarda da Constituição, mesmo não sendo o documento supremo do ordenamento jurídico. E, ao Poder Moderador, era atribuída a tarefa de assegurar a independência, a harmonia e o equilíbrio entre os demais poderes, para que estes não precisassem adentrar uns na esfera de atuação dos outros. Não havia a participação do poder judiciário nesta tarefa, pois o controle da constitucionalidade era considerado concentrado, prévio, político e repressivo.

Já a Constituição de 1891, a primeira republicana, foi a primeira que positivou uma norma sobre o controle de constitucionalidade das leis, no seu artigo 59 § 1º⁴³. Foi a primeira vez também que se atribuiu esta tarefa ao Poder Judiciário. Rui Barbosa sobre este artigo da Constituição diz que

⁴¹ BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**.p.107.

⁴² KALABAIDE, Miguel Rodolfo. **O papel do Ministério Público no controle judicial de constitucionalidade brasileiro em âmbito federal**.p.11

⁴³ **Artigo 59 da CF de 1891:** “Ao Supremo Tribunal Federal compete: § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: **a)** quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; **b)** quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério. É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito⁴⁴.

Neste período, o STF, inspirado pelo caso *Marbury versus Madison*, negava validade às leis federais contrárias à Constituição, elaboradas pelo poder legislativo, que não observavam os limites constitucionais da competência legislativa. O artigo 13 § 10 da Lei Federal 221 de 1894⁴⁵ confirmou a adoção de sistema de controle de constitucionalidade difuso, pois concedeu a todos os juízes e tribunais, quando provocados pelas partes interessadas, a competência para apreciar a validade das leis e regulamentos, e deixar de aplicá-los nos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais. É a situação que deu origem ao controle incidental da inconstitucionalidade, a partir de cada ação concreta. No mesmo sentido, a reforma constitucional de 1926, ampliou a competência do STF, conferindo-lhe também a tarefa de uniformizar a jurisprudência dos demais tribunais (art. 60, § 1º, c). Foi neste período que o STF consolidou-se como um órgão de interpretação das normas, e não de legislação, como se configurava o sistema norte-americano do *judicial review*⁴⁶.

O início da Era Vargas (1930) inaugurou um novo período político em nosso país. Em 1934 foi promulgada a segunda constituição republicana brasileira. Este texto legal trazia significativas mudanças para o nosso prematuro sistema de controle de constitucionalidade.

⁴⁴ BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in **Trabalhos Jurídicos**, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p.54-55.

⁴⁵ **Lei 221/1894, art. 13, § 10:** “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e a Constituição.”

⁴⁶ Judicial Review é um instituto típico do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, caracterizado pelo controle jurisdicional, exercido pelo poder judiciário, que é o único órgão que pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato administrativo.

Com o intuito de não excluir as disposições do constituinte de 1891, a Carta de 1934 manteve a fiscalização incidental, a partir de casos concretos, da constitucionalidade das leis e atos normativos, na redação do seu artigo 76⁴⁷.

Entretanto, inovou ao criar o recurso extraordinário, previsto neste mesmo artigo, e impôs uma restrição para a declaração de inconstitucionalidade das leis no seu artigo 179: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”. Esta disposição, sob a premissa da “segurança jurídica”, tinha o objetivo de evitar as flutuações de entendimento dos tribunais.

Outra novidade foi a extensão da competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando tenham sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, emprestando efeito erga omnes às decisões proferidas pelo STF (art. 91, IV e 96 do referido texto constitucional)⁴⁸. Gilmar MENDES afirma que

“a fórmula inovadora buscava resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade. É possível, porém, que, inspirado no direito comparado, tenha o constituinte conferido ao Senado um poder excessivo, que acabaria por convolar solução em problema, com a cisão de competências entre Supremo Tribunal Federal e o Senado. É certo, por outro lado, que, coerente com o espírito da época, a intervenção do Senado limitava-se à declaração de inconstitucionalidade, não se conferindo eficácia ampliada à declaração de constitucionalidade”⁴⁹.

Ademais, previa a representação interventiva, proposta exclusivamente pelo Procurador-Geral da República, conforme o artigo 12 § 2º da Constituição, quando for detectada ofensa a um dos princípios do artigo 7º, I, *a a h*, da CF⁵⁰.

⁴⁷ **Artigo 76 da CF de 1934** - À Corte Suprema compete: 2) julgar: **III** - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: **a)** quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; **b)** quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; **c)** quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; **d)** quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal.

⁴⁸ **Artigo 91 da CF de 1934** - Compete ao Senado Federal: IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; e, **Artigo 96 da CF de 1934** - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. p.1038-1039

⁵⁰ **Art. 12 da CF de 1934** - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a a h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema,

E por fim, no seu artigo 68, havia a ressalva expressa de que “é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. A partir deste dispositivo, iniciou-se a cultura de não intervenção de um poder na esfera de atuação típica de outro poder, especialmente do judiciário em assuntos do executivo.

A constituição de 1937, autoritária, representando o Estado Novo de Getúlio Vargas, significou um pequeno retrocesso no controle de constitucionalidade. Foi mantido o controle difuso (art. 101, III, *b* e *c*), o quorum especial para a decretação de inconstitucionalidade (art. 96), e a vedação ao Poder judiciário para conhecer as questões exclusivamente políticas (art. 94), conforme previsto na constituição de 1934.

A alteração significativa deste texto constitucional foi o parágrafo único do seu artigo 96, que, pelo olhares da doutrina contemporânea, seria uma clara configuração de violação do princípio da separação dos poderes, pois segundo o referido artigo

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

Isto significou, para Celso Ribeiro BASTOS⁵¹, que uma nova modalidade de revisão constitucional passou a existir, que atribuiria força de emenda constitucional à lei confirmada pelo Parlamento. Para tencionar ainda mais a situação, em 1939, Getúlio Vargas editou o decreto n. 1.564, que validou textos de lei considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, causando grande repercussão e colocando em xeque o caráter incontestável das sentenças judiciais. Esta situação, de insegurança em relação a permanência da validade e aplicação das sentenças judiciais, que só foi ser amenizada pela lei constitucional n.18 de 1945 que revogou o parágrafo único do artigo 96.

mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

Art. 41 § 3º da CF de 1934 - Compete exclusivamente ao Senado Federal a iniciativa das leis sobre a intervenção federal, e, em geral das que interessem determinadamente a um ou mais Estados.

Art 7º da CF de 1934 - Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões;

⁵¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

A constituição de 1946, por sua vez, retomou disposições da de 1934, e deu início ao controle abstrato da constitucionalidade das normas. Sua redação mantinha o controle difuso e trazia a competência do STF para julgar recursos ordinários e extraordinários (art. 101, II e III)⁵². Manteve, também, a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF (art. 64)⁵³ e a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para garantir eficácia à sentença que declarava a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (art. 200)⁵⁴.

As alterações significativas trazidas por esta Carta Magna foram em relação à representação de inconstitucionalidade interventiva, que inaugurou o controle abstrato das normas no sistema jurídico brasileiro, citada pela primeira vez na Constituição de 1934. Atribuiu-se exclusivamente ao Procurador-Geral da República a titularidade desta ação nos casos em que se deseje a intervenção federal nos Estados por violação de princípios constitucionais. No entanto, esta intervenção estava subordinada à declaração de inconstitucionalidade do ato proferida pelo STF⁵⁵. Já nesta época, o Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal, a quem competia a defesa dos interesses da União (art. 126)⁵⁶, tinha o papel de representante processual.

⁵² **Art 101 da CF de 1946** - Ao Supremo Tribunal Federal compete: **II** - julgar em recurso ordinário: **a)** os mandados de segurança e os *habeas corpus* decididos em última instância pelos Tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão; **b)** as causas decididas por Juízes locais, fundadas em, tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, assim como as em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no País; **c)** os crimes políticos; **III** - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: **a)** quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; **b)** quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; **c)** quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; **d)** quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

⁵³ **Art 64 da CF de 1946** - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁴ **Art 200 da CF de 1946** - Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.

⁵⁵ **Art 8º da CF de 1946** - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nº s VI e VII do artigo anterior. **Parágrafo único** - No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção

Art 7º da CF de 1946 - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para: VI - reorganizar as finanças do Estado que, sem motivo de força maior, suspender, por mais de dois anos consecutivos, o serviço da sua dívida externa fundada; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa, b) independência e harmonia entre os poderes, c) temporariedade das funções eletivas, limitadas a duração destas à das funções federais correspondentes, d) proibição da reeleição dos governadores e prefeitos para o período imediato, e) autonomia municipal, f) prestação de contas da Administração, g) garantias do Poder Judiciário.

⁵⁶ **Art 126 da CF de 1946** - O Ministério Público federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no artigo 99, é demissível *ad nutum*. **Parágrafo único** - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.

A Emenda Constitucional n.16 de 1965 instituiu oficialmente o controle abstrato das normas estaduais e federais. Esta reforma constitucional buscava dar novas formas ao Poder Judiciário: desejava-se uma representação de inconstitucionalidade também para leis federais que, em tese, teria iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República, semelhante a que já existia em relação às leis estaduais, e também que fosse possível somente ao STF e ao Procurador-Geral da República suscitarem prejudiciais de inconstitucionalidade em qualquer processo em curso perante outro juízo. Muitas mudanças foram propostas no projeto desta emenda, porém o que foi mesmo consolidado foi a competência do STF para processar e julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade (“representações interventivas”) de leis e atos normativos estaduais ou federais, propostas pelo Procurador-Geral da República. Esta mesma emenda facultou ao legislador estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado (art. 124, XIII). Assim, toda lei, abstratamente considerada, poderia ser analisada quanto a sua constitucionalidade por ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República. Não haveria mais a necessidade da via incidental de caso concreto de inconstitucionalidade pela aplicação da norma, para se argüir a constitucionalidade de um dispositivo.

A constituição de 1967 não trouxe muitas mudanças na matéria do controle de constitucionalidade, pois manteve o controle difuso e o abstrato originariamente previsto na emenda constitucional n. 16/65 (agora descrito no art. 119, I, *l*). A representação interventiva, cujo legitimado era o Procurador-Geral da República, passou a ser utilizada quando houvesse ofensa aos princípios sensíveis (os mesmos da constituição anterior, agora mencionados no art. 10, VII da Carta Magna) e também para promover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1ª parte). A competência para suspender ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11 § 2º).

Inicialmente, a disposição que tratava da competência dos tribunais de justiça dos estados para declarar inconstitucional lei ou ato municipal que contrariasse a constituição dos estados não foi recepcionada. Porém, a emenda Constitucional n. 1 de 1969 previu, expressamente, o controle de constitucionalidade das leis municipais, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município⁵⁷.

⁵⁷ **Nova redação do Art. 15, § 3º, *d* da CF de 1967, após a emenda n.1 de 1969:** A intervenção nos municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando: d) o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover à execução de lei ou de ordem ou

A emenda constitucional n. 7 de 1977, manteve a representação de inconstitucionalidade e criou uma nova figura: a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual junto ao STF, cujo legitimado também era o Procurador-Geral da República, para atribuir “corretas” interpretações às leis e impedir a multiplicação de demandas que ocorreriam caso não fosse estabelecido um parâmetro interpretativo aos dispositivos. Não que houvesse preocupação com os precedentes de julgamento. Não se pensava tão longe nesta época, apenas se desejava evitar processos questionando o real significado das leis, ou então, buscando aplicar os dispositivos em situações que o tribunal já julgou inconvenientes uma vez. Esta mesma emenda, n. 7/77, eliminou a dúvida sobre a utilização de liminar em ações diretas de inconstitucionalidade, reconhecendo a competência do STF para deferir pedido de cautelar formulado pelo Procurador-Geral da República (art. 119, I, p).

Entretanto, as mais significativas mudanças em matéria de controle de constitucionalidade vieram com a Constituição Federal de 1988, citadas a seguir.

3.2. O controle de constitucionalidade na CF de 1988 e legislações supervenientes: auge da doutrina e da jurisprudência

Nota-se que, nesta Constituição, houve valorização do controle concentrado e abstrato das normas, sem, no entanto, eliminar totalmente o controle difuso.

Lentamente, a inconstitucionalidade das normas passou a ser verificada quase que exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, em substituição aos juízes de primeira instância. Esta modalidade, portanto, foi lapidada para atender um novo contexto social e jurídico, de proliferação das normas, constantes emendas constitucionais, autonomia legislativa dos estados e municípios, e brechas do ordenamento, que poderia ser considerado analítico, mas que se mostrou incompleto, especialmente, nos últimos 20 anos.

O controle difuso foi mantido, essencialmente, pela existência do recurso extraordinário, utilizado pela parte vencida, porém teve suas possibilidades de interposição reduzidas, conforme a nova redação do art. 102, III da CF de 1988:

decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade;

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

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal;

Houve a criação do instituto da repercussão geral no recurso extraordinário, prevista no art. 102 § 3º da CF⁵⁸, que obriga os recorrentes a demonstrar a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (art. 543-A, § 1º do CPC), para que o tribunal aprecie o recurso.

Há ainda a figura do recurso ordinário, confiado ao Superior Tribunal de Justiça, para as causas de colisão direta entre o direito estadual e o direito federal ordinário.

A CF de 1988 também manteve a representação interventiva, prevista desde a CF de 1946, que analisa a compatibilidade do direito estatal com os princípios constitucionais sensíveis, descritos no art. 34, VII da CF de 1988. Este artigo menciona como princípios sensíveis a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático, os direitos da pessoa humana, a autonomia municipal, a prestação de contas da administração direta e indireta, e a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. A violação destes princípios permite intervenção federal nos termos do art. 36, III e § 1º da CF, executada pelo Presidente da República, quando solicitada pelo STF, representado pelo Procurador-Geral da República⁵⁹.

E, também, manteve a possibilidade de o STF suspender, por medida cautelar, a eficácia de ato normativo considerado inconstitucional.

Por outro lado, a CF de 1988 ampliou o rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, antes restrito ao Procurador-Geral da República,

⁵⁸ **Art. 102 § 3º da CF de 1988** – No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

⁵⁹ **Art. 84 da CF de 1988** – Compete privativamente ao Presidente da República: **X** – decretar e executar a intervenção federal;

Art. 36 da CF de 1988 – A decretação de intervenção dependerá: **III** – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal; **§ 1º** - O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas.

possibilitando que muito mais controvérsias constitucionais fossem apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. Agora são também legitimados, conforme a disposição do artigo 103, caput, da CF, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. José Afonso da SILVA⁶⁰, sobre esta alteração substancial no instituto, afirma ser uma “pena não ter incluído o cidadão” dentro o rol dos legitimados, pois, certamente, haveria uma explosão no número de demandas.

Foi criada a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, cujos legitimados são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade.

Criou-se também as súmulas vinculantes, previstas no art. 103-A da CF⁶¹ após a emenda constitucional n. 45 de 2004. No entanto, a edição, a revisão e o cancelamento destas súmulas só foram regulados pela lei n. 11.417 de 2006.

Todavia, as maiores mudanças da Carta Magna de 1988 foram a respeito do controle da constitucionalidade das omissões legislativas: a nova Constituição inovou criando o mandado de injunção, previsto no artigo 5º, LXXI⁶², como remédio constitucional, utilizado contra omissão de órgão com poder normativo, quando esta falta de norma impede o exercício de direito constitucionalmente assegurado.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. p.51.

⁶¹ **Art. 103-A da CF de 1988** – O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁶² **Art. 5º da CF de 1988** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **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;

Para aprimorar o controle abstrato, o constituinte de 1988 também criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a argüição de descumprimento de preceito fundamental (explicadas a seguir).

Não é que as vias difusas de controle de constitucionalidade foram suprimidas. O que houve, na verdade, foi um notável aumento no número de ações aptas ao controle abstrato/concentrado de constitucionalidade, permitindo que praticamente todas as controvérsias constitucionais sejam apreciadas diretamente pelo STF.

Isto em momento algum fere a autonomia dos poderes da União, pois a própria Constituição, que é texto supremo em nosso ordenamento, prevê que este controle dos atos do Executivo e do Legislativo seja realizado preponderantemente pelo Judiciário. Não é preciso interpretações restritivas ou extensivas dos dispositivos constitucionais para que o controle seja legítimo.

Além disso, por adotar-se no Brasil jurisdição una, as demandas sobre a constitucionalidade dos dispositivos são propostas no mesmo tribunal superior para o qual convergem os recursos dos processos de instancias inferiores. Não há um tribunal especial para apreciar as inconstitucionalidades produzidas pelo poder público. Então, o mesmo STF que decide causas entre particulares, é o mesmo tribunal que irá julgar as causas incidentais e diretas de inconstitucionalidade que versem contra o poder público, seja por causa de ato ou de omissão.

Ainda que tenha falhas, esta estrutura do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é considerada uma das mais avançadas no mundo. O que se tem hoje são os frutos das diversas mudanças ao longo da história republicana brasileira.

Toda esta evolução no sistema de controle de constitucionalidade se deve principalmente pelas características da nossa Constituição de 1988, abordadas a seguir, que tinha um objetivo mais social, otimista e ao mesmo tempo rígida no que se refere ao bem estar e a dignidade da pessoa humana.

3.3. Relação entre as formas de controle de constitucionalidade e a classificação clássica da CF de 1988: justificativas para a Supremacia Constitucional

Em síntese, o termo Constituição pode ser entendido como sistema de normas jurídicas que definem a estrutura do Estado, a sua forma de governo, os modos de aquisição, exercício e limitação do poder, bem como a instituição de direitos e garantias fundamentais do

cidadão. Esta compilação de conhecimentos e regras a serem seguidas deve refletir as condições históricas, políticas e sociais de seu povo, sob pena de ser tida como ilegítima⁶³.

Há muitas gerações que grandes teóricos formulam concepções acerca das Constituições. Resumidamente, podemos citar Ferdinand LASSALE⁶⁴, que adota um viés sociológico, para quem Constituição (real e efetiva) de um Estado é a soma dos fatores reais do poder que regem determinado país. Já Carl SCHMITT⁶⁵, com uma visão mais política, entende que a Constituição é uma decisão política fundamental de um Estado. E por fim, sob um enfoque mais jurídico ou positivista, Hans KELSEN⁶⁶ afirma que a Constituição é o conjunto de normas fundamentais que exterioriza os elementos essenciais de um Estado, é a base no sentido lógico-jurídico, é norma hipotética fundamental, é norma pura.

A partir destas concepções podem ser elaboradas classificações para as constituições.

A classificação da Constituição Brasileira de 1988, elaborada por renomados doutrinadores do Direito Constitucional, é o marco inicial para se identificar as brechas e os obstáculos ao controle de constitucionalidade do sistema jurídico.

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO⁶⁷ classifica a Constituição Brasileira de 1988, como promulgada, escrita, formal, dogmática, analítica e rígida.

Quanto à origem, ter sido *promulgada*, significa que a CF foi fruto de um Poder Constituinte, composto de representantes do povo, eleitos com o objetivo elaborar e estabelecer o seu conteúdo, através de uma Assembléia Constituinte (sendo, portanto, consideravelmente democrática). Para este autor, esta característica garante que ela possa ser defendida também pelo povo, ou por quem lhe faça as vezes, e não somente pela elite jurídica do país.

É *escrita*, quanto a sua forma, em contraposição às Constituições não-escritas (históricas) construídas ao longo dos anos e baseadas em casos concretos. Nossa constituição foi elaborada pela Assembléia Constituinte após um processo de reflexão e materializada de uma só vez, em um único ato. É reconhecida por ser um conjunto de regras codificadas e sistematizadas em um único documento, com o escopo de ser a lei fundamental de uma sociedade. É a principal referência legal no nosso sistema jurídico. Por isto é o documento supremo, posto que as demais normas, infraconstitucionais, decorrem de comandos

⁶³ CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.**

⁶⁴ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição.**

⁶⁵ SCHMITT, Karl. **O guardião da Constituição.**

⁶⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.**

⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 35ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.10-14

constitucionais. É a CF quem outorga poderes aos responsáveis legislativos para que estes elaborem os dispositivos legais regulamentadores dos direitos constitucionais. É por esta característica que conseguimos realizar um controle formal e material da constitucionalidade, posto que as normas estão explícitas, e encontram-se materializadas.

É *formal*, quanto ao conteúdo, porque o Estado tentou se reduzir à forma escrita, num documento solenemente elaborado pelo Poder Constituinte, que só pode ser modificado por processos previstos no próprio texto constitucional. Decorre desta característica, segundo afirma Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, que tudo que for criado sem observar as formalidades previstas no Texto Constitucional não é apto a permanecer no ordenamento jurídico, e também que toda alteração de seus dispositivos deve ser incluída em seu texto oficial. Assim, tanto para se criar regra nova, ou excluir uma existente, é necessário observar formalidades/solenidades.

Quanto ao modo de elaboração, pode-se dizer que temos uma Constituição *dogmática* (sistemática), pois ela foi organizada para ser um texto único. Ela traz as idéias fundamentais da teoria política e jurídica dominantes no momento. Para Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, esta espécie de constituição está diretamente relacionada às constituições escritas, que são sempre o fruto da aplicação consciente de certos princípios ou dogmas, enquanto que as não-escritas são produto da lenta síntese histórica.

É também considerada *analítica* quanto a sua extensão, uma vez que examina e regulamenta todos os assuntos relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado. É aquela que traz no seu texto regras que poderiam ser tratadas em normas infraconstitucionais (pois a perspectiva de permanência destas normas é inferior à da norma tipicamente constitucional). Exemplo disto é a maior relação de direitos fundamentais ou de direitos humanos, detalhadas nas suas garantias processuais, constitucionais e sócio-econômicas. Neste tipo constitucional, quanto maior e mais detalhado for seu texto, menor será o espaço para processos informais de mudança, valorizando, assim, os processos formais de reforma constitucional (geralmente mais lentos, difíceis e com restrições de conteúdo), principalmente quando tratar-se de uma Constituição rígida. Ponto positivo das constituições analíticas é que muitos parâmetros de constitucionalidade estão expressamente mencionados, o que facilita o controle das normas infraconstitucionais e dos atos dos agentes públicos e particulares em relação à sociedade. Entretanto, nada adianta ter muitas normas, se elas não têm um conteúdo mínimo nem aplicabilidade, casos em que também são alvo de controle de constitucionalidade – principalmente, por ações afirmando a inexistência ou a insuficiência das normas do sistema para regular a realidade daquela sociedade.

E, por fim, quanto a sua alterabilidade, diz-se *rígida*, uma vez que só pode ser modificada mediante processos solenes (formais), diferentes e mais difíceis do que os previstos para a criação de leis ordinárias ou complementares. Exemplo de disposições constitucionais que confirmam esta classificação por dificultarem a alteração de seu texto: *quorum* especial para a aprovação (para emenda, 3/5 dos membros, em dois turnos de votação, em cada casa legislativa), competência restrita para propor as modificações (a emenda poderá ser proposta pelo Presidente da República, por 1/3 dos membros da Câmara de Deputados ou do Senado, ou por mais da metade das Assembléias Legislativas - que encaminharão a proposta aprovada pela maioria relativa de seus membros), além de limites temporais, circunstanciais e materiais para o funcionamento do poder de reforma (vedações do art. 60, § 4º, I a IV – princípios constitucionais sensíveis – segundo as quais se proíbem emendas tendentes a abolir a forma federativa do estado, a democracia (voto direto, secreto universal e periódico), os direitos individuais e suas garantias e a separação de poderes; e a proibição de atuação do poder constituinte derivado (poder de reforma) durante a vigência do Estado de Sítio, Estado de Defesa e Intervenção Federal). J. CRETELLA Jr⁶⁸ afirma que apenas nos países que tem uma constituição rígida é que se encontra um controle de constitucionalidade, porque existe o interesse de se expulsar do ordenamento jurídico a norma incompatível com a Constituição. Conforme este mesmo autor, “nos estados em que a Constituição é flexível, o controle de constitucionalidade simplesmente inexistente”, porque não diferença entre poder constituinte originário e derivado. Nestes casos, é permitido ao legislador alterar, “quando quiser, a regra jurídica constitucional, já que não existe órgão que resguarde a supremacia da regra constitucional sobre a lei ordinária”, porque é como se não houvesse distinção entre estas duas categorias de leis. O que é totalmente diferente dos estados que optam por uma constituição rígida, em que há hierarquia entre as normas e é previsto um procedimento especial para a revisão constitucional.

Ademais, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO⁶⁹ ainda classifica as constituições em: constituição-garantia, constituição-balanço e constituição-dirigente. A primeira é a que estabelece as limitações do poder político, mediante garantias e liberdades do cidadão. A segunda é típica de estados socialistas, pois a cada avanço rumo ao sistema socialista será marcado por uma nova constituição (que seria o balanço do novo estágio, compilando as inovações). E a última é como um plano para dirigir uma evolução política,

⁶⁸ CRETELLA Jr., J. **Elementos de Direito Constitucional**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.99-101.

⁶⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.14.

pois estabelece compromissos sociais e instrumentos para a sua execução. Numa breve análise, tanto a constituição-garantia quanto a constituição-balanço se relacionam principalmente com o ideal a ser alcançado e com o presente, em oposição à constituição-dirigente, caracterizada por normas programáticas, que quando faltantes geram a inconstitucionalidade por omissão. Identifica-se, a partir destas considerações, que a CF de 1988 apresenta características tanto de constituição-garantia quanto de constituição-dirigente, pois ao mesmo tempo em que enumera (não exaustivamente) no seu artigo 5º direitos fundamentais e liberdades individuais que não podem ser violados, nem pelo Estado nem por outros particulares, é possível identificar na CF momentos em que o constituinte de 1988 declarou-se obrigado para com a sociedade, além de diversos mecanismos de efetivação de direitos e liberdades fundamentais.

Dessa forma, conclui-se que, conforme afirma José CRETELLA Jr., “a existência do controle de constitucionalidade é decorrência direta da distinção entre Constituição rígida e Constituição flexível, bem como entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado”⁷⁰. Estas características são a base para entendermos as demais relações políticas e jurídicas que unem Administração Pública, sociedade e garantias constitucionais⁷¹.

Apesar de esta classificação ser válida até os dias de hoje, diante das evoluções da doutrina jurídica, sem se questionar a supremacia da Constituição Federal, Gilmar Ferreira MENDES, baseado nas idéias de Konrad Hesse, afirma que

“a Constituição contém as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura. Todavia, não se há de confundir a Constituição com uma regulamentação precisa e completa. A constituição (...) não codifica, mas regula apenas – freqüentemente as linhas essenciais – aquilo que se afigura relevante e carecedor de uma definição. (...) Não existe uma pretensão de completude do sistema constitucional. E é, exatamente, esta característica que empresta à Constituição a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento e permite que seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo. Têm-se, assim, num só tempo, rigidez e flexibilidade. (...) Não se trata de eleger alternativas [a isto], mas de coordenar esses momentos. Conciliam-se, assim, estabilidade e desenvolvimento, evitando-se, de um

⁷⁰ CRETELLA Jr., J. **Elementos de Direito Constitucional**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.102.

⁷¹ Direito é a ciência do político. Para Konrad HESSE, em “A Força Normativa da Constituição”, “a constituição jurídica (...) não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo, e Ferdinand LASSALE completa que toda constituição tem em sua essência os fatores reais do poder, que são as relações que irão se estabelecer entre governantes e governados. Por isso, ao mesmo tempo em que a sociedade precisa do poder e da organização da Administração Pública para ver seus direitos assegurados e concretizados, ela sofre com os abusos do poder público (na forma de atos ou omissões) que, muitas vezes, restringem os seus direitos.(in: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. p.24)

lado, a dissolução da ordem constitucional, e de outro, o congelamento da ordem jurídica.”⁷²

Este autor entende que a nossa Constituição prevê todos os direitos que considera essenciais, todavia não é tão analítica a ponto de regular efetivamente estes direitos que podem ser garantidos pelo Estado, nem de descrever todas as possibilidades de atuação pública que garantam estes direitos. Desta forma, é necessário que outras normas sejam criadas para que o conteúdo da CF seja devidamente expressado. Assim, a CF é considerada suprema em nosso ordenamento porque é o documento mais abrangente, porém não o mais analítico do nosso sistema jurídico. Assim as lacunas legislativas existem não porque o texto constitucional é defeituoso, mas porque as demais normas infraconstitucionais nem sempre são capazes de integralizar todos os propósitos constitucionais.

Na opinião de Gilmar Ferreira MENDES⁷³, estas lacunas (esta ausência de regulamentação minuciosa), a princípio, seriam uma falha, quando, na verdade, garantem a abertura constitucional necessária ao amplo desenvolvimento do processo político de um Estado. Neste mesmo sentido, Konrad HESSE⁷⁴ já afirmava que é preciso conciliar a legitimidade material da Constituição (supremacia da Constituição) e abertura constitucional para que exista espaço para a atuação política, e para que o controle de constitucionalidade seja possível e se mostre como o equilíbrio entre a rigidez da Constituição e a dinâmica do processo de evolução política e social. Não é que a supremacia da Constituição seja comprometida, pois ocorre justamente o contrário. A mesma doutrina que, sob um ponto de vista, considera que a Constituição é flexível dentro de sua rigidez formal e incompleta mesmo diante de sua analiticidade, é a mesma que considera a Constituição como o ápice do sistema jurídico brasileiro, pois é este texto normativo que cria o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo as normas fundamentais do Estado sobre suas estruturas e sobre o funcionamento de seus órgãos. Por isso a superioridade da CF em relação às demais normas. Ela é parâmetro para os demais textos normativos e atos da administração pública. Assim, embora o sistema normativo apresente lacunas, o texto Constitucional em si é supremo, e não perde este status pela ausência de normas regulamentadoras de seu conteúdo.

Para Luis Roberto BARROSO⁷⁵, o tempo de vigência de uma Constituição não é indicador seguro de seu êxito – temos uma Constituição com pouco mais de 20 anos, a 2ª

⁷² MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. p.1002-1003.

⁷³ MENDES, G. **Curso de Direito Constitucional**. p.1003.

⁷⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

⁷⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade...** p.57-58

com mais tempo de vigência de nossa história política, porém, esta data não é capaz de afirmar se o fracasso ou não de determinado regime político se deve a ela, ou se o insucesso deste regime ocorre apesar (independente) dela. O que se nota, infelizmente, é que tanto no Brasil, quanto nos demais países da América Latina, a inflação de textos constitucionais com pouca duração (devido a instabilidade política destes países, que alternava períodos democráticos e ditatoriais) provocou uma insegurança jurídica e descrença nos textos constitucionais, constantemente alterados e emendados.

No entanto, esquecemos que, embora resultante de um impulso político, a Constituição, uma vez posta em vigência, é documento jurídico que contém normas jurídicas, que não são opiniões nem meras aspirações, mas sim instrumentos práticos elaborados pelos constituintes para que produzam certos efeitos na realidade do país.

Óbvio que nenhuma regra foi criada para não ser cumprida. Contudo há casos em que os preceitos já nascem condenados à ineficácia, e

sua inviabilidade pode decorrer da intrínseca deficiência do texto, da manifesta ausência de condições materiais para o seu cumprimento ou da impossibilidade de judicialização do bem ou do interesse que pretendeu tutelar, (...) ou ainda do excesso de ambição do dispositivo, colidindo com as possibilidades reais do Estado e da sociedade⁷⁶

Há casos em que as disposições constitucionais deixam de ser cumpridas por resistência de determinados setores econômicos e/ou políticos influentes.

Luis Roberto BARROSO⁷⁷ afirma que, no Brasil, as duas situações descritas acima ocorrem. Temos normas que já nasceram para ser ineficientes e normas com muito potencial, mas que são tão reduzidas em efeitos que é como se não existissem.

Ainda assim, com todos estes pesares, nossa Constituição de 1988 é um parâmetro, um ponto para o qual todas as atenções convergem no sistema jurídico atual. Dessa forma, faz-se necessário reforçar o significado de “constitucionalidade”, que é relação entre uma norma ou um comportamento e a Constituição como norma fundamental do sistema. Teoricamente, ao se averiguar a (in)constitucionalidade de uma norma busca-se a melhor concretização da Carta Magna, na prática, ao contrário, isto não é um objetivo sempre alcançado. É que a estrutura política (no sentido de alianças) que se esconde atrás do conjunto de poderes de um Estado às vezes prevalece. Não é que não exista desejo de efetividade das normas constitucionais. É que avaliar a constitucionalidade é avaliar, simultaneamente, a

⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a eficácia de suas normas**. p.62.

⁷⁷ *Ibidem*. p.62.

compatibilidade da norma ao conjunto normativo e aos valores, e planos políticos daquele determinado Estado.

Por isto, tudo que aparentemente não estiver em conformidade com a Constituição, seja no seu sentido formal ou material, poderá ser objeto do controle de constitucionalidade. Pode-se dizer que há várias formas de se ferir a supremacia da Constituição, porque as normas não são analisadas sob um único viés⁷⁸.

Por esta razão, vários caminhos foram criados para atacar estas inconstitucionalidades, independentemente de serem atos ou omissões do poder público. Dependendo da espécie de inconstitucionalidade, é possível detectar qual a melhor forma de sanar esta incompatibilidade.

Concluiu-se, então, que vários podem ser os sujeitos que reivindicam em juízo estas incompatibilidades, porque a lei diz que a legitimação ativa depende tanto do tipo de incompatibilidade quanto da via processual adotada.

Dessa forma, detectado o vício, escolhida a melhor via processual, e quem irá defender a causa em juízo, é possível identificar qual órgão/estrutura do poder judiciário tem competência para a ação, que pode ser desde um juiz de primeiro grau até o STF.

Por esta razão é interessante expor as espécies de inconstitucionalidade e as modalidades de controle usadas para manter a supremacia do texto Constitucional.

3.4 Espécies de Inconstitucionalidade

Antes de se estudar como o controle é feito, é indispensável analisar como as inconstitucionalidades se configuram. É possível que existam incompatibilidades formais ou materiais em relação ao texto Constitucional, ou que a inconstitucionalidade seja originária ou superveniente, ou ainda que a inconstitucionalidade seja em virtude de atos ou omissões do poder público.

A inconstitucionalidade por ser formal ou material. Segundo Clèmerson Merlin CLÈVE⁷⁹, a inconstitucionalidade dos atos legislativos e administrativos contrários à Constituição é formal quando tais normas jurídicas foram criadas por autoridades

⁷⁸ É possível que existam incompatibilidades formais ou materiais em relação ao texto Constitucional, ou que a inconstitucionalidade seja originária ou superveniente, ou ainda que a inconstitucionalidade seja em virtude de atos ou omissões do poder público.

⁷⁹ CLÈVE.C.M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. atual. ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.37-48.

incompetentes ou em desacordo com as formalidades previstas em lei, diferentemente da inconstitucionalidade material, na qual o conteúdo das leis ou atos normativos contraria preceito ou princípio constitucional. Dentre as inconstitucionalidades materiais está o ponto mais crítico do direito atual, segundo Gilmar Ferreira MENDES, que é a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo, que cria leis que não estão em conformidade com os fins constitucionais, ou não atendem ao princípio da proporcionalidade (que pondera adequação e necessidade do ato legislativo à realidade jurídica).

A inconstitucionalidade de um dispositivo pode ser originária ou superveniente, conforme o momento da produção da norma. Sendo uma norma jurídica produzida antes da CF de 1988, não se analisa a sua constitucionalidade, mas sim a sua recepção ou não pelo ordenamento jurídico (poderá ocorrer a revogação do dispositivo ou da lei por sua incompatibilidade com o texto constitucional). Contudo, uma vez recepcionada a norma, sua constitucionalidade é subentendida, e ela passa a fazer parte do ordenamento, como se tivesse sido produzida neste momento. Para o STF, somente se pode falar em inconstitucionalidade se a norma jurídica em vigor foi produzida após a CF de 1988. A partir deste entendimento, pode ocorrer que esta norma seja inconstitucional desde a sua elaboração, por conter vícios formais, o que configura a inconstitucionalidade originária. Ou ainda, que a norma se torne inconstitucional em virtude de mudanças fáticas ou por mudanças na interpretação constitucional (inconstitucionalidade superveniente)⁸⁰.

E ainda, é possível que a inconstitucionalidade se configure por uma ação ou por uma omissão do poder legislativo ou do poder executivo. A inconstitucionalidade por ação é a mais antiga e, talvez, a mais bem combatida em nosso ordenamento. Ela cuida do Direito criado, da relação de incompatibilidade de um ato normativo e a Constituição, nos seus aspectos formas e materiais. Já a inconstitucionalidade por omissão legislativa é fato recente, pois, até a promulgação da CF de 1988, “a inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais”⁸¹ não era considerada uma ofensa ao texto constitucional. E, segundo Clèmerson Merlin CLÈVE⁸², as omissões inconstitucionais

⁸⁰ Gilmar Mendes afirma que a alteração no procedimento de criação da lei ou possíveis alterações de competência para a criação de determinados dispositivos legais, não torna inconstitucional a norma criada sob as regras anteriores, pois prevalece o princípio do *tempus regit actum*. E, em se tratando de mutação constitucional, fenômeno que permite a alteração dos parâmetros de constitucionalidade devido a uma nova interpretação constitucional, fica evidente que ela acontece, pois os tribunais não pensam sempre da mesma forma. Cada caso permite resultados mais ajustados e precisos. (in: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. p. 1022-1024).

⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. p.32

⁸² CLÈVE.C.M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. atual. ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.52

podem ter origem em qualquer dos três poderes. Atualmente, para o STF, tanto a omissão total, quando o legislador⁸³ não toma a providência determinada na CF, quanto à parcial, quando o ato normativo atende de modo insuficiente a vontade constitucional, podem ser objetos de controle, seja por mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF/88), ou por ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF/88).

Luis Roberto BARROSO resumiu a questão da inconstitucionalidade por omissão, foco deste trabalho, da seguinte maneira:

Tal como no caso da inconstitucionalidade por ação, também a omissão violadora da Constituição pode ser imputável aos três Poderes. Pode ocorrer de o Executivo deixar de tomar as medidas político-administrativas de sua competência, não entregando determinadas prestações positivas a que esteja obrigado, por exemplo, em matéria de educação (CF, art. 208). Pode-se igualmente cogitar de omissão na entrega de prestação jurisdicional. Juridicamente, é certo, não é possível a denegação de justiça mesma na eventualidade de inexistir lei específica sobre a matéria discutida, mas, no mundo real, não é incomum a falta de acesso à justiça (e.g., por ausência ou deficiência nas condições de assistência judiciária) ou o excesso de demora que frustra na prática o direito das partes⁸⁴.

Para este autor, legislar é uma faculdade, insere-se no âmbito discricionário do legislador a criação ou não de normas. Por isso, a inércia do legislador não é sempre um comportamento inconstitucional. Apenas nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma regulamentadora de preceito constitucional (sobre a organização do Estado, ou sobre a definição de direitos) é que sua abstenção (total ou parcial) será ilegítima e configurará inconstitucionalidade por omissão. Contudo, já se esboçam estudos sobre a possibilidade de extensão do controle de constitucionalidade sobre atos administrativos de caráter não-normativo⁸⁵.

Expostos as circunstâncias que levam uma norma a ser considerada inconstitucional, é interessante expor como estas incompatibilidades podem ser resolvidas.

3.5. Modalidades de Controle

Sendo vários os tipos de inconstitucionalidade, tornou-se necessário criar várias formas de controle da constitucionalidade. A doutrina classifica de diversos modos o controle de constitucionalidade.

⁸³ Por legislador entende-se aquele que seja o responsável pela edição da norma reguladora do comando constitucional.

⁸⁴ BARROSO, Luis Roberto. Op cit. p.32

⁸⁵ Ver MEIRELES. H.L. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. p.456-457;

Quanto ao órgão fiscalizador, o controle pode ser político, jurisdicional ou misto.

O controle político é o inspirado no modelo Francês de controle de constitucionalidade. É exercido por um órgão político e não jurisdicional, que no Brasil, seriam as Casas Legislativas, as Comissões de Constituição e Justiça, e também pelo veto oposto pelo poder Executivo a um projeto de lei, conforme o art. 66 § 1º da CF de 1988. O mesmo órgão que produz as normas é o que controla a sua constitucionalidade. Com a adoção desta técnica de controle não haveria ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois a atuação do judiciário não teria força para anular as deliberações dos poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, sabe-se que o controle político é pautado em conveniências, desprovido de técnica jurídica, o que, na prática, seria o mesmo que não ter um controle de constitucionalidade.

Já o controle jurisdicional é o exercido pelo Judiciário ou por uma Corte Constitucional (no caso de alguns países estrangeiros), que pode ser exercido de modo difuso, concentrado ou misto (explicados a seguir). A existência deste modelo, que atribui ao Judiciário este controle, se justifica pela necessidade de se ter técnica e imparcialidade para proferir uma decisão de inconstitucionalidade. Não sendo o judiciário quem produz as normas, são menores as chances de falha neste controle. Este modelo recebeu críticas⁸⁶, como a supervalorização do judiciário (“governos dos juizes”) como o que acontece nos EUA, e o desvio deste poder das suas funções típicas, transformando-o também num poder com natureza política, o que é vedado pela própria Constituição. J.J.G. CANOTILHO⁸⁷ afirma que esta forma de controle atua de duas maneiras: de forma positiva quando potencializa a força normativa da Constituição, e de forma negativa, quando impede que atos e leis violem princípios e normas constitucionais.

Analisando os prós e contras dos dois sistemas, passou-se a adotar o controle misto, que é aquele que conjuga os controles político e jurisdicional. No Brasil adotamos este modelo misto, que embora não seja perfeito, e tenha falhas⁸⁸, é o que traz bons resultados, pois é mais abrangente, tendo em vista que algumas matérias são fiscalizadas pelo Judiciário, e outras são controladas pelo Executivo e pelo Judiciário.

⁸⁶ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. P.69-74

⁸⁷ CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 889.

⁸⁸ Diz-se que há falhas neste controle misto, porque ainda que bem abrangente, há muito mais espécies de inconstitucionalidades do que técnicas para o seu controle.

Nos sistemas jurídicos que adotam o controle jurisdicional ou o controle misto, a partir de critérios subjetivos ou orgânicos, pode-se falar em controle difuso, concentrado ou misto, e a partir de critérios formais, pode-se falar em controle incidental e em controle principal.

O controle pode ser concentrado, difuso ou misto a partir da estrutura/órgão do Poder Judiciário que efetivamente analisa a matéria supostamente inconstitucional.

Assim, temos que no controle difuso ou americano qualquer órgão judicial incumbido de aplicar uma lei ao caso concreto (juiz) tem o dever-poder de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional. Este modelo teve sua origem no caso *Marbur v. Madison*, nos EUA, em 1803.

No controle concentrado a atribuição para julgar as questões constitucionais é de um órgão superior (STF) ou de uma Corte Constitucional.

E no controle misto, há traços tanto do controle difuso quanto do concentrado. O Brasil adota este modelo misto, pois aqui convivem ao mesmo tempo o modelo difuso, adotado desde a República, e o modelo concentrado, com as ações diretas de inconstitucionalidade de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Já o controle incidental, freqüentemente associado ao controle difuso, é quando a inconstitucionalidade é detectada no contexto de um processo ou ação judicial, no qual esta inconstitucionalidade não é o pedido principal, mas sim um incidente, que deve ser decidido pelo Judiciário para que a causa inicial prossiga e tenha sua solução mais adequada. É o que se chama de controle por via de exceção, pois o exame de constitucionalidade da lei não era o objeto da ação.

E o controle principal é aquele que “permite que a questão constitucional seja analisada autonomamente em um processo ou ação principal, cujo objeto é a própria inconstitucionalidade da lei”⁸⁹. É o modelo que admite o uso de ações diretas de inconstitucionalidade ou mecanismos de impugnação *in abstracto* da lei ou do ato normativo.

Quanto ao momento da fiscalização, o controle pode ser preventivo ou repressivo.

O controle preventivo é aquele realizado antes do aperfeiçoamento do ato normativo. É, por exemplo, o controle de constitucionalidade do projeto de lei, realizado pelo próprio órgão legislativo.

⁸⁹ MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. p.1008.

Já o controle repressivo é associado ao modelo de controle jurisdicional, que permite a instauração de processo para averiguar a constitucionalidade do ato normativo somente após a sua promulgação, ou entrada em vigor.

No Brasil, adota-se estes dois momentos para a averiguação da inconstitucionalidade, temos um controle político preventivo, e um controle jurisdicional repressivo.

Assim, expostas estas espécies de inconstitucionalidade, e os modos como podem ser atacadas, focaremos o próximo capítulo no controle judicial das omissões legislativas. E em seguida, abordaremos a questão dos legitimados ativos destas vias, em especial o Ministério Público, tendo em vista seu status constitucional.

4. VIAS PROCESSUAIS DE CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

José Joaquim Gomes CANOTILHO, desde seus primeiros estudos, já afirmava que

“a lei constitucional impõe-se como determinante heterônoma superior e como parâmetro da constitucionalidade não só quando o legislador atua em desconformidade com as normas e os princípios da constituição como quando permanece inerte, não cumprindo as normas constitucionalmente impositivas de medidas legislativas necessárias para a concretização da lei fundamental”⁹⁰.

Neste mesmo sentido, Daniel SARMENTO afirma que

Uma das formas mais insidiosas de se frustrar a efetividade da Constituição consiste na inércia do Poder Público em regulamentá-la. Sobretudo as Constituições editadas na segunda metade do século XX, inspiradas na ideologia do Estado do Bem-Estar Social, reclamam com freqüência a integração, pelo legislador, de seus comandos dotados de eficácia limitada. Quando o legislador silencia, ou ainda, quando disciplina o preceito constitucional carente de regulamentação de modo incompleto ou insuficiente para o atingimento do escopo perseguido pelo constituinte (omissão parcial), ocorre também violação à Constituição⁹¹.

Isto nos confirma que, ainda que a inconstitucionalidade de atos legislativos seja a mais estudada e a mais notada, a inconstitucionalidade por omissão já era debatida antes mesmo da CF de 1988.

Destas discussões, resultou a inserção de dois instrumentos específicos para que a inconstitucionalidade por omissão do poder público fosse sanada: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Além destes dois remédios jurídicos, há ainda a arguição de descumprimento de preceito fundamental como modo de se suprir a omissão legislativa do poder público. Omissões estas que, mais do que desconsiderarem o texto constitucional, desconsideram os fins a que o estado brasileiro como um todo se dispôs a ter para com a sociedade. E, por fim, há ainda a ação civil pública, cuja inegável presença e repercussão social, como modalidade

⁹⁰ CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 919.

⁹¹ SARMENTO, Daniel. **Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Júris, 2001. p.100.

difusa de controle de constitucionalidade, tem conferido efetividade a direitos que não estão bem previstos em lei.

Nas palavras de Luis Roberto BARROSO

A inconstitucionalidade por omissão, como um fenômeno novo, que tem desafiado a criatividade da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores, é a que se refere à inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais. Como regra, legislar é faculdade do legislador. A decisão de criar ou não lei acerca de determinada matéria insere-se no âmbito de sua discricionariedade ou, mais propriamente, de sua liberdade de conformação. De ordinário, sua inércia ou sua decisão política de não agir não caracteriza comportamento inconstitucional. Todavia, nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da situação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão.⁹²

Quando a Constituição seleciona direitos para proteger, estes se tornam exigíveis pelos cidadãos daquele Estado. A respeito disso, Tereza Arruda Alvim WAMBIER⁹³ afirma que de nada adianta a Carta Magna afirmar que protege determinados direitos se estes não puderem ser eficientemente defendidos pela via processual, contra quem quer que os ameace ou efetivamente os viole. Assim, a concretização destes tais direitos fundamentais materiais depende da existência de instrumentos também de índole constitucional, embora não estejam excluídos da proteção pelas vias ordinárias (previstas no Código de Processo Civil, por exemplo).

Estas ações ditas constitucionais, porque previstas expressamente no texto da Constituição e porque tutelam direitos fundamentais constitucionais, adquirem status diferenciado, geralmente tem procedimento célere, comportam concessão de liminar e antecipação de tutela em alguns casos, e até apelação da decisão de mérito sem efeito suspensivo. O objetivo destes procedimentos depende do tipo de omissão inconstitucional que pretendem atingir.

Gilmar Ferreira MENDES afirma que o STF

parte da idéia de que a chamada omissão legislativa envolve não só casos em que o legislador permaneceu absolutamente inerte (omissão total), como também os casos em que cumpriu, de maneira insatisfatória ou imperfeita, a tarefa que lhe foi confiada pelo constituinte. Constituem, portanto, hipótese

⁹² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva: 2009. p.223

⁹³ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Introdução – Reflexões sobre as Ações Constitucionais e sua Efetividade*. In: DIDIER Jr. Fredie. **Ações Constitucionais**. Salvador: Podvm, 2006. p.1-4.

de omissão legislativa aqueles casos nos quais se identifica a presença de uma norma imperfeita.⁹⁴

Feita esta diferenciação, Luis Roberto BARROSO entende que elas devem ser atacadas de modos distintos.

Este autor afirma que existem 3 possibilidades de atuação judicial quando há uma omissão total:

- (a) reconhecer auto-aplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente;
- (b) apenas declarar a existência de omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la;
- (c) não sendo a mora auto-aplicável, criar para o caso concreto a regra faltante⁹⁵.

BARROSO⁹⁶ explica que, na primeira hipótese, tendo a norma constitucional uma densidade razoável, o tribunal poderá reconhecer a sua aplicação imediata, sem a necessidade de ser editada norma regulamentadora. Neste caso, é comum que o tribunal defira um prazo razoável para que o responsável legislativo supra a omissão. Persistindo a lacuna, o próprio tribunal tem condições de decidir o caso concreto, tornando auto-aplicável a norma constitucional.

O mesmo autor⁹⁷ afirma que a segunda hipótese é a prática comum do direito brasileiro. Por não ser possível declarar a nulidade de uma lacuna, apenas se declara a inconstitucionalidade da omissão, e constitui-se o legislador em mora

Já na terceira hipótese, segundo BARROSO⁹⁸, embora seja a mais eficiente para a tutela dos direitos subjetivos envolvidos, é a menos comum, porque implica em várias atitudes do judiciário. Primeiro declara-se a inconstitucionalidade da omissão, em seguida a mora do legislador, e, por fim, o tribunal formula a norma faltante que seja necessária para a resolução da controvérsia judicial, valendo-se da fórmula do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, utilizando a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

E, por fim, em se tratando de omissão inconstitucional parcial⁹⁹, Luis Roberto BARROSO também considera 3 possíveis linhas de atuação do judiciário diante do problema:

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.249

⁹⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. p.35.

⁹⁶ Ibidem. p.35.

⁹⁷ Ibidem. p.36.

⁹⁸ Ibidem. p.36

⁹⁹ Luis Roberto BARROSO entende que há de 2 espécies de omissões inconstitucionais parciais: a primeira delas é quando a lei editada apenas regula de modo deficiente ou insuficiente o direito constitucional que lhe serviu de base; e a segunda é quando esta lei exclui de seu âmbito de incidência determinada categoria que nele

- (a) a declaração de inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação;
- (b) a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias;
- (c) a extensão do benefício à categoria dele excluída¹⁰⁰.

Segundo o autor¹⁰¹, a primeira solução, ainda que constitucional, seria prejudicial para todos, caso a norma criada que beneficiou parcela da população fosse anulada, porque universalizaríamos a situação desvantajosa. Porém, se a nova norma criasse um ônus para parcela da população, esta seria a solução mas eficaz.

A segunda possibilidade é a adotada no Brasil em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porém não se fixa prazo para que o legislador responsável tome estas providências.

E para BARROSO, a terceira hipótese seria a mais justa, todavia ela esbarra no princípio da separação dos poderes, da legalidade, no orçamento público e na reserva do possível. O STF inclusive tem uma súmula que veda esta possibilidade, é a súmula 339, cuja redação afirma que “não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. No entanto, embora este seja o posicionamento da nossa corte suprema, Luis Roberto BARROSO¹⁰² acredita que haveria a possibilidade de este ser o nosso entendimento mais comum em sede de omissões parciais, porque bastaria que definíssemos um prazo ou uma condição para que o benefício fosse estendido a todos, como por exemplo, o exercício financeiro seguinte – o que manteria a separação dos poderes e o orçamento, e a supremacia da CF e o princípio da isonomia.

Já Clèmerson Merlin CLÈVE¹⁰³ tem pensamento discordante de Luis Roberto BARROSO, porque entende não serem adequadas as soluções que propõem a extensão do benefício para todos os excluídos, nem a decretação de nulidade do benefício para os que o alcançaram, porque ambas as situações trazem prejuízos, para os cofres públicos, por exemplo, ou para os beneficiários iniciais.

deveria estar inserida, privando-a de um benefício, violando o princípio da isonomia. (in: BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. p.37-38). Clèmerson Merlin CLÈVE localiza este segundo grupo de omissões parciais nos casos de “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”. (in: CLÈVE.C.M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. atual. ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.54)

¹⁰⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. p.37.

¹⁰¹ Ibidem. p.37

¹⁰² Ibidem. p.38.

¹⁰³ CLÈVE.C.M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. atual. ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.54

A partir destas considerações, analisaremos algumas ferramentas constitucionais utilizadas tanto para o controle abstrato quanto para o controle concreto da inconstitucionalidade por omissão.

4.1. Controle difuso

Como já mencionado no tópico sobre modalidades de controle de constitucionalidade, o modelo difuso teve origem no caso *Marbury v. Madison*, cujo desfecho atribuiu supremacia ao texto Constitucional, quando houvesse, num caso concreto, conflito entre a aplicação de uma lei ou da Constituição. Diferentemente do nosso sistema, esta supremacia decorreu da jurisprudência norte-americana, e não de uma proposta dos constituintes.

O controle difuso se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1891, e também é denominado de controle pela via incidental (defesa ou exceção), ou controle de constitucionalidade concreto, pois se verifica no curso de uma ação judicial, prejudicialmente ao exame do mérito.

Este controle pode ser realizado por qualquer juízo ou tribunal do poder judiciário, das partes pode querer a aplicação de uma lei, com base em seu direito subjetivo, e a outra parte se defender alegando a inconstitucionalidade da referida lei, ou ainda a inconstitucionalidade pode ser percebida de ofício pelo juiz da causa, ou a pedido do Ministério Público.

Verificando-se a existência deste incidente, suscita-se uma questão de ordem, e a análise da constitucionalidade da norma é remetida ao pleno ou ao órgão especial do tribunal, por esta razão existe o artigo 97 da CF. Pela mesma questão de ordem é que este incidente pode chegar a tribunais de segunda instancia, ou ao STF.

A inconstitucionalidade assume, então, uma forma de questão prejudicial, cabendo ao órgão julgador decidi-la prioritariamente, pois só assim a questão de mérito poderá ser resolvida. Celso Ribeiro BASTOS afirma que a decisão “não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre a questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito, [e] tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada”¹⁰⁴ no caso concreto. Em outras palavras, é possível que uma lei seja considerada inconstitucional num referido caso, e por isso deixe de ser aplicada naquela situação.

¹⁰⁴ BASTOS. C.R. *Curso de Direito Constitucional*. p.59.

De início, a redação do artigo 97 da CF causou polêmica, pois conforme o referido artigo somente pelo voto da maioria absoluta dos membros do órgão julgador especial, podem os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Todavia, ainda que exista a súmula vinculante n. 10 do STF¹⁰⁵, prevalece hoje o entendimento que, havendo decisão do órgão especial ou do pleno do tribunal, ou do STF sobre a matéria, dispensa-se o procedimento do artigo 97 da CF, permitindo que o próprio juiz da causa aprecie a controvérsia constitucional.

A princípio, o controle difuso de constitucionalidade emite sentença que vincula apenas as partes do processo inicial, não estendendo seus efeitos para outras pessoas que não participaram da referida ação. É também sentença que torna a lei nula desde a sua edição, impedindo a sua aplicação ao caso concreto e também caçando todas as conseqüências de sua utilização, produzindo, portanto, efeitos *ex tunc* (retroativos).

Entretanto, sendo a lei declarada inconstitucional pela interposição de recurso extraordinário junto ao STF, e ocorrendo o procedimento do artigo 97 da CF (ou o caso de sua dispensa, pelos motivos acima expostos), é caso de aplicação do artigo 178 do Regimento Interno do STF, cuja redação determina que logo após a decisão, a autoridade ou o órgão interessados na causa devem ser comunicados, bem como o Senado Federal após o trânsito em julgado, para os efeitos do artigo 52, X da CF:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

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

Entende-se que, após esta suspensão da lei¹⁰⁶, o conteúdo da sentença passa atingir todas as pessoas, pois, uma vez publicada a resolução do Senado Federal sobre a matéria na Imprensa Oficial, ela vinculará a todos, passando a possuir efeitos *erga omnes*, porém não retroativos (*ex nunc*).

Ocorre que, por entendimento do próprio STF¹⁰⁷, o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, nos moldes do art. 52, X da CF (por força do princípio da separação dos poderes), e, desse modo, não havendo suspensão pelo Senado Federal, a lei continua válida e eficaz, só se tornando nula no caso concreto, em razão de sua não aplicação, pois, originariamente, o efeito *erga omnes* só

¹⁰⁵ **Súmula Vinculante n. 10 do STF:** Viola a cláusula de reserva do plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

¹⁰⁶ A lei declarada inconstitucional pelo STF, de modo incidental, no controle difuso de constitucionalidade, pode ser federal, estadual ou municipal.

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. p. 1080.

foi previsto para o controle concentrado e para a súmula vinculante, e, no caso do controle difuso, somente após a atuação (discricionária e política) do Senado Federal.

Este procedimento descrito acima se aplica quando há norma para ser aplicada ou desconsiderada. Não existindo norma jurídica para o caso em análise, não se pode falar em declaração de inconstitucionalidade da norma, mas sim em declaração de inconstitucionalidade da omissão do poder público em não legislar sobre determinada matéria.

Assim, surgem algumas perguntas: a respeito da sentença, que inicialmente tem efeitos inter partes, mas pode ser estendida a todos se assim entender o Senado Federal, como seria a repercussão de uma sentença válida para todos que declara a mora legislativa. Será que há interesse do Senado Federal em divulgar sua própria inércia legislativa, caso seja o legislador constitucional para aquele caso? Não cairia esta ação no mesmo impasse das demais ações concentradas de controle da omissão inconstitucional?

Contudo o que se sabe é que as ações que tratam de omissões legislativas a partir de um caso concreto acabam por ter uma sentença mais prática, porque solucionam diretamente o pedido. Ao passo que, nas ações abstratas, que atacam leis em tese, as sentenças tem um maior distanciamento dos casos concretos.

Dessa forma, estuda-se a possibilidade da utilização da ação civil pública para as situações em que não há normas regulamentadoras dos direitos constitucionais, principalmente porque suas sentenças discutem a procedência do pedido em primeiro plano, e incidentalmente o controle de constitucionalidade. Ou seja, a opção pela ação civil pública, que não é proibida expressamente no ordenamento jurídico, corrige a omissão normativa no caso concreto e não para todas as pessoas que estejam na mesma situação. Seu objetivo é conferir efeitos práticos na determinada circunstância, principalmente quando o pedido é baseado em direito constitucional que não pode ser plenamente usufruído porque não há norma regulamentadora específica para o caso. Nestas situações, mais do que identificar e corrigir as eventuais inconstitucionalidades decorrentes de omissão do poder público, a ação civil pública é instrumento para que as partes consigam a tutela jurisdicional efetiva para o seu pedido.

É pacífico o entendimento sobre a possibilidade de se usar a ação civil pública como meio de se preencher a lacuna legal no caso concreto, mas é impossível que ela seja utilizada única e exclusivamente para atacar a (falta de) lei, como se verá a seguir. A polêmica se configura, todavia, em relação ao direito que pode ser tutelado pela via da ação civil pública quando via para o controle da omissão inconstitucional, se apenas os coletivos e difusos, ou também os individuais homogêneos.

4.1.1. Ação Civil Pública: a efetividade no caso concreto

Marcelo Abelha RODRIGUES¹⁰⁸ considera que a ação civil pública está entre as armas cíveis mais potentes previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Nas palavras do autor

É que, por ser um remédio propício à tutela de direitos de uma coletividade que raramente era assistida pelo Estado (direitos estes relacionados ao cotidiano de todos nós, tais como problemas ambientais, políticos corruptos, lides de consumo), era de se esperar que a ação civil pública realmente assumisse o papel de remédio mais importante de resgate da justiça social. É certo também que, embora com alguns excessos aqui e acolá (que precisam ser punidos e coibidos), o Ministério Público tem tido um papel imprescindível – corajoso e competente – no uso desta arma tão poderosa. (...) [Pois] mais que um conjunto de técnicas processuais, a Lei 7.437/85 consagra o resgate e esperança de uma justiça mais digna (...) ¹⁰⁹.

Isso ocorre porque as tutelas coletivas, de modo geral, têm ganhado espaço, embora não sejam totalmente livres de impasses em relação a sua legitimidade, tramitação, ou sentença. Neste sentido, afirma Sérgio Cruz ARENHART¹¹⁰ que as ações coletivas (dentre as quais pode-se incluir a ação civil pública) tornaram-se um “mecanismo de participação da sociedade na administração da coisa pública”. Para este mesmo autor, “é inquestionável o poder que estas ações civis públicas têm para determinar alterações em condutas daqueles que, eventualmente, são postos no pólo passivo deste tipo de demanda”¹¹¹, principalmente porque estas referidas ações buscam a implementação de certos direitos constitucionais ou pretendem impedir o Estado de realizar algo de seu interesse.

No entanto, ainda que este instituto seja muito poderoso, pelo entendimento do STF, como regra geral,

“a ação civil pública não pode ser ajuizada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, pois, em caso de produção de efeitos erga omnes, estaria provocando verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade, usurpando competências do STF”¹¹²

¹⁰⁸ Para este autor, a ação civil pública, legitimada pelo Ministério Público, está para a coletividade da mesma forma que o mandado de segurança, para o indivíduo. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Ações constitucionais**. 2006. p.265.

¹⁰⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ações civis públicas*. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Ações constitucionais**. 2006. p.265.

¹¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/258991/As-a%C3%A7%C3%B5es-Coletivas-Eo-Controle-Das-Pol%C3%ADticas-P%C3%BAblicas-Pelo-Poder-Judici%C3%A1rio>. Acesso em: 27.out.2010. p.1

¹¹¹ *Ibidem*. p.1

¹¹² STF, Rcl 633-6/SP, Ministro Franciso Rezek, DJ de 23.09.1996, p.34945.

Para o STF, no entanto, apenas quando a via da ação civil pública é a única capaz de chegar a resultados que o controle concentrado não consegue, por se tratar, por exemplo, de pedido sobre bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido (de ordem patrimonial), é possível sim que este meio processual seja utilizado para se declarar incidentalmente a inconstitucionalidade, e os efeitos da sentença configurarem-se apenas inter partes. Nesta situação, a inconstitucionalidade representaria um incidente na causa principal, e por isso, admite-se o uso da ACP, conforme decisão do ministro Celso de MELLO¹¹³:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.

No mesmo julgado, Celso de MELLO afirma que

(...) nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei n. 7.347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas, sim, seu controle difuso ou incidental. (...) assim como ocorre nas ações populares e nos mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas.

Como mostrado, entende-se que o STF refuta a utilização da ação civil pública como instituto do controle concentrado de constitucionalidade, porém admite seu emprego em sede de controle difuso¹¹⁴.

Entretanto, esta permissão do uso da ação civil pública no controle difuso de constitucionalidade se limita pela natureza do direito protegido. Ao mesmo tempo em que o STF¹¹⁵ não admite ação civil pública para a proteção de direitos coletivos e difusos (pois

¹¹³ Ministro Celso de Mello. Rcl 1.733-SP (medida liminar), DJ de 1º de dezembro de 2000 – Informativo do STF n.212.

¹¹⁴ Uadi Lammêgo Bulos, neste sentido, leciona que “como a ação civil pública, quando intentada no caso concreto, só surte efeito entre as partes, nada obsta que seja utilizada como sucedâneo do controle difuso, para fins de defender, tão-somente, direitos subjetivos dos interessados, no curso de uma questão prejudicial, supostamente contrária à Carta Maior”. (in: BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**, p.127).

¹¹⁵ Expõe, também, Luis Guilherme MARINONI, que há diferença no tratamento da coisa julgada quando o direito tutelado é difuso, coletivo ou individual homogêneo. Devido à natureza difusa ou coletiva do direito, os efeitos da decisão da ação civil pública, como acima mencionado, ultrapassam a vinculação das partes porque o

produziria efeitos erga omnes), ele aceita o uso do referido instituto para a proteção dos direitos individuais homogêneos.

O STF¹¹⁶ justifica esta diferenciação porque os direitos individuais homogêneos, definidos pelo art. 81, § único, III do CDC, produzem decisão com efeitos que atingem apenas um grupo de pessoas, e não a coletividade, sem, portanto, usurpar a finalidade principal do controle concentrado, que é produzir efeitos erga omnes. Dessa forma, qualquer ação civil pública que trate de direitos difusos ou coletivos na qual se verifique um incidente de inconstitucionalidade será extinta sem o julgamento do mérito, pois a decisão ali proferida teria efeitos erga omnes, alcançando a todos, partes ou não do processo, “como se a ação civil pública se convertesse em uma autêntica ação direta de inconstitucionalidade, algo intolerável pela Constituição Federal de 1988”¹¹⁷.

Diante destas considerações acerca da inidoneidade da ação civil pública como instrumento do controle difuso de constitucionalidade, pode-se ainda acrescentar alguns argumentos.

Primeiramente, de acordo com Arruda ALVIM¹¹⁸, é comum que ações civis públicas sejam propostas de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência quase que exclusivamente contra um ou mais dispositivos legais, diferentemente do que pressupõe o controle difuso, iniciado em uma ação que não objetivava, inicialmente, a declaração da inconstitucionalidade da norma e a sua conseqüente não aplicação. Gilmar MENDES¹¹⁹ sobre este ponto afirma que:

Ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que na ação civil pública ficar evidente que a medida ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo de uma impugnação direta de lei, (...) e na jurisprudência do STF não se admite ação que se intitula ação civil pública, mas, como decorre do pedido, é em realidade verdadeira ação direta de inconstitucionalidade

direito tutelado é essencialmente indivisível, proporcionando à coisa julgada efeito erga omnes. Ao passo que nas ações que tutelam direitos individuais homogêneos, a sentença vincula as partes do processo, e a sua coisa julgada pode ser estendida apenas aos que estão na mesma situação ainda que não tenham integrado um dos pólos da ação. (in: MARINONI, Luis Guilherme. **Curso de Processo Civil**. V.5 – Procedimentos Especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009).

¹¹⁶ Neste sentido dois julgados: (1) STF, Pleno. Rcl. 597/SP. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Néri da Silveira, julgado em 03/09/1997. (2) STF. Rcl. 663-6/DF. Rel. Min. Nelson Jobim. DJ n.1 de 13/10/1997, p.51467.

¹¹⁷ STF. Rcl 554-2-MG, Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ n.1 de 26 de novembro de 1997, p. 61678.

¹¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**, p.239-240

¹¹⁹ Ibidem. p.240.

Ademais, dentre os requisitos processuais, a ação civil pública tem o rol dos seus legitimados ativos no artigo 5º da lei 7.347/85:

Art. 5º da Lei 7.347/85: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Observa-se que a parte ativa neste procedimento não atua na defesa de seus próprios interesses, mas defende interesse público devidamente caracterizado. Dentre estes legitimados está o Ministério Público que se configura como o principal autor desta ação constitucional, pois é o órgão que mais se manifesta dentre os legitimados do referido artigo.

Acrescenta-se, no entanto, que uma polêmica surgiu em relação a legitimidade do Ministério Público. Luis Guilherme MARINONI¹²⁰ defende uma interpretação sistemática dos dispositivos atuais (CF, Lei da Ação Civil Pública (L. n.7.347/85) e CDC), e entende que mesmo sem constar expressamente no art. 129, III da CF, o MP tem legitimidade para propor ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, por previsão expressa do CDC no art. 82, I, e por autorização em lei específica (art. 6º XII da LC 75/1993). Mesmo infraconstitucionais estas determinações, elas não são inconstitucionais, porque a própria CF permite a ampliação da competência do MP por força do seu art. 129, IX. A única ressalva que se faz é em relação à relevância social do direito individual homogêneo a ser defendido pelo Ministério Público – não é qualquer direito individual homogêneo que pode ser defendido pelo MP, é necessário que sejam interesses sociais ou individuais disponíveis (art. 127, caput, CF).

Ainda sobre a legitimação, seria inadmissível que a inconstitucionalidade de uma lei fosse suscitada através de uma ação que, supostamente, tem efeitos como o de uma ação do controle abstrato, por um legitimado que não constasse no rol do artigo 103 da CF¹²¹.

¹²⁰ MARINONI, L. G. **Curso de Processo Civil**. V.5 – Procedimentos Especiais.p.303-304.

¹²¹ Dentre os legitimados a propor ações diretas de inconstitucionalidade estão: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da

Com relação aos efeitos da sentença e extensão da coisa julgada da ação civil pública, conforme a redação do artigo 16 da lei 7.347¹²² (Lei da Ação Civil Pública) poder-se-ia deduzir que a eficácia erga omnes da decisão seria equiparada à eficácia da decisão da ação direta de inconstitucionalidade, geral e irrestrita, principalmente porque, pela análise dos legitimados ativos, é insustentável a tese de que os efeitos da decisão da ação civil pública ficam limitados às partes referidas no processo. Por esta razão, a jurisprudência do STJ afirma que “a ação civil pública não pode servir de meio para a declaração, com efeito erga omnes, de inconstitucionalidade de lei”¹²³.

Além disto, seria possível deduzir que haveria usurpação da competência reservada ao STF, tendo em vista este efeito erga omnes ter sido atribuído à decisão da ação civil pública, cuja força seria equiparada à da decisão proferida pelo STF no controle direto de constitucionalidade, que ataca a validade da lei em tese, e não em uma relação jurídica concreta.

Aliás, conferindo à ação civil pública possibilidade de controle da constitucionalidade, outorgar-se-ia ao juiz ordinário sentença com poderes que a Constituição não assegura nem ao STF, pois, como mencionado, a decisão de inconstitucionalidade proferida por este tribunal tem inicialmente efeitos inter partes e depende de atuação não obrigatória do Senado Federal para ter eficácia erga omnes. A incompatibilidade deste instituto está justamente no fato de que a sentença proferida pelo juiz de primeiro grau não depende de aprovação do Senado Federal para atingir seu efeito erga omnes, porque, naturalmente, devido à natureza extraordinária dos legitimados, os efeitos já seriam para além das partes processuais.

Haveria, por força do mesmo dispositivo legal, o artigo 16 da lei da ação civil pública, quebra da unicidade da legislação, destinada a ter validade e eficácia em todo o território nacional, caso a sentença fizesse coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença, assumindo, portanto, a existência de decisões contraditórias e de dispositivos inconstitucionais em parte do território e constitucionais nas demais áreas. Neste posicionamento, Luiz Fabião GUASQUE cita duas possibilidades acerca dos efeitos da sentença e a autoridade da coisa julgada das ações civil públicas:

República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹²² **Art. 16 da Lei 7.347/85** - A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

¹²³ STJ, DJU de 16.08.1999, p.58, REsp 21.2540-MG, Rel. Min. José Delgado.

- (a) ou a inconstitucionalidade é declarada localmente “tão somente na área de competência do juiz”, e, aplicando-se erga omnes, cria um “Direito substantivo estadual diferente do nacional” e viola a Constituição que estabelece a unidade do Direito substantivo, havendo até a possibilidade de se criar um direito específico aplicável em determinada localidade, e não em todo o Estado, quando a área de jurisdição do Juiz Federal é inferior à do Estado, situação que ocorre no Estado do Paraná;
- (b) ou a inconstitucionalidade é declarada pelo magistrado de primeira instância, para ter efeitos no plano nacional e há usurpação, pelo Juiz, da função do Supremo Tribunal Federal.¹²⁴

Em síntese a este entendimento, Gilmar MENDES¹²⁵ afirma que mais do que conseqüências processuais, há uma dimensão política que impede a aceitação sem reservas da ação civil pública como modalidade do controle de constitucionalidade.

Em sentido oposto, Luis Roberto BARROSO¹²⁶ discorda desta posição majoritária, afirmando que a ação civil pública não será nunca processo objetivo, pois sempre haverá partes determinadas, e um pedido, que em hipótese alguma se confunde com a declaração de inconstitucionalidade. O objeto imediato é a providencia jurisdicional suscitada e o objeto mediato é o bem jurídico pretendido. O argumento da usurpação da função também não procede, pois nosso ordenamento, em alguns casos, admite várias vias processuais (conseqüentemente, com competências diversas) para satisfazer uma pretensão, umas mais lentas e outras mais céleres e adequadas. Em relação aos legitimados, inteligência do ordenamento ter atribuído a pessoas diferentes a titularidade de ações diversas, mas que podem chegar a resultados semelhantes, pois haveria inconstitucionalidade se alguém, impedido de propor a ação direta de inconstitucionalidade, que sofresse lesão ou ameaça a seu direito e que pudesse propor a ação civil pública fosse impedido devido aos efeitos da sua sentença. Quando ao fundamento da quebra da unicidade do sistema, ele também é improcedente para este autor, pois os tribunais decidem conflitantemente todos os dias, e esta não seria uma hipótese extraordinária que justificasse a sua proibição. E por fim, a questão da eficácia geral (erga omnes) de eventual decisão incidental de inconstitucionalidade proferida em sede de ação civil pública, o autor se baseia no seguinte julgado do STF:

Desta forma, em se tratando de pessoas identificáveis, com direitos individuais homogêneos, a que se refere o inciso III, do art. 81, da Lei

¹²⁴ GUASQUE, Luiz Fabião. *O controle cautelar de inconstitucionalidade nas ações diretas de interesse difuso*. In: **Livro de Teses: O Ministério Público social** – 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1999. v.2. Tese 47. p.368

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. p.1098.

¹²⁶ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. p.242-244.

8.078/90, a decisão só alcança este grupo de pessoas, cabendo adaptar, para o caso concreto, o alcance do efeito erga omnes desta decisão, tal como previsto do ar. 16 da Lei 7.347/85, não se confundindo o seu alcance com o das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. Situação diversa ocorreria se a ação civil pública estivesse preordenada a defender direitos difusos ou coletivos (incisos I e II do citado art. 81), quando, então, a decisão, teria efeito erga omnes, na acepção usual da expressão, e, aí sim, teria os mesmos efeitos de uma ação direta, pois alcançaria todos, partes ou não, na relação processual, estabelecida na ação civil pública¹²⁷

Luis Roberto BARROSO conclui seu posicionamento afirmando que

Sendo a parte, a causa de pedir e o pedido legítimos e bem fundados, o fato de eventualmente o efeito prático da decisão na ação civil pública coincidir com a declaração erga omnes de inconstitucionalidade não infirma o seu cabimento. Trata-se de uma coincidência, não de usurpação, dissimulação ou qualquer outro vício. No processo de ação civil pública ou coletiva, a aferição da constitucionalidade de determinada norma se faz de modo difuso. O juiz atua para solucionar o caso concreto que lhe é submetido, consistindo a apreciação da constitucionalidade ou não da norma em mera questão prejudicial, que vai subordinar logicamente a decisão a ser proferida de acordo com o pedido formulado. O objeto da ação não é a pronúncia de inconstitucionalidade, e sim a solução do conflito de interesses. A questão da constitucionalidade não faz coisa julgada porque, como se disse, a manifestação do órgão jurisdicional sobre a constitucionalidade da norma é questão prejudicial, cuja apreciação, decidida incidentalmente no processo, não faz coisa julgada, a teor do artigo 469, III do Código de Processo Civil. Logo, não há como atribuir-lhe efeitos erga omnes, que se limitam à parte dispositiva da sentença. (...) Penso que em ação civil pública ou coletiva é perfeitamente possível exercer controle incidental de constitucionalidade, certo que em tal hipótese a validade ou invalidade da norma figura como causa de pedir e não como pedido. É indiferente para tal fim, a natureza do direito tutelado – se individual homogêneo, difuso ou coletivo –, bastando que o juízo de constitucionalidade constitua antecedente lógico e necessário da decisão de mérito¹²⁸.

Entretanto, todas as considerações feitas pela doutrina e pela jurisprudência acerca da possibilidade de utilização da ação civil pública restringem-se a analisar as modalidades de inconstitucionalidade por ação, e não por omissão.

Isto nos leva a concluir que, em sede de controle de constitucionalidade por omissão, a possibilidade de se usar a ação civil pública é praticamente não estudada, muito embora, no cotidiano dos tribunais, seja comum encontrar ação civil pública que se depara com a omissão normativa sobre a matéria do pedido, e com sentença favorável à parte que antes era prejudicada pela falta de norma, pois a decisão proferida é de natureza mandamental

¹²⁷ STF, DJU de 26.11.1997, Rcl 554-MG, Rel. Min. Mauricio Corrêa.

¹²⁸ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** p.245-246.

ou, na maioria dos casos, condenatória, adequada a realidade do pedido, em sentido diverso do que a norma ou a ausência de norma pré-dispunham.

Este tratamento tímido da doutrina pode, supostamente, ser explicado por dois motivos: primeiro, pelo receio que se tem do papel do juiz legislador, frente a todas as omissões do poder legislativo, e segundo, porque que o STF, por fatores ideológicos, prefere ter competência exclusiva para tratar das inconstitucionalidades por omissão, principalmente porque a regulamentação da omissão inconstitucional é recente em nosso ordenamento.

4.2. Controle concentrado

Amplamente valorizado na Constituição de 1988, trata-se de controle exercido praticamente em monopólio pelo órgão de cúpula do poder judiciário, o STF. Magistrados e tribunais¹²⁹, em regra, não detêm competência para julgar as ações diretas de inconstitucionalidade.

As ações da modalidade concentrada de controle, em regra, regulam-se pelo processo objetivo, que segue regras próprias, diferentes daquelas atinentes ao processo ordinário, comum ou subjetivo. Apenas na hipótese do mandado de injunção que situações concretas, peculiares do controle difuso, são submetidas a sua apreciação.

Assim, pode-se dizer que o controle realizado pelo Supremo tem duas frentes de atuação: uma predominante, que realizada sobre leis em abstrato, questionando tanto aspectos formais quanto materiais das normas em face da CF, não servindo para atingir, a priori, atos do poder executivo, e outra minoritária, na em que se analisa casos concretos, devido à essencialidade do direito violado.

O tipo de controle que aprecia a compatibilidade das normas com a CF, sem a necessidade de haver caso concreto em que se discutam interesses próprios das partes, tem sentenças com efeitos que se estendem para além de suas partes litigantes, em regra. Já os processos que tem casos concretos como base tem sentenças com efeitos limitados às partes.

A CF de 1988 (bem como suas emendas e leis infraconstitucionais posteriores a sua promulgação) certamente já é marcada pela valorização desta modalidade de controle de constitucionalidade, pois inovou em muitos aspectos, citados a seguir.

¹²⁹ Dizer que há um monopólio do STF não é totalmente correto. Há ações diretas que também podem ser propostas no STJ, como espécies de mandado de injunção.

Primeiramente, a alteração do artigo 103 da CF, que ampliou a legitimação para a propositura da representação de inconstitucionalidade, pondo um fim ao monopólio do Procurador-Geral da República, e inserindo dentre os legitimados para as ações do controle concentrado, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Em segundo lugar, a possibilidade do controle de constitucionalidade das omissões legislativas, tanto nas formas incidental quanto concentrada, por previsão expressa do art. 103 § 2º da CF, que nos remete ao artigo 5º, LXXI, que trata do mandado de injunção, e também a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, regulamentada pela lei 12.063 de 2009.

Em seguida, nos termos do art. 125 § 2º da CF, cabe aos estados instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Pela primeira vez no texto constitucional, apareceu a figura da argüição por descumprimento de preceito fundamental, citada no art. 102 § 1º da CF. Houve, ainda, a criação da ação declaratória de constitucionalidade, pela emenda constitucional n. 3 de 1993.

E finalmente, a emenda constitucional n. 45 de 2004, que significou visível reforma do judiciário, pois ampliou a legitimação ativa para o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade (igualando aos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, conforme o art. 103 da CF), e estendeu o efeito vinculante da ADC para a ADIN, de acordo com a redação do artigo 28 da lei 9.868/1999, alterada pela lei 12.063/2009.

4.2.1. Mandado de Injunção: típico caso de evolução da jurisprudência dos tribunais

Luis Roberto BARROSO afirma que

O mandado de injunção foi criado pelo constituinte de 1988 em atendimento ao reclamo generalizado pela busca de uma maior efetividade das normas constitucionais que, em regimes passados,

pereciam, desvalidas, por inércia do legislador em regulamentar os direitos dela decorrentes¹³⁰

Este instituto “é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”¹³¹, conforme o artigo 5º, LXXI da CF de 1988.

Seu objeto, como afirma Hely Lopes MEIRELLES, é a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes¹³².

Luis Roberto BARROSO entende ser mais amplo o objeto do mandado de injunção, pois nele

Estão abrangidos todos os direitos constitucionais, sejam individuais, coletivos, difusos políticos ou sociais. Aliás, é precisamente no campo dos direitos sociais que se registram os principais casos de omissão legislativa (...) Dificilmente ocorrerá um caso de impetração de mandado de injunção para asseguramento de liberdades constitucionais, haja vista que elas se traduzem, normalmente, numa abstenção do Poder Público, ou seja, em hipóteses em que a omissão é o comportamento devido¹³³.

Para Gilmar Ferreira MENDES, há dois pressupostos de cabimento do mandado de injunção: (a) existência de direito constitucional referente à liberdades fundamentais, nacionalidade, soberania ou cidadania, e a (b) falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique a fruição desse direito. Se faltar um destes dois requisitos, para a jurisprudência, não é caso de mandado de injunção¹³⁴. Neste sentido temos o julgado da Corte Especial do STJ: MI n.169-DF, do Relator Ministro Félix Fischer, publicado no DJU de 25.03.2002 (p.156).

A partir disto, conclui-se que, o mandado de injunção não serve para qualquer omissão legislativa, ele incide apenas nos casos em que a omissão afeta direito fundamental constitucional. Para o STF também não é possível mandado de injunção para discutir

¹³⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p.247.

¹³¹ MEIRELLES, Hely Lopes e outros. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.287.

¹³² *Ibidem*. p.287.

¹³³ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional...** p.250

¹³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes e outros. *Op. cit.* p.289.

constitucionalidade, ilegalidade ou descumprimento de norma em vigor, pois apenas a falta de norma regulamentadora é que permite a impetração do mandado de injunção¹³⁵.

Também não há cabimento de mandado de injunção quando o dispositivo constitucional assegura direito auto-aplicável¹³⁶, mas desrespeitado. Nesta situação não se fala em necessidade de norma regulamentadora, e, portanto, é imprópria a utilização do instituto em análise¹³⁷.

Além destas situações, não serve o mandado de injunção para os casos em que a norma regulamentadora existe, porém não é respeitada¹³⁸.

O STF também excluiu a possibilidade do uso do mandado de injunção quando a própria Constituição regula provisoriamente a matéria enquanto não for aprovada a lei referida no texto da Carta Magna¹³⁹.

Em outras palavras, o mandado de injunção não foi criado para resolver controvérsias entre normas em vigor, mas somente para “possibilitar o exercício de direito constitucional frustrado pela omissão na edição da norma regulamentadora competente”¹⁴⁰.

Gilmar MENDES, resumidamente, afirma que “o direito resguardado pela via do mandado de injunção é aquele desde logo assegurado pela Constituição, porém pendente de regulamentação. Se a Carta Política faculta ao legislador a outorga de direito, sem ordená-lo, o mandado de injunção é juridicamente impossível”¹⁴¹.

Trata-se, portanto, de remédio constitucional contra a inércia do legislador, de competência originária do STF, quando, conforme o art. 102, I, q da CF, 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 de competência do STF via recurso ordinário para o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, nos termos do art. 102, II, a, da CF. Compete também ao STJ julgar o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, com exceção dos casos de competência do Supremo

¹³⁵ No mesmo sentido: STF, Plenário, MI n.703-9-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, RT 832/154 e SRF, Plenário, AgRgMI n.609-1-RJ, Rel. Min. Octávio Gallotti, RT 785/153.

¹³⁶ Direitos auto-aplicável é aquele cuja carência de norma regulamentadora não impede seu exercício e fruição.

¹³⁷ TJMG, MI n.07, Rel. Min. Bernardino Godinho, RF 325/201.

¹³⁸ STJ, Pet. N.1.309-MA, Rel. Min. José Delgado, DJU de 02.04.2001, p.25.

¹³⁹ MI n.628-8-RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, RT 809/167.

¹⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes e outros. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.290.

¹⁴¹ *Ibidem*. p.290.

Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, segundo o art. 105, I, h, CF. Todavia, o STJ¹⁴² estipulou que não tem competência para julgar mandado de injunção em face de atos de Governador de Estado ou qualquer outra autoridade estadual, pois a sua competência é restrita às autoridades federais, como define a Constituição.

“Portanto, os juízos competentes para julgar o mandado de injunção são o STF e o STJ, remanescendo competência para os demais tribunais e juízos federais ou estaduais, na forma que a lei pertinente vier a dispor”¹⁴³. Ainda que exista essa competência remanescente, para Luis Roberto BARROSO, é claro o objetivo do constituinte de concentrar a apreciação do mandado de injunção nos tribunais, e isto se conclui porque

partindo da premissa de que ele [mandado de injunção] se destina a sanar, para o caso concreto, a omissão legislativa, a concentração da competência nos Tribunais evita a dispersão do poder decisório e permite manter uma uniformidade de critério na integração das lacunas, evitando decisões conflitantes ou não-isonômicas¹⁴⁴.

Pela doutrina e pela jurisprudência, o fato de o mandado de injunção ter sido previsto no artigo 5º da CF, torna-o uma garantia constitucional, o que obviamente enseja a incidência do § 1º¹⁴⁵ deste mesmo artigo, conferindo ao instituto aplicabilidade imediata¹⁴⁶. Em razão disto, desde a data de sua criação, a doutrina e jurisprudência entenderam não ser necessária a criação de outra norma jurídica para regular a utilização do mandado de injunção, pois ele poderia se valer, por analogia, tanto do procedimento do mandado de segurança quanto do procedimento comum ordinário do CPC.

Todavia, reforçando a tese de inércia do poder legislativo – desde a promulgação da CF de 1988, nenhuma legislação específica foi criada para reger o trâmite processual do mandado de injunção, o que abriu espaço para uma aplicação sem discrepâncias das normas pertinentes ao mandado de segurança, fundada na falsa tese de semelhança entre estes dois institutos¹⁴⁷.

¹⁴² Conforme MI n.97-5-RJ, Rel. Min. José de Jesus Filho, RSTJ 56/63.

¹⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes e outros. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.291.

¹⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional...** p.247

¹⁴⁵ **Art. 5º § 1º da CF de 1988** - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p.248

¹⁴⁷ De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, “não se pode confundir o mandado de injunção com o mandado de segurança, visto que os objetivos de cada um são diversos. Toda matéria passível de mandado de segurança não é solucionável por mandado de injunção, e vice-versa. O mandado de segurança protege qualquer lesão a direito individual ou coletivo, líquido e certo; o mandado de injunção protege somente as garantias fundamentais constitucionalmente especificadas na Carta Magna (art. 5º, LXXI da CF), ou seja, relativas ao

Ainda que seja ação cujo julgamento, preponderantemente, ocorre nos tribunais superiores, o mandado de injunção não se enquadra nas hipóteses de controle abstrato de normas. Trata-se de demanda proposta com base em situação concreta de inviabilidade de exercício dos direitos enumerados no art. 5º LXXI, e cujo pedido é a fruição do direito que está sendo prejudicado pela omissão legislativa. Seu procedimento é basicamente documental, seguindo a mesma linha do mandado de segurança.

Seus legitimados, a priori, portanto, são os interessados na norma faltante – pessoas físicas ou jurídicas, que irão se opor à autoridade competente para expedi-la¹⁴⁸. E, ainda que não exista legislação específica, a jurisprudência vem admitindo mandado de injunção coletivo, sendo legitimadas as mesmas entidades às quais a Constituição deu possibilidade de ajuizamento de mandado de segurança coletivo¹⁴⁹, pois a tutela coletiva é a via jurídica adequada para resolver (e evitar) os conflitos inerentes à sociedade de massa. E não há nada que cause efeitos mais generalizados do que a falta de normas. Desta forma o mandado de injunção está atrelado aos processos coletivos para resolver as questões de massa, uma vez que a própria CF de 1988 criou determinadas ações cujos efeitos das decisões judiciais extrapolam os limites das esferas jurídicas individuais das partes¹⁵⁰.

Flávia PIOVESAM¹⁵¹, adepta da teoria da independência jurisdicional e da resolutividade¹⁵², a respeito da coisa julgada do mandado de injunção, ressalva que há possibilidade de cabimento do mandado de injunção para a tutela do direito coletivo, mas não para o difuso. Pois para direitos coletivos, a extensão seria para um grupo determinado ou

exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania [popular] e à cidadania”. Além disto, “o mandado de segurança há que se basear em norma legal, previamente estabelecida, e o mandado de injunção só é cabível por falta de norma pertinente”. In: MEIRELLES, Hely Lopes e outros. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.288 e 293.

¹⁴⁸ Desse modo, por decisão do STF (MI 395-5-PR, Rel. Min. Moreira Alves, RT 691/218), é impossível que Estados sejam legitimados ativos para a impetração de mandado de injunção, pois só o titular do direito ou da liberdade constitucional pode impetrá-lo (STF, Plenário, MI/AgRg n. 595-MA, Rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 169/445), e pelos mesmos fundamentos, o TJMG entendeu que os Municípios também são ilegítimos para impetrar mandado de injunção (conforme decisão do TJRJ, ApC n.13.742/2004, Rel. Des. Marco Antônio Ibrahim, RT 837/328).

¹⁴⁹ Conforme redação do artigo 5º, LXX da CF, o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

¹⁵⁰ O mandado de injunção coletivo, quando impetrado para tutelar direitos intrinsecamente indivisíveis (interesses difusos e coletivos em sentido estrito), tem decisão com efeitos extensíveis a todo o conjunto de pessoas prejudicadas pela omissão legislativa.

¹⁵¹ PIOVESAM, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.p.126

¹⁵² Em síntese, a combinação destas teorias resulta no entendimento de que o magistrado além de formular a norma geral sobre o assunto (que será seguida por todos), deve também resolver efetivamente a lide coletiva proposta.

determinável, diferentemente, no caso dos direitos difusos, que a decisão seria a elaboração de norma geral e abstrata válida para toda a sociedade. Nesta situação, o mandado de injunção confundir-se-ia, até certo ponto, com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e transformaria o mandado de injunção em instrumento de tutela de direito objetivo, para pura e simplesmente eliminar as lacunas no sistema jurídico-constitucional, ao invés de ser instrumento de defesa de direito subjetivo, voltado a viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais sem regulamentação.

De início, a figura do mandado de injunção teria a marca da transitoriedade, pois a medida que as omissões legislativas fossem se extinguindo, o instituto perderia espaço. Não havendo mais lacunas, torna-se desnecessária a impetração do mandado de injunção. Tal remédio constitucional, num primeiro momento, gerou muitas expectativas a respeito do preenchimento destas lacunas legais, o que, na prática, infelizmente, por deficiências dos usuários do referido procedimento, ou pela resistência à inovação dos tribunais, não foi concretizado. O temor dos Tribunais Superiores do uso em cadeia desta ação constitucional para pleito individual pode ter conspirado para o insucesso do mandado de injunção. Isso porque, com medo de serem abarrotados de mandados de injunção para a proteção de direito individuais¹⁵³, resolveram reduzi-lo praticamente à ineficácia, servindo o instituto apenas para a declaração da mora legislativa. Aconteceu que o instituto foi subestimado e o que parecia ser solução se tornou inócuo, tendo em vista a falta de normatividade das decisões do mandado de injunção.

Felizmente, esta desilusão em relação ao instituto tem sido amenizada ao longo dos anos pela evolução da jurisprudência, que anteriormente reduziu praticamente a zero os efeitos do mandado de injunção, mas que hoje já esboça contornos mais práticos e efetivos.

No começo, a sentença de procedência do mandado de injunção era exclusivamente para cientificar o poder público da existência da lacuna, que deveria ser suprida.

Inicialmente, a jurisprudência do STF foi no sentido de considerá-lo uma declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser comunicada ao órgão legislativo inadimplente para que promova a integração normativa do dispositivo constitucional nela objetivado. (MI n.107-DF, Rel. Min. Moreira Alves). Equiparava-se, assim, a injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, posição que foi criticada

¹⁵³ Devido a redação do artigo 5º, LXXI, pode-se entender que o mandado de injunção é meio processual apenas para a tutela individual, justamente porque não se refere aos legitimados extraordinários, típicos das ações concentradas para o controle de constitucionalidade.

por parte da doutrina, para a qual estaria sendo inócua a providência tomada, não alcançada a sua finalidade constitucional (RTJ 135/1)¹⁵⁴.

Passado algum tempo, a Suprema Corte concedeu mandado de injunção não apenas com o fim de reconhecer a existência da omissão, mas ainda “assinando um prazo a fim de que se ultimasse o processo legislativo faltante, sob pena de, vencido o prazo sem prorrogação, passar a requerente a gozar de imunidade requerida nos termos do art. 195 § 7º da CF” (MI n. 232-1-RJ, RDA, 188/155). No julgamento deste mandado de injunção, a maioria dos votos foi no sentido de conferir a imunidade tributária ao impetrante caso a omissão legislativa não fosse sanada dentro do prazo, enquanto que a minoria defendia que o benefício da isenção tributária fosse imediato, persistindo até a criação da norma faltante.

De qualquer modo, tanto a maioria quanto a minoria, pelas suas conclusões, ultrapassaram a fase na qual se identificavam, quanto aos seus resultados práticos, a declaração de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, reconhecendo que este poderia ter, para a parte, efeitos concretos, sujeitos a condição e prazo – no entender da maioria –, ou até imediatos – para a minoria¹⁵⁵.

Juridicamente, esta decisão que comunica a mora e estipula prazo seria adequada, entretanto, não trouxe conseqüências práticas. Os julgados do mandado de injunção foram ignorados pelo Congresso Nacional, que mesmo diante de reiteradas comunicações da Suprema Corte, permanecia em mora legislativa. Notou-se que algo precisava ser feito.

Mais tarde, em outra situação, além da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa, porque o Congresso não elaborou e promulgou lei prevista no art. 8º §3º da ADCT, o STF fixou prazo para que esta legislação fosse aprovada, além de estabelecer sanção previamente não quantificada, caso a decisão não fosse cumprida no tempo determinado, assegurando ao impetrante a “faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem” (MI n.283-5-DF, RTJ 135/882)¹⁵⁶.

Recente mandado de injunção ainda em andamento (MI n.712-PA), sobre greve dos funcionários públicos, tende para autorizar o exercício imediato do direito restringido pela falta de norma regulamentadora (ao invés de conferir prazo para o poder

¹⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes e outros. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.291.

¹⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes e outros. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.295.

¹⁵⁶ *Ibidem*. p.296.

legislativo, e só em seguida, conferir a possibilidade do exercício do direito). Neste sentido, o STF acolheu mais 3 mandados de injunção (MI n. 670-ES, MI n. 708-DF e MI n. 712-PA), proclamando a omissão legislativa e propondo solução prática para a mesma enquanto perdurar a inércia do poder público. “No caso do direito ao exercício de greve pelo servidor público, o Tribunal determinou a aplicação da legislação genérica de greve no que couber (Lei 7.783/89), até que a omissão legislativa venha a ser suprida com a edição da norma que a Constituição determina”¹⁵⁷. Neste caso, a sentença teve perfil aditivo, pois fixou parâmetros institucionais e constitucionais para a apreciação da matéria, além de ter permitido, no que couber, o uso da lei genérica sobre greve, até que a legislação específica seja elaborada. É o que poderia ser chamado de acórdão normativo de aplicabilidade transitória, porque a decisão judicial traz um dispositivo cuja natureza é de uma norma jurídica adaptada ao caso concreto, que somente será aplicado enquanto não houver a regulamentação específica elaborada pelo responsável legislativo. E, por fim, houve ainda o caso do MI n. 721-DF, no qual o STF proferiu sentença verdadeiramente mandamental na concessão do mandado de injunção, permitindo o exercício imediato do direito prejudicado pela norma faltante (tratava-se de aposentadoria especial para servidora do Ministério da Saúde).

Passou a prevalecer, portanto, o entendimento de que a sistemática omissão do Poder Legislativo autoriza o Judiciário a garantir, de alguma forma, o exercício de direitos assegurados na Constituição, sem que isto represente violação ao princípio da separação dos Poderes. Trata-se de garantia mediante regulação provisória do direito, e, portanto, não se configura uma atividade verdadeiramente legiferante do Judiciário. É, porém, indispensável à garantia da eficácia dos direitos constitucionais violados pela inércia do legislador. Se e quando editada a norma específica pelo Congresso Nacional estará afastada a regulação judicial provisória¹⁵⁸.

Várias mudanças podem ser observadas em relação à decisão do mandado de injunção. E,

assim, a partir dos julgados mais recentes, parece caminhar a Corte Suprema para dar novo ânimo ao instituto do mandado de injunção, resgatando-o do certo ostracismo que viveu nos primeiros 15 a 20 anos desde a edição da Constituição Federal de 1988, para transformá-lo definitivamente em instrumento de plena efetividade e eficácia na defesa de direitos fundamentais prejudicados pela inércia do legislador¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Ibidem. p.295.

¹⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes e outros. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.299.

¹⁵⁹ Ibidem. p.296.

Tantas mudanças deixaram dúvidas em relação ao instituto, porém como esclarecida o TJSP:

o mandado de injunção não se destina a constituir Direito novo, nem a ensejar ao Judiciário o anômalo desempenho das funções normativas, que não é sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas dos órgãos estatais inadimplentes. (...) Tampouco serve o mandado de injunção para invadir a área de competência do executivo, decidindo acerca da conveniência e da oportunidade da aplicação do dinheiro público. (...) Noutra linha, porém alguns tribunais estaduais vêm aceitando o mandado de injunção para suprir o vazio legislativo e conferir de imediato ao autor a fruição do direito constitucional afetado pela omissão do legislador¹⁶⁰.

Assim, sintetiza Gilmar Ferreira MENDES, que há várias correntes sobre o mandado de injunção:

Uma entende que o mandado de injunção tem os mesmos efeitos que a declaração de inconstitucionalidade por omissão, sendo este o entendimento do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Curso de Direito Constitucional, 17ed, São Paulo: Saraiva, 1989, p.277); outra entende ser viável a fixação do prazo, e, eventualmente, a previsão da sanção no caso de inadimplemento. Certos autores afirmam que, no mandado de injunção, “o juiz deve estabelecer o modo pelo qual o direito de ser exercido e ordenar o seu cumprimento”. Finalmente, vários autores e alguns magistrados esclarecem que, no mandado de injunção, como no mandado de segurança, o tribunal deve decidir o caso concreto, conforme assinalam o Ministro e Professor Adhemar Ferreira Maciel (...), e José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, 30ed, São Paulo: Malheiros, 2008, p.450)¹⁶¹.

Portanto, atualmente, no julgamento do mandado de injunção, a justiça ou determinará que o órgão competente (do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário) elabore a norma regulamentadora do dispositivo constitucional, ou decidirá concretamente sobre o exercício do direito do postulante, se entender que seja dispensada a norma regulamentadora. Todavia, não é possível que a justiça legisle em nome do Congresso Nacional, porque a CF mantém a independência dos poderes, porém a decisão ordenando as providências cabíveis poderá fixar prazo para o seu cumprimento, quando necessário. É que se busca, ao menos, uma tutela judicial minimamente satisfatória para os casos concretos, como no caso da greve dos servidores públicos, cuja sentença resolveu transitoriamente o problema da omissão legislativa.

¹⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes e outros. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.297.

¹⁶¹ *Ibidem*. p.297.

Ademais, segundo Gilmar MENDES¹⁶², havendo impetração de vários mandados de injunção idênticos a outro já apreciado, entre as mesmas partes, estas novas ações sofrem o impedimento da coisa julgada, e são extintos sem a apreciação do mérito. Nos casos em que a pretensão do impetrante for atendida antes do julgamento do mandado de injunção, este perderá seu objeto. E, havendo revogação do dispositivo constitucional no qual está fundado mandado de injunção ainda não decidido, este também restará prejudicado.

A execução do mandado de injunção será mediante comunicação ao poder, órgão ou autoridade competente para cumpri-la, nos termos da decisão judicial. É a ordem de execução, mandamental, e poderá ser feita de ofício, acompanhada da transcrição completa da decisão a ser cumprida.

A decisão do mandado de injunção não fará coisa julgada erga omnes, mas apenas inter partes, pois somente a norma regulamentadora expedida pela autoridade impetrada poderá ter efeitos para toda a sociedade. Embora o mandado de injunção seja ação concentrada nos tribunais superiores, ele é processo subjetivo, in concreto, tem partes interessadas cujo direito foi ofendido pela inércia legislativa. Dessa forma, a coisa julgada não pode ser estendida a casos análogos, porque o Judiciário não pode legislar, e sim decidir o caso concreto que lhe é submetido a julgamento. Num primeiro momento, o objetivo do mandado de injunção é decidir a omissão no caso concreto, e não as omissões legislativas in abstracto, que são resolvidas apenas num segundo momento, caso a norma regulamentadora venha a existir. Por isto, os efeitos do MI são inter partes, e não erga omnes (como acontece na ação direta de inconstitucionalidade por omissão).

4.2.2. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: inovação ainda prematura

Trata-se de instrumento processual admitido quando há violação a preceito fundamental consagrado na Carta Federal, cuja competência para julgamento é exclusiva e concentrada no Supremo Tribunal Federal independente de sua modalidade (autônoma ou incidental). A princípio questionava-se se as Constituições Estaduais poderiam prever igual instituto para defesa de seu texto legal, o que hoje já é considerado pacífico, pois algumas constituições estaduais prevêm o instituto (ex. Constituições do Estado do Alagoas e do Rio Grande do Norte).

¹⁶² Ibidem. p.300.

A arguição por descumprimento de preceito fundamental foi prevista inicialmente no art. 102, § único da CF de 1988, porém com a emenda constitucional n.3 de 1993, este dispositivo legal foi alterado e a previsão da ADPF foi deslocada para o parágrafo 1º do mesmo artigo, tendo a seguinte redação:

Art. 102, § 1º, CF de 1988 após EC n.3/93 - A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

De 1993 até 1999, este dispositivo legal foi considerado de eficácia limitada, dependente de lei infraconstitucional para regulamentá-lo. Na prática, havia o instituto, que talvez fosse uma solução para as “lacunas imunes ao controle concentrado de constitucionalidade”¹⁶³, porém que ainda não poderia ser apreciado pelo STF, por não haver precedentes no nosso sistema jurídico.

Após anos de estudos e elaboração de projetos, a lei que o dispositivo constitucional menciona foi criada em 1999: a Lei n.9.882, tornando possível a utilização da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Gilmar Ferreira MENDES¹⁶⁴ afirma que este instituto veio complementar o sistema de controle de constitucionalidade concentrado no STF, uma vez que questões importantes, até então excluídas do controle abstrato de normas, agora poderiam ser analisadas pela via deste instituto.

A partir do art. 1º desta lei, observa-se que existem duas hipóteses de cabimento, uma no caput e outra no § único:

Art. 1º - A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

¹⁶³ Às matérias não atingidas pelo controle concentrado, que desde sempre apresentou um rol taxativo de possibilidades, restava apenas o controle difuso. Assim, fez-se necessária a ADPF, que felizmente deu *ênfase à defesa dos preceitos fundamentais*, especialmente nos *casos ainda não amparados pelo controle concentrado de constitucionalidade*, como mecanismo de controle abstrato, para tratar da interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, *do direito pré-constitucional*, da controvérsia constitucional sobre normas revogadas, do controle de constitucionalidade do direito municipal em face da CF, e tantas outras matérias que antes somente poderiam ser tratadas via recurso extraordinário – o que elevava o número de processos idênticos (porque as decisões dos recursos têm eficácia inter partes, diferentemente das *sentenças do controle concentrado de constitucionalidade, cujos efeitos são erga omnes*), provocava a lentidão na resolução de controvérsias constitucionais importantes, e originou o fenômeno jurídico-social chamado de “guerra de liminares”, conforme afirma Gilmar Ferreira MENDES (MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. p.1059).

¹⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes e outros. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.544.

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

Cabe ADPF na modalidade autônoma, típica ação direta de controle concentrado e principal da constitucionalidade, na hipótese prevista no caput deste artigo, para evitar (caráter preventivo do instituto) ou para reparar (caráter repressivo) lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público. Nota-se que nada se fala a respeito de omissões legislativas, nem há restrição aos atos normativos, podendo a lesão resultar de qualquer ato administrativo, inclusive decretos regulamentadores, bastando que exista nexo de causalidade entre a lesão ao preceito fundamental e o ato do poder público. É um controle que se opera de forma direta e imediata sobre a lei ou ato normativo.

Outra modalidade é a ADPF por equiparação, prevista no § único do mesmo artigo, como ação de controle concentrado e incidental da constitucionalidade, quando houver controvérsia com fundamento relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal (e, conseqüentemente, ato normativo distrital), incluído-se também os atos anteriores à Constituição. Nesta situação, já há processo em curso nas vias ordinárias, no qual ocorre a controvérsia, que é suscitada diretamente perante o STF (pulando-se as instâncias intermediárias), cuja decisão beneficiará diretamente interesse ou direito subjetivo de uma das partes do processo. Trata-se de controle concreto de constitucionalidade. Nestes casos, ocorrerá a suspensão do processo inicial até que o incidente seja decidido pelo STF, conforme o art. 5º § 3º da Lei 9.882/99. Assim, enquanto na modalidade autônoma não é necessário haver controvérsia, na modalidade incidental é imprescindível a comprovação de controvérsia judicial relevante¹⁶⁵ desencadeada em outro processo que está tramitando em qualquer outro juízo ou tribunal. Todavia, foi proposta ADIN contra a íntegra da Lei 9.882/99, pelo Conselho Federal da OAB, alegando-se a inconstitucionalidade do art. 1º, § único, I, do art. 5º § 3º, do art. 10, caput e § 3º e do art. 11 da referida lei. Embora esta ADIN não tenha decisão final, ela foi acolhida em partes, ficando suspenso, com efeitos ex nunc até o final da ação, o art. 5º § 3º da lei 9.882/99, o que na prática acaba com a modalidade incidental da ADPF,

¹⁶⁵ Por controvérsia judicial relevante entende-se como estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade de uma lei. Diversas são as situações que ocasionam esta insegurança jurídica, dentre elas: (a) diferentes órgãos passam a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, o que provoca os legitimados do art. 103 da CF, convencidos da constitucionalidade da norma, a provocar o STF sobre a controvérsia instaurada; (b) pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais sobre a legitimidade da norma. Salienta-se ainda que a controvérsia doutrinária não é suficiente para concretizar o estado de incerteza que legitima a propositura da ADPF, uma vez que ela não obsta a aplicação da lei. (in: MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. p.1153)

porque exclui a apreciação pelo STF de controvérsia constitucional relevante que já foi deduzida em processo judicial em curso.

A modalidade autônoma, que resiste e não foi impugnada pela ADIN, recebe esta denominação justamente porque independe de controvérsia, e neste ponto, se aproxima da ação direta de inconstitucionalidade. Por sua vez, a modalidade incidental embora necessite de controvérsia, é extremamente útil, porque é capaz de antecipar decisão do STF sobre questões constitucionais relevantes, que só seria possível, após muito tempo, via recurso extraordinário, caso não existisse a ADPF.

Para Uadi Lammêgo BULLOS,

a finalidade da ADPF é preservar as vigas-mestras que solidificam o edifício constitucional, buscando dar coerência, racionalidade e segurança ao ordenamento jurídico. (...) As hipóteses de seu uso são reduzidíssimas se comparadas aos demais instrumentos de salvaguarda da ordem jurídica. Enquanto as outras formas de controle concentrado servem para discutir violações a normas constitucionais, a ADPF só pode ser ajuizada contra agressão a preceito fundamental¹⁶⁶.

A doutrina entende que os preceitos fundamentais decorrem do texto constitucional, e a identificação destes preceitos compete ao intérprete Constitucional, em especial ao STF. José Afonso da SILVA afirma que os preceitos fundamentais não se confundem com os princípios fundamentais, preceitos são mais amplos, englobam os princípios e todas as prescrições que conferem a autonomia aos Estados, ao Distrito Federal e especialmente os direitos e garantias fundamentais do Título II da CF de 1988¹⁶⁷.

O STF entende que este instituto não é próprio para a discussão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma, apesar de pertencer ao grupo das ações de controle concentrado de constitucionalidade, sendo apenas apto para fiscalizar o descumprimento, o desrespeito, a inobservância dos grandes princípios constitucionais¹⁶⁸ (identificados ou identificáveis a partir do texto legal). Neste sentido está a seguinte decisão do STF, que optou por conhecer o conteúdo de uma ADPF como ação direta de inconstitucionalidade genérica, tendo em vista a previsão do artigo 4º § 1º da Lei 9.882/99¹⁶⁹ a respeito da subsidiariedade da ADPF:

¹⁶⁶ BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. p.235-236.

¹⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. p.559.

¹⁶⁸ A respeito do que sejam os princípios fundamentais, Gilmar Ferreira MENDES, afirma: “até que o STF se pronuncie acerca do efetivo alcance da expressão preceitos fundamentais, ter-se-á de assistir ao debate entre os cultores de uma interpretação ampla e aberta e os defensores de uma leitura restritiva e fechada do texto constitucional” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*.p.1061)

¹⁶⁹ **Art. 4º § 1º da Lei 9.882/99** - Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

ADPF e Conhecimento como ADI - Tendo em conta o caráter subsidiário da argüição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, consubstanciado no § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99, o Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de conhecer, como ação direta de inconstitucionalidade - ADI, a ADPF ajuizada pelo Governador do Estado do Maranhão, em que se impugna a Portaria 156/2005, editada pela Secretária Executiva de Estado da Fazenda do Pará, que estabeleceu, para fins de arrecadação do ICMS, novo boletim de preços mínimos de mercado para os produtos que elenca em seu anexo único. Entendeu-se demonstrada a impossibilidade de se conhecer da ação como ADPF, em razão da existência de outro meio eficaz para impugnação da norma, qual seja, a ADI, porquanto o objeto do pedido principal é a declaração de inconstitucionalidade de preceito autônomo por ofensa a dispositivos constitucionais, restando observados os demais requisitos necessários à propositura da ação direta. Precedente citado: ADI 349 MC/DF (DJU de 24.9.90). ADPF 72 QO/PA, rel. Min. Ellen Gracie, 1º.6.2005. (ADPF-72)¹⁷⁰

Para muitos doutrinadores, o sucesso da ADPF está totalmente ligada a interpretação que se dá a este princípio da subsidiariedade. O STF tem deixado de conhecer diversas ADPFs sob o fundamento de existirem outros meios eficazes, tanto no âmbito do controle difuso, como no terreno do controle concreto, capazes de sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Assim, o princípio da subsidiariedade, ou “do exaurimento das instâncias, atua, também, nos sistemas que conferem ao indivíduo afetado o direito de impugnar a decisão judicial, como um pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, destinado, fundamentalmente, a impedir a banalização da atividade da jurisdição constitucional”¹⁷¹.

Desta forma, a princípio, pelo caráter objetivo e subsidiário do referido instituto, é preciso que se observe a inexistência de outro meio apto (eficaz e célere) para resolver a controvérsia constitucional relevante (sobre preceitos fundamentais) de forma completa, eficaz e definitiva. Assim, cabendo ação direta de inconstitucionalidade, não será admitida a ADPF. E, em sentido contrário, não sendo possível a propositura de ADIN, é cabível ADPF. Para Gilmar MENDES¹⁷², cabe ADPF quando não couber ADIN para os casos de controle da legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Também é possível ADPF para se declarar a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada em instâncias inferiores, e também nas controvérsias relacionadas ao princípio da legalidade em relação a leis e

¹⁷⁰ Informativo STF n.390, 30/05 a 03/06/2005.

¹⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. p.1155.

¹⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso...* p.1056.

regulamentos – já que não se admite o uso da ação declaratória de constitucionalidade nestes casos. E ainda, cabe ADPF nos casos que envolvem aplicação direta da Constituição, quando alegada contrariedade à CF decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não envolva a aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.

Entretanto, há um melhor sentido para a interpretação do princípio da subsidiariedade da ADPF, pois se adotarmos uma interpretação literal do at. 4º, § 1º da Lei 98882/99, acabaríamos com qualquer significado prático do instituto. Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários possam excluir, a princípio, a utilização da ADPF, até porque o instituto tem contornos objetivos no nosso sistema jurídico. A Constituição Federal em momento algum autoriza esta interpretação restritiva da abrangência da ADPF, principalmente porque a coloca como meio apto e inovador a defender com exclusividade os preceitos constitucionais fundamentais.

André Ramos TAVARES¹⁷³ entende que a ADPF é cabível sempre quando houver violação de preceito constitucional fundamental, não sendo admitida nenhuma hipótese que negue o cabimento da referida ação por haver outro instituto cabível. Segundo o autor, a ADPF não tem caráter residual em relação a ADIN genérica e omissiva, porque se destina a guardar os preceitos fundamentais. Por isso, não se pode admitir o cabimento de qualquer outra ação para a tutela destes preceitos, porque foi a própria CF que indicou expressamente este função ao instituto, o que exclui a competência das demais ações.

Dirley da COSTA Jr.¹⁷⁴ defende que o princípio da subsidiariedade só pode ser oposto à modalidade incidental da ADPF (exceto no caso de interesse geral), não sendo válido em hipótese alguma para a modalidade autônoma do mesmo instituto. Assim, se pelas vias ordinárias existir outro meio eficaz para afastar, pronta e definitivamente a lesão a preceito fundamental, não se admitirá a argüição incidental.

Contudo, entendimento mais ponderado é o de Gilmar Ferreira MENDES que afirma inexistir autêntica relação de subsidiariedade entre a ADPF incidental e as outras formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, pelo recurso extraordinário. No entanto, este autor admite a subsidiariedade da ADPF em ambas as modalidades, porém limitada à existência de meios eficazes constantes exclusivamente no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, haja vista o caráter preponderantemente objetivo da argüição. Para este autor,

¹⁷³ TAVARES, André Ramos. (org). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: an ãise à luz da Lei n. 9.882/99*. p. 45.

¹⁷⁴ CUNHA Jr, Dirley da. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In: DIDIER Jr. Fredie (org). *Ações Constitucionais*, Salvador: Podivm, 2006. p.491

ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem capazes, a mais das vezes, de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pleora de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do Supremo Tribunal Federal e das próprias Cortes ordinárias¹⁷⁵.

E, para concluir

ainda que, aparentemente, pudesse ser o recurso extraordinário o meio eficaz de superar eventual lesão a preceito fundamental nessas situações, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização desse instituto do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido (decisão com efeito entre as partes). Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, a mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia¹⁷⁶.

Assim, adotando-se a visão de Gilmar Ferreira MENDES a respeito da cláusula da subsidiariedade contida no art. 4º, §1º, da Lei n.º 9.882/99, é possível encerrar a controvérsia em torno da aplicação do princípio da exaustão das instâncias, sem esvaziar o significado do instituto da ADPF.

É possível, por fim, propor ADPF sempre que o princípio da segurança jurídica estiver ameaçado, em virtude de interpretação ou incongruência hermenêutica causada pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional, desde que presentes os demais pressupostos de admissibilidade da arguição.

A existência de relevante interesse público, conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes, para justificar a admissão da arguição de descumprimento, está implícito no sistema criado pelo legislador brasileiro, devido, principalmente, ao caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto¹⁷⁷. Assim, pode o STF ainda se pronunciar sobre a relevância e o interesse público contidos na controvérsia constitucional, podendo inclusive não reconhecer a ADPF sempre que não for configurada a relevância jurídica da situação.

¹⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. p. 1158

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. p. 1157

¹⁷⁷ *Ibidem*. p. 1158

Neste contexto, há os julgados de 2 arguições de descumprimento de preceitos fundamentais: a ADPF n. 54¹⁷⁸ e a n.101¹⁷⁹, que contrabalanceiam a subsidiariedade e a relevância da questão suscitada na ADPF.

Uadi Lammêgo BULLOS¹⁸⁰ considera híbrida a natureza da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois ainda que participe do controle concentrado de constitucionalidade, na sua modalidade incidental, se assemelha ao controle difuso, uma vez que o debate constitucional que suscita busca desatar uma questão prejudicial, ocorrida ao longo da demanda.

Ressalta-se ainda que a ADPF pode ter por objeto omissões, totais ou parciais, normativas ou não, do poder público, nas mesmas circunstâncias em que ela é cabível contra atos do poder público, desde que tais omissões lesionem preceitos fundamentais. Este entendimento foi solidificado pelo julgamento da ADPF n.4, na qual o STF admitiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento eficaz no controle da inconstitucionalidade por omissão, quando a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja sentença declara a mora do legislador, não é apta a sanar a lesão causada pela omissão a preceito fundamental. Assim, seria preciso que uma ADIN por omissão fosse proposta, a omissão normativa fosse considerada inconstitucional e a sentença, teoricamente mandamental, que ordena o Poder a tomar providências, não fosse atendida para que fosse possível propor ADPF – o que parece absurdo num primeiro momento, mas se configura como excelente baliza do constituinte diante de tantas incertezas processuais referentes a ambos os institutos, ADPF e ADIN por omissão.

Dirley da CUNHA Jr¹⁸¹ entende sempre ser cabível ADPF na modalidade autônoma contra omissões do poder público quando a intenção for tornar efetivo preceito constitucional fundamental, seja responsabilizando o legislador, ou órgãos ou entidades da administração pública, tendo em vista ser inaplicável o princípio da subsidiariedade nestes

¹⁷⁸ ADPF n. 54 trata do aborto de feto anencefálico: “Observa-se a importância dos processos objetivos. Neles, o STF tem a oportunidade de enfrentar de imediato questões de repercussão maior, que interessam à sociedade como um grande todo. Em vez de guardar demorada tramitação processual para se obter, no julgamento do recurso extraordinário, passados cerca de cinco anos – tempo médio – da propositura da ação, a palavra final da Corte que está no ápice do Poder Judiciário, atua o Supremo de pronto, e o faz em prol da unidade do próprio Direito, no que aplicável, de forma linear, no território nacional. (...) Si, há de se concluir que esta Corte, a não ser pela via arguição de descumprimento de preceito fundamental, jamais terá a oportunidade, dado o período limitado de gestação, nunca ultrapassado nove meses, de se pronunciar a respeito”.

¹⁷⁹ ADPF n.101: “Tendo em conta a pendência de múltiplas ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, inclusive no Supremo, nas quais as interpretações e decisões divergentes sobre a matéria, o que tem gerado situação de insegurança jurídica, não havendo outro meio hábil a solucionar a polêmica em exame”.

¹⁸⁰ BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. p.236.

¹⁸¹ CUNHA Jr, Dirley da. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In: DIDIER Jr. Fredie (org). *Ações Constitucionais*, Salvador: Podivm, 2006. p.497

casos. Contudo, quando a argüição for incidental, sua admissão é condicionada à inexistência de outro meio eficaz capaz de sanar a lesão decorrente da omissão, salvo se a questão constitucional for de interesse geral, hipótese em que a subsidiariedade fica afastada – assim, sendo cabível mandado de segurança ou mandado de injunção, não será caso de ADPF.

A decisão proferida na ADPF por omissão deverá ter o efeito de suprir a omissão, sob pena de persistir a lesão ou a ameaça ao preceito constitucional fundamental, e conseqüentemente, a ineficácia do instituto. Assim, a partir de uma visão bem otimista do instituto e da lei, a regra contida no art. 10 da Lei 9882/99¹⁸² parece ser bem útil, pois permite ao STF fixar condições e modo de interpretação e aplicação do preceito constitucional violado. Dessa forma, por interpretação sistemática, aplicando-se o art. 64 §§ 1º, 2º e 4º, o STF determinará prazo razoável, de no máximo 100 dias, para que o órgão político supra a omissão, e caso não o faça, a própria Corte o fará, formulando a regra adequada para a hipótese, que terá eficácia geral e vigorará provisoriamente até que o órgão inerte resolva atuar. Nesta hipótese, segundo Dirley da CUNHA Jr.¹⁸³, estariam conciliados dois princípios: o da autonomia do legislador (que não fica obrigado a legislar), e o da supremacia dos preceitos fundamentais (que são temporariamente efetivados pela decisão judicial), sem que ocorra nenhuma violação ao princípio da separação dos poderes, pois a solução apontada pelo Judiciário seria apenas transitória. Este procedimento resulta da experiência, uma vez que a simples ciência ao poder competente para adotar as providências necessárias em relação a omissão já foi testada no passado e considerada sem efeitos práticos notáveis.

E, por fim, a sentença da ADPF terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, bem como seu cumprimento poderá se dar imediatamente, mediante determinação do Presidente do Tribunal sendo o acórdão lavrado posteriormente.

¹⁸² **Art. 10 da Lei n. 9.882/99:** Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. § 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. § 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União. § 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

¹⁸³ CUNHA Jr, Dirley da. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In: DIDIER Jr. Fredie (org). *Ações Constitucionais*, Salvador: Podivm, 2006. p.498

4.2.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão: potencial para o futuro.

É a melhor inovação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, ganhando mais força a partir da Lei n. 12.063 de 27 de outubro de 2009, que modificou a Lei n. 9868 de 1999, criando capítulo específico para tratar da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e estendendo as considerações feitas para a ação direta de inconstitucionalidade genérica para a ADIN por omissão, no que lhe couber.

Junto com o mandado de injunção, a ADIN por omissão materializa um estado de preocupação do constituinte a respeito dos direitos constitucionais que sofrem limitações pela ausência de normas reguladoras.

Sob uma ótica mais crítica, a demora na edição da lei que regula a própria ADIN já demonstra que o constituinte tinha razão em sua preocupação com a ausência de regulamentações. Foram mais de 20 anos para que uma lei fosse elaborada, o que, em última análise, resulta inclusive em limitação ao direito de ação, previsto no art. 5º, XXV, da CF de 1988 – pois limitar o acesso à justiça não criando normas que indiquem como as pessoas devem proceder perante o judiciário é automaticamente excluir uma grande parcela de pessoas (mas, principalmente, direitos) da apreciação do judiciário.

Gilmar Ferreira MENDES não fala diretamente sobre a demora nesta regulamentação, todavia, se justifica, antes mesmo de ser questionado, que “como essas inovações não foram precedidas de estudos criteriosos e de reflexões mais aprofundadas, afigura-se compreensível o clima de insegurança e perplexidade que elas acabaram por suscitar nos primeiros tempos”¹⁸⁴. Isso justificaria, para o autor, a demora na edição da lei que regulamenta tal instituto.

Fato é que, embora a legislação específica para a ADIN por omissão tenha sido tardia, e ainda não ter sido totalmente apoderada pelos juristas, ela representa esperança, e principalmente, relevância nos tempos atuais. Trata-se de uma ação capaz de cuidar tanto das omissões totais do legislador, quanto das omissões parciais.

André Ramos TAVARES tem um interessante posicionamento a respeito das omissões legislativas. Este autor afirma não haver diferença se são propositais, políticas, ou decorrentes de mero esquecimento, sendo todas inconstitucionais quando prejudicarem a concretização de direitos fundamentais:

¹⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. p. 1179

Embora o Poder Legislativo detenha competência discricionária para legislar (competência geral) e, ademais, embora deva haver campo para a atuação política de convencimento (em muitas ocasiões – não se nega – a falta da lei não ocorre por inércia, mas por opção política), o certo é que, em algumas matérias a Constituição foi *incisiva* sobre a necessidade de edição (efetiva) de leis. Trata-se, pois, de verdadeiro dever constitucionalmente estabelecido, a ser cumprido pelo legislador, especialmente quando a omissão prejudica ou impede o exercício de um direito constitucional pelo indivíduo. Admitir, em tais situações, uma ampla e irresponsável discricionariedade do Legislativo (ou do Executivo, quando de sua iniciativa exclusiva a deflagração do processo legislativo) é desconhecer a supremacia da Constituição¹⁸⁵.

O que se tem de fato a respeito da regulamentação das omissões legislativas inconstitucionais é uma lei (e algumas citações em outros textos legais), que embora represente um avanço jurídico, ainda é marcada por lacunas e nos induz a perguntas sem respostas (que, segundo Gilmar MENDES, ainda vai demorar para que estas brechas e estas indagações sejam preenchidas¹⁸⁶).

A origem desta nova modalidade de controle das omissões legislativas se deve ao direito alemão do século XX, que entendia como omissão inconstitucional não só o inadimplemento absoluto de um dever de legislar (omissão total), mas também a execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever (omissão parcial)¹⁸⁷. É comum em ambos os países o desejo de eliminar do ordenamento jurídico estas formas de afronta à Constituição Federal¹⁸⁸.

No direito brasileiro, a ADIN por omissão está prevista na Constituição Federal de 1988, no artigo 103, § 2º. Seu objetivo é ser uma via eficaz para controlar de modo concentrado (no STF), principal (em oposto ao modo incidental) as omissões normativas (totais ou parciais) em abstrato – diferentemente do mandado de injunção que, embora também seja ação de controle de constitucionalidade concentrada no STF, depende de situação concreta para ser proposto.

Resumidamente, a ADIN por omissão pode (e deve) ser utilizada quando o legislador deixa de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela própria CF; quando a lei que regulamenta o direito constitucional é falha, ou insuficiente, ou provoca desigualdade entre pessoas que deveriam ter os mesmos direitos protegidos; e também contra atos do

¹⁸⁵ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado – Hard Cases e soluções juridicamente adequadas*. São Paulo: Método, 2006, p.201.

¹⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. p. 1179.

¹⁸⁷ *Ibidem*. p. 1181.

¹⁸⁸ *Ibidem*. p. 1182.

administrador, quando este não adota as providências necessárias para tornar efetiva uma norma constitucional.

A ADIN por omissão parece ter necessidade transitória, o que não é verdade, porque mesmo que todas as normas regulamentadoras indicadas pela Constituição Federal sejam editadas, ainda restarão todos os casos de normas já editadas que são inconstitucionais por sua incompletude ou inadequação (devido à mudanças nas relações fáticas e jurídicas)¹⁸⁹. Gilmar Ferreira MENDES entende que “decorrido algum tempo da promulgação da Lei Magna, não se logrará identificar – com a ressalva de uma ou de outra exceção – uma omissão pura do legislador. O atendimento insatisfatório ou incompleto da exigência de legislar configura, sem dúvida, afronta à Constituição”¹⁹⁰. portanto, pode-se afirmar que daqui a alguns anos, o foco das atenções não será mais a omissão total, mas as inúmeras omissões parciais dos legisladores responsáveis. E isso nos faz concluir que a lei que regulamenta a ADIN por omissão não está preparada para esta mudança fático-jurídica – já é possível prever mudanças neste regramento, porque, ironicamente, esta é uma lei que regula insatisfatoriamente a matéria.

A respeito da natureza da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Gilmar Ferreira MENDES afirma que

Tal como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), o processo de controle abstrato da omissão (ADO) não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica. Não se pressupõe, portanto, aqui, a configuração de um interesse específico ou de um interesse de agir. Os órgãos ou entes incumbidos de instaurar esse processo de defesa da ordem jurídica agem não como autor, no sentido estritamente processual, mas como um Advogado do Interesse Público ou, para usar a expressão de Kelsen, como um advogado da Constituição. O direito de instaurar o processo de controle não lhes foi outorgado tendo em vista a defesa de posições subjetivas. Afigura-se suficiente, portanto, a configuração de um interesse público de controle. Tem-se aqui, pois, para usarmos a denominação usada por Triepel e adotada pela Corte Constitucional Alemã, típico processo objetivo¹⁹¹.

Diferentemente dos demais institutos, a ADIN por omissão não se destina especificamente a avaliar a morosidade do Poder Legislativo, mas também a atividade

¹⁸⁹ Gilmar MENDES afirma que “se se condidera que, atendida a maioria das exigências constitucionais de legislar, não restarão senão os casos de omissão parcial, seja porque o legislador promulgou norma que não corresponde, plenamente, ao dever constitucional de legislar, seja porque uma mudança das relações jurídicas ou fáticas impõe-lhe um dever de adequação do complexo existente”.(MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. P.450-451).

¹⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança**... p. 451.

¹⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. p. 1183.

administrativa, em sua função regulamentadora, que prejudique a efetividade de norma constitucional¹⁹², por indicação expressa do artigo 12-H, § 1º da Lei n. 9.868/99¹⁹³.

Há ainda a tendência de se admitir ADIN por omissão nos casos de omissões de órgãos legislativos estaduais em face da CF, que também seriam julgadas pelo STF, assim como as omissões federais, por força de uma interpretação extensiva do art. 102, I, a, da CF de 1988 (sobre a ADIN genérica, quando há lei ou ato normativo federal ou estadual inconstitucional).

A Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade., conforme a redação do art. 37 da CF Assim, resultam-se duas conseqüências: toda a organização político-administrativa fundamental no âmbito federal, estadual e municipal, há de ser realizada mediante e conforme leis, e apenas se admite restrição a direito fundamental originada de lei, desde que não se afete o conteúdo essencial deste direito (por força dos artigos 60 § 4º e 5º, II da CF). Dessa forma, conclui-se que “compete às instancias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa da construção do Estado constitucional”¹⁹⁴, elaborando as normas necessárias para a máxima concretização dos direito fundamentais, já que a Constituição, por si só, é meio impróprio para a regulamentação exaustiva de todos os direitos. Isso apenas reforça a tese de que toda ausência de lei regulamentar prejudica a fruição de direito previsto pela constituição, e se torna justo motivo para a intervenção jurisdicional – uma vez que nenhum direito pode ser restringido por falta de lei, mas, única e exclusivamente, por lei.

Assim, considera-se, então, a ADIN por omissão o melhor meio de que dispomos para atacar a omissão legislativa, que impede a formação do Estado desejado pela Constituição. Principalmente porque outras ações constitucionais, como o mandado de injunção, por exemplo, depende de violação concreta do direito, o que reduz o número de partes legitimadas a propô-lo, ao passo que a ADIN por omissão é ação objetiva, contra lei em tese, que admite inúmeros legitimados.

Com a ADIN por omissão pode-se atacar “todo o ato complexo que forma o processo legislativo, nas suas diferentes fases”¹⁹⁵ (discussão, votação, etc). Em regra, a ordem emanada pelo poder judiciário se destina ao poder legislativo, todavia, como a

¹⁹² Ibidem. p. 1186.

¹⁹³ **Art. 12-H da Lei 9.868/99, após alteração da Lei 12.063/09:** Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. § 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

¹⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.* p. 1187.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* p. 1188.

CF estabelece competências legislativas reservadas a órgãos especiais, estes também podem ser acionados pela ADIN por omissão. Como é o caso das normas de iniciativa reservada do Presidente da República, previstas no art. 61, § 1º, da CF¹⁹⁶, quando a ADIN por omissão serve exclusivamente para desencadear o processo legislativo.

A *inertia deliberandi* (discussão e votação de projetos de lei em casas legislativas) é um ponto que merece atenção. Há pontos bem disciplinados, como prazos para vetos e sanções, contudo, há outros praticamente esquecidos, como o prazo para apreciação de projetos de lei. Assim, fica a questão: o que se pode fazer quando um processo legislativo não se desenvolve dentro de prazo razoável de tramitação? A princípio o STF entendia que uma vez desencadeado o processo legislativo não podia se falar em omissão inconstitucional pela morosidade do órgão legislador¹⁹⁷, porque há matérias mais simples e outras mais complexas, o que torna impossível estabelecer regra diante de tantas peculiaridades do mundo real.

Contudo, estas características próprias de cada situação não justificam uma conduta negligente das casas legislativas. Assim, a partir de 2007, o STF tem esboçado outro entendimento, reconhecendo que a demora na elaboração de uma norma, quando a competência for do poder legislativo, também é uma omissão inconstitucional. No julgamento da ADIN 3.682 em 2007, sobre criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios, o STF entendeu que o lapso temporal de mais de 10 anos desde a data da publicação da EC n. 15/96 caracterizava inatividade do legislador em criar a norma regulamentadora do art. 18 § 4º da CF, tendo em vista que diversos projetos de lei foram apresentados e nenhum aprovado. Esta omissão legislativa provocou diversos efeitos: Estados-membros legislaram sobre o assunto, Municípios foram criados irregularmente, utilizou-se até legislação antiga e declarada inconstitucional pelo STF. Assim,

O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pela Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso

¹⁹⁶ **Art. 61, § 1º da CF de 1988.** São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

¹⁹⁷ Conforme ADI 2.495, Rel. Ilmar Galvão, julgada em 02/05/2002, DJ de 02/08/2002.

Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/96, e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da referida norma constitucional¹⁹⁸.

Espera-se que esta seja apenas a primeira de várias sentenças que reconhecem a mora legislativa, pois só assim, com o respaldo da determinação jurisdicional, será possível requerer dos responsáveis legislativos uma providência efetiva e em prazo razoável.

Outra situação importante, talvez não agora que o foco são as omissões totais, mas certamente num futuro próximo, é a omissão legislativa parcial – caso das normas que regulam mal (de modo insuficiente) um direito assegurado pela Constituição.

Para Gilmar Ferreira MENDES, “o atendimento insatisfatório ou incompleto de exigência constitucional de legislar configura, sem dúvida, afronta à Constituição”. Nestes casos, em que a lei é considerada incompleta, a decisão da ADIN por omissão passa, necessariamente, pela declaração de inconstitucionalidade da lei que já existe, porque ela frustrou a pretensão constitucional de tutelar eficientemente o direito referido.

Quando se trata de omissão parcial,

há uma inequívoca fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou do ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos – o de controle abstrato e o de controle da omissão – acabam por ter – formal e substancialmente – o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude¹⁹⁹.

Contudo, há diferença entre as duas ações, especialmente em relação às sentenças: na ADIN genérica ocorre, via de regra, a declaração de nulidade da lei, para a eliminação da situação de inconstitucionalidade, o que seria péssimo para os casos em que a norma, apesar de omissa, fosse essencial para fruição de parcela do direito. Assim, em determinados casos de omissão parcial, o STF entende não ser viável, nem coerente, a conversão de uma ADIN por omissão em uma ADIN genérica, principalmente quando a solução mais adequada não é a anulação da norma incompatível com a Constituição, porque a ausência total de norma agravaria a situação.

Há casos em que a omissão parcial foi assim considerada porque a lei concedeu benefícios a determinado grupo, violando o princípio da igualdade. Sendo proposta ADIN genérica, a sentença anularia a lei, suprimindo o benefício concedido, lícitamente, a alguns setores, sem permitir a extensão do mesmo para outros setores sociais. Ao passo que, sendo

¹⁹⁸ ADI 3.682-MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 09/05/2007, publicado no Informativo n. 466 do STF de 16/05/2007.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. p. 1191.

proposta ADIN por omissão, a sentença declararia a mora legislativa, sem, contudo, anular o dispositivo legal (podendo suspendê-lo, se necessário) até que a nova norma, agora completa, seja editada. Assim, a opção pelo procedimento (se ADIN genérica, ou ADIN por omissão) quando houver omissão legislativa parcial, depende do efeito prático que se deseja ter.

A jurisprudência do STF foi bastante variada em relação às omissões legislativas²⁰⁰. Em 1989, afirmou que não cabe ADIN por omissão para determinar a prática de ato administrativo, tendo em vista que esta ação se destina a provimentos normativos. Já em 1990, foi concedida liminar nos casos de omissão parcial. Em 1991, decidiu-se pela impossibilidade de liminar quando há omissão total. Neste mesmo ano, houve um caso em que foram propostas ADIN genérica e ADIN por omissão sobre as mesmas normas. Em 1992, concluiu-se que mandado de injunção e ADIN por omissão não são equivalentes. Em 2001, o STF declarou a mora do chefe do poder executivo para enviar projeto de lei ao Congresso Nacional. Em 2007, foi declarada a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade de lei que criou um município da Bahia, determinando que a lei irregular ainda vigorasse por 24 meses, lapso de tempo razoável para que o legislador estadual reapreciasse o tema. No mesmo ano, foi declarada a inércia das Casas Legislativas na ADIN 3.682, na qual ficou fixado o prazo de 18 meses para o Congresso Nacional tomar as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional previsto no art. 18 § 4º da CF.

É possível ainda que a ausência de providências de índole administrativa prejudique a efetividade de uma norma constitucional, por isto o constituinte também contemplou este tipo de omissão no art. 103, § 2º, da CF. Geralmente, são os casos em que a constituição fixa um prazo para a edição de ato regulamentar. Nesta hipótese, ou o Executivo cumpre o mandamento constitucional dentro do prazo ou deve reclamar na justiça acerca de suas atribuições. Não havendo atividade legislativa dentro do prazo, entende-se que o dispositivo constitucional será auto-aplicável em tudo que não depender do regulamento. Não sendo possível o exercício do direito sem a regulamentação, é mesmo caso de ADIN por omissão.

A dúvida que persiste é se atos administrativos propriamente ditos, de caráter não-normativo, podem ser objeto de ADIN por omissão. Pela interpretação literal do art. 103, § 2º da CF²⁰¹, os termos “medidas”, “providências necessárias” e “órgãos administrativos” permitem a extensão deste dispositivo, inclusive porque a falta de providências

²⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. p.453-455.

²⁰¹ **Art. 103, § 2º** - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (grifo meu)

administrativas pode frustrar vontade constitucional. Contudo, a jurisprudência do STF ainda é frágil neste assunto, principalmente porque não se conhecem precisamente os limites da discricionariedade administrativa.

Proposta a ação por um dos legitimados do art. 103 da CF (analisados no próximo capítulo), o relator deverá pedir informações as autoridades responsáveis pela omissão. Após, será ouvido o Procurador-Geral da República, e o processo retornará ao relator para que seja marcado o julgamento. Quando for caso de omissão total, o STF entende não ser necessária a manifestação do Advogado-Geral da União, conforme a previsão do art. 103 § 3º da CF. Todavia, em se tratando em omissão parcial, por se configurar ao mesmo tempo controle de ato normativo e de omissão normativa, seria necessária a manifestação do Advogado-Geral da União. Uma vez proposta a ADIN por omissão, não se admitirá desistência, por força do art. 12-D da Lei n. 9868/99 e o Procurador-Geral da República terá vista ao processo nas ações que não for o autor²⁰², por 15 dias, após o decurso do prazo para as informações. Antes da Lei n.12.063, não era admitida medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, hoje, no entanto, é possível, conforme a redação do art. 12-F da Lei 9868/99, em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22 da referida lei, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias. Esta medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal. E ainda, o relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias. Conforme o art. 12-G da Lei 9868/99, uma vez concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 (dez) dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido para a ação direta de inconstitucionalidade genérica (exceto em relação as medidas cautelares).

²⁰² Entretanto, por interpretação sistemática, e tendenciosa a priorizar o texto constitucional, entende-se que sempre o Procurador-Geral da República terá vista ao processo, mesmo quando for parte autora, por força do art. 103 § 1º da CF: “O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”.

A decisão da ADIN por omissão, tanto nos casos de omissão legislativa, quanto de omissão administrativa, previstas no art. 103, § 2º, da CF, tem caráter obrigatório para o legislador responsável, assim como no mandado de injunção. Havendo declaração de inconstitucionalidade da omissão, o tribunal deve dar ciência ao órgão ou aos órgãos, cujo comportamento moroso se atribui, para que empreenda as medidas necessárias. Solução esta que parece insuficiente para solucionar o complexo fenômeno da omissão inconstitucional. No entanto, não se admite qualquer decisão que decida o caso concreto ou que indique a norma a ser editada pelo legislador. Também não é possível que o judiciário edite norma geral e abstrata, uma vez que esta conduta seria incompatível com os princípios da democracia e da divisão dos poderes.

Assim, mesmo com a decisão de caráter mandamental, está-se a mercê do membro do poder legislativo para a edição da norma, tendo em vista a ausência de sanções legais previstas caso esta sentença não seja cumprida. O único caso em que se estipulou prazo para a eliminação do estado de inconstitucionalidade foi na decisão da ADI 3.682²⁰³, que determinou prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional disciplinasse o art. 18 § 4º da CF.

Um pouco mais eficiente, mas ainda insuficiente, é em relação ao órgão administrativo, conforme o art. 12-H da Lei 9868/99, porque a própria lei estabelece prazo para a tomada de providências, de 30 dias ou de prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

Reduzindo-se os casos de omissão total, restarão os de omissão parcial, que merecem atenção. Considerando-se uma regra inconstitucional, por causa de sua incompletude, em sede de ADIN por omissão, duas possibilidades existem: ou ela deve continuar sendo aplicada até a implementação das correções, ou sua aplicação fica suspensa até a atuação do legislador responsável.

Em nenhum dos 2 casos a norma é excluída do ordenamento jurídico. No entanto, ambas as soluções, que declaram a inconstitucionalidade do dispositivo sem a pronúncia de sua nulidade, parecem incompatíveis com nosso princípio de nulidade de lei

²⁰³ Trecho da **decisão da ADI 3.682-MT**, julgada pelo **Plenário do STF em 09/05/2007**: “O Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, vencidos os Senhores Ministros Março Aurélio e Sepúlveda Pertence. Por unanimidade, o Tribunal julgou procedente ação para reconhecer a mora do Congresso Nacional, e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 (dezoito) meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da norma constitucional imposta pelo artigo 18, § 4º, da Constituição Federal, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Março Aurélio e Sepúlveda Pertence, que não fixavam prazo. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa”.

inconstitucional. Assim, na primeira hipótese, a declaração de inconstitucionalidade por si só impediria a aplicação continuada da lei incompatível, sob pena de violação da Supremacia da Constituição, porque, sendo considerada inconstitucional determinada lei, está pressuposta a sua invalidade, e com isto, a sua nulidade. Ademais, há ainda a premissa de que o indivíduo não é obrigado a se submeter à norma inconstitucional (o indivíduo deve se submeter a leis, contudo, deve obediência apenas àquelas que forem compatíveis com a Constituição). Sob esta ótica de nulidades, seria possível apenas a segunda hipótese, de suspensão da norma dita inconstitucional, porque a norma incompatível ficaria temporariamente inutilizada.

Contudo, na prática, ambas as situações são permitidas, dependendo do caso concreto. Há casos em que é inevitável que uma norma inconstitucional continue sendo aplicada, como por exemplo, normas referentes ao direito do trabalho, mais especificamente sobre salários, que apesar de serem incompletas, são essenciais, e se não existissem provocariam um caos, porque não haveria norma aplicável a este tipo legal. Este é o sentido do art. 27 da Lei 9868/99, segundo o qual, embora vigore em nosso ordenamento a teoria das nulidades, poderá ser invocado o princípio da proporcionalidade, principalmente se, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, for mais interessante continuar aplicando a norma por um determinado período. Assim, poderá o STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Sendo declarada a inconstitucionalidade de dispositivo legal omissivo, esta decisão tem eficácia geral, vedando aos órgãos estatais a praticar qualquer ato fundado na lei inconstitucional, porque são guiados pelo princípio da legalidade, e também porque ninguém é obrigado a se submeter a este tipo de norma. Ademais, a pronúncia de inconstitucionalidade parcial com efeitos erga omnes retira a obrigatoriedade de cumprimento da referida lei.

Em relação aos processos que tramitam fundamentados na lei considerada inconstitucional, todos devem ser suspensos até que haja posicionamento judicial a respeito, porque a lei incompatível não deve mais ser aplicada.

Feitas todas estas exposições, conclui-se que o instituto tem sido pouco utilizado, e merecia regulamentação mais precisa ou um procedimento e uma sentença com mais eficácia, porque cientificar o órgão legislativo responsável para que tome as providências necessárias, implica os mesmos obstáculos sofridos pelo mandado de injunção. Tendo em vista as inúmeras lacunas no nosso sistema normativo, e sabendo que a mudança deve ser proposta justamente pelos responsáveis pela maioria das omissões legislativas (que

muitas vezes não parecem interessados em reverter este quadro de inefetividade de alguns direitos constitucionais), é imaginável mesmo que até a lei que deveria regular o instituto destinado a preencher estas lacunas tem brechas que impedem a sua concretização. Ter uma lei realmente eficaz contra as omissões inconstitucionais representaria um trabalho potencializado do poder legislativo: completar a lei que já existe, e estar disposto a preencher as demais brechas legais, que certamente seriam suscitadas, uma vez que o procedimento seria mais efetivo.

Mas esperança não falta de que o instituto vai ser utilizado na escala necessária. Prospecta-se, inclusive, que preenchidas as omissões totais, restarão praticamente omissões parciais, que já terão uma lei base, que embora superficial, pode abrir espaço para decisões mais arrojadas (e efetivas) do STF, conforme se verifica nos últimos anos desta Corte.

4.3. Distinção entre controle de constitucionalidade e controle judicial dos atos do poder executivo (políticas públicas)

Até agora muito já se falou sobre o controle de constitucionalidade. Em princípio é a relação de compatibilidade de uma norma com a Constituição Federal, tanto em sentido formal quanto material. No entanto, este processo de adequação dos textos legais não se confunde com o controle judicial por que passam os atos administrativos.

O controle de constitucionalidade se refere preponderantemente à adequação de uma norma com os princípios e as regras constitucionais. Ao contrário do controle judicial das políticas públicas²⁰⁴, cujo parâmetro primeiro é o princípio da legalidade, e em segundo plano a constitucionalidade, porque a administração pública só pode agir conforme a lei, e nunca contra, ou fora dela, e presume-se que as leis que embasam as decisões administrativas sejam constitucionais.

O início desta confusão se deve pela interação entre os poderes, que de fato existe, mas não é intensa o suficiente para confundir tais situações – controle de constitucionalidade e controle judicial de políticas públicas.

²⁰⁴ Aqui, consideram-se políticas públicas as diretrizes de governo, materializadas em documentos escritos (decretos, leis, atos normativos), que servem de base para as eventuais contestações jurídicas.

O Brasil adota um sistema de jurisdição única, no qual compete exclusivamente²⁰⁵ ao Poder Judiciário decidir, com força de coisa julgada²⁰⁶, toda e qualquer aplicação do Direito a um caso concreto, independente de quem forem os litigantes ou a matéria da relação controvertida. Não há um contencioso administrativo, que cuida das causas de direito público, como ocorre nos países de jurisdição dúplice. Nem há uma corte exclusivamente constitucional para decidir as causas que tratam de ofensas à Constituição. Desta forma, nosso direito processual civil também versa sobre as causas de direito público, porque a expressão “processo civil” abrange toda e qualquer causa de direito público ou privado que não seja de competência de jurisdição penal, e nela estão incluídas as demandas em que a Administração é parte, e que tratam da compatibilidade das normas.

Por esta razão, e por não se admitir qualquer tipo de exclusão, é que o Poder Judiciário tem legitimidade, in concreto, quando provocado, para controlar o comportamento da Administração Pública – seja anulando condutas ilegítimas, compelindo àquelas que são obrigatórias e condenando o Estado a indenizar os lesados quando for necessário. Este entendimento tem origem na interpretação do artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), que revela o princípio da inafastabilidade da jurisdição.²⁰⁷ Inclusive, a própria Constituição de 1988 eliminou a possibilidade de uma lei infraconstitucional condicionar, em certos casos, o acesso a justiça ao prévio esgotamento das discussões na esfera administrativa.²⁰⁸

A princípio, não há uma relação direta e presumida entre o controle dos atos do executivo, mais especificamente as políticas públicas, e o controle de constitucionalidade das

²⁰⁵ Diz-se “exclusivamente” pelo fato da jurisdição ser una, no entanto, a própria Constituição Federal prevê uma exceção a este monopólio no seu artigo 52, I e II, quando afirma que é competência do Senado processar e julgar acusações de crimes de responsabilidade envolvendo determinadas autoridades.

²⁰⁶ Porque a universalidade (inafastabilidade) do controle jurisdicional tende a uma estabilidade, e por isso reveste-se pela coisa julgada. Isto também, por um lado afasta a definitividade dos demais atos estatais, que passam a ser passíveis de revisão jurisdicional. Apenas os atos jurisdicionais não são revisados pelos demais poderes (é o que se entende por “reserva de sentença”), só é possível modificar um pronunciamento jurisdicional com outro procedimento jurisdicional e ainda nos casos em que a lei permitir.

²⁰⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 946-947.

²⁰⁸ Assim, a partir destes argumentos decorrem duas importantes considerações: **(a)** As prerrogativas da Administração Pública no âmbito processual são uma contrapartida à inexistência de uma estrutura jurisdicional própria para a análise das questões de direito público. Quaisquer comparações entre o processo civil brasileiro e o processo civil de um país com jurisdição dúplice não são válidas, apenas conduzem a falsa sensação de que temos prerrogativas demais para os entes públicos – uma verdadeira comparação deveria ser feita em relação a jurisdição administrativa destes países, que por si só já é uma excepcional prerrogativa da Administração. **(b)** A ausência de limites ao controle jurisdicional no Brasil é visível, pois todos os conflitos se submetem ao poder judiciário, não sendo admissível qualquer construção que diferencie direitos subjetivos de interesses legítimos para justificar ou não o cabimento da intervenção judicial. (In: TALAMINI, Eduardo. **Tutela de urgência e Fazenda Pública**. In: Revista de Processo. Ano 32. n. 152.out/2007. p.41-42)

leis, exceto nos casos em que as políticas públicas sejam de conteúdo manifestamente inconstitucional.

A doutrina e os tribunais não divergem quanto ao controle de constitucionalidade porque ele é expressamente previsto no texto constitucional. No entanto, o controle judicial dos atos administrativos é discutível. Alguns autores, como Eduardo APPIO²⁰⁹, acreditam que não é possível este controle porque um poder não deve intervir na esfera de competências dos demais, contudo, outros autores, como Clémerson Merlin CLÉVE²¹⁰, entendem que a participação do poder judiciário no controle dos atos administrativos é necessária porque direitos de determinadas parcelas da população não serão nunca atendidos se não forem reclamados pelo judiciário.

Na prática, o que se observa é que o judiciário interfere pouco nos atos administrativos, porque na Constituição de 1934 e na de 1967 havia dispositivo afirmando que era proibido ao Poder Judiciário apreciar de ações excepcionalmente políticas. Fábio Konder Comparato²¹¹, ao sugerir que “afastemos, antes de qualquer lance, a clássica contradição de que o Judiciário não tem capacidade, pelo princípio da divisão de Poderes, para avaliar ‘questões políticas’”, esclarece que entendimento há muito já está superado, inclusive porque não há mais artigo de lei neste sentido e o significado que se queria dar ao dispositivo era o de proibir o controle judicial dos assuntos “de política” *lato sensu*, que estavam dentro da esfera discricionária da administração pública.

Hoje se admite uma intervenção da jurisdição quando provocada. Há casos em que o Judiciário não opina, pois estão na esfera nebulosa da discricionariedade. Entretanto, há casos mais claros, como quando uma política pública deixa de beneficiar pessoas que estão nas mesmas circunstâncias sem justificativa plausível, quando se torna imperioso que o

²⁰⁹ Para Eduardo APPIO, o princípio da separação dos poderes, neste assunto, é um obstáculo a legitimidade das decisões judiciais, porque são fruto da atividade de agentes políticos que não são escolhidos pela população através do voto, mas sim por critérios de seleção interna dos membros do próprio poder. Para este autor, se admitirmos a intervenção do judiciário, estamos aceitando que o conteúdo da constituição será construído a partir de decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade, ou de demandas coletivas, ou seja, por juízes não eleitos, que substituirão a vontade de governantes eleitos pela população. (in: APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008)

²¹⁰ Clémerson Merlin CLÉVE afirma que: “Em primeiro lugar, a separação dos poderes não pode ser vista como um princípio abstrato, fora da história. Ao contrário, o princípio deve ser compreendido tal como se apresenta, concretamente, na Constituição vigente. Ora, cumpre lembrar que o constituinte de 1988 confiou muito no Poder Judiciário que foi bastante fortalecido na nova ordem constitucional. E no que diz respeito à legitimidade democrática, importa deixar claro que o Judiciário atua, de certa maneira, como um líder contra-majoritário em defesa dos direitos das minorias. De outro ângulo, o devido processo legal, a motivação, a recorribilidade das decisões, a publicidade de suas manifestações e a vinculação à Constituição parecem constituir meios distintos de atribuição de legitimidade à esfera de atuação do Judiciário”. In: CLÉVE, Clémerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. p.6-7.

²¹¹ COMPARATO, F. K. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, ano 86, v.737, mar. 1997, p. 11-12.

Judiciário interfira e defenda a concretização dos preceitos constitucionais de igualdade entre os cidadãos.

Apoiando a vertente de que é possível sim que haja um controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, Sérgio Cruz ARENHART defende que esta postura não deve ser exceção, e sim regra, porque

diante da concepção dos “freios e contrapesos” – acolhida pelo direito nacional – não há dúvida que o controle dos demais poderes do Estado somente pode ser realizado, em última instância pelo Judiciário. Por outro lado, o Judiciário não pode – justamente porque ele representa o último campo de proteção contra os abusos eventualmente cometidos pelos demais poderes – furtar a exercer este papel. Ainda que existam limites para a sua atuação e para o seu controle, a existência destas barreiras não infirmam, mas antes confirmam, a necessidade de atuação desta função pelos órgãos jurisdicionais. De todo modo, a existência destes limites não pode autorizar sua simples alegação, como obstáculo à intervenção judicial. A efetiva existência do limite em questão deve ser cuidadosamente verificado pelo Poder Judiciário e devidamente ponderado, a fim de evitar “vácuos” no domínio público, em que certas condutas permanecem simplesmente livres de controle, pelo simples fato de uma invocada ilegitimidade na intervenção judicial²¹².

Assim, tramitam simultaneamente nos tribunais ações sobre a constitucionalidade das normas jurídicas e das omissões normativas e ações sobre a legalidade das condutas da administração pública, de modo que elas não se excluem, e sim, trabalham em favor da melhor concretização das normas e valores constitucionais.

²¹² ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível. p.19.

5. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Não se está aqui para apoiar alguma das vias de controle de constitucionalidade, se difusa ou concentrada. Todavia, fato que, é muito mais fácil que uma omissão inconstitucional ou seus efeitos, quando suscitados a partir de uma situação concreta, sejam resolvidos e a parte interessada tenha seu direito atendido, do que quando uma lei é considerada abstratamente pelos tribunais.

Há muito menos segurança jurídica em jogo quando se decide no caso concreto e a sentença tem efeitos só entre as partes litigantes, e não se estende a todos. Isso ocorre porque é nítido o receio dos Tribunais Superiores em declarar as inconstitucionalidades causadas por omissão, porque há uma vertente política subentendida.

Além disto, ações que são propostas pelas partes diretamente envolvidas no caso causam a sensação de que o direito vai ser atendido de modo imediato, direto, sem interferências – causam a sensação de que o cidadão tem realmente acesso à justiça; enquanto que as ações cuja parte autora é um substituto processual, como, por exemplo, o Ministério Público, causam a sensação de distanciamento da população em relação a proteção judicial.

No entanto, ainda que exista esse óbice psicológico, nosso sistema jurídico optou politicamente por excluir a legitimidade ativa do cidadão em determinadas ações importantíssimas de controle de constitucionalidade, permitindo seu acesso às cortes superiores somente se estiver representado ou em grau de recurso. Com tantas inovações nos últimos anos, perdemos a oportunidade, conforme afirma José Afonso da SILVA²¹³, de inserir em nosso sistema, por exemplo, uma ação popular de inconstitucionalidade como a que existe na Alemanha, na qual o cidadão é legitimado a propor demandas diretas sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal.

Assim, como nossas inovações foram limitadas, nas demandas que não podem ser propostas diretamente pelas partes interessadas, é possível que haja a representação pelo Procurador-Geral da República, ou de outro membro do Ministério Público, que dentre todos os demais legitimados, ainda são os mais próximo da população em geral – porque compõem instituição destinada a ser fiscal na correta aplicação da lei e parte para defender interesses compatíveis com suas atribuições constitucionais.

²¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p.48

Dessa forma, este trabalho analisa a relevância da participação processual do Ministério Público quando as demandas tratam de omissões legislativas inconstitucionais.

Assim, ainda que o poder de decisão esteja nas mãos do judiciário, pela inércia da jurisdição e para garantir a imparcialidade do órgão julgador, apenas o que é levado à discussão pode ser analisado, e talvez modificado. E este é o papel do Ministério Público: por em pauta as questões sociais mais relevantes, que não são levadas a juízo pela hipossuficiência das partes diretamente envolvidas, ou por impossibilidade decorrente do próprio texto legal.

O acesso a justiça está sendo ampliado, não só pelo rol de legitimados, mas pelas facilidades na execução das sentenças. No entanto, enquanto esta não é uma situação perfeitamente delineada, o Ministério Público tem um importante papel de fazer as vezes dos mais fracos, e suscitar a correção das irregularidades legislativas e administrativas para o devido cumprimento dos preceitos constitucionais. As garantias e imunidades permitem que o MP faça questionamentos que pessoas isoladamente não fariam (por impossibilidade formal ou por falta de preparo), ou fariam e seriam fortemente reprimidas.

E, por fim, sabe-se que inexistem dúvidas

quanto à vinculação essencial e indissociável do Ministério Público e o primado da lei. O Ministério Público é fiscal da lei e de sua execução. Como essa fiscalização se exerce, inclusive, no plano constitucional, dado que compete ao Ministério Público velar pelo respeito à Lei Fundamental, o MP assume a condição de órgão essencial do Estado, porque as tarefas a seu cargo são daquelas essenciais à própria conceituação do Estado enquanto nação politicamente organizada²¹⁴.

Assim, dividiu-se o capítulo em 3 partes: (a) dos aspectos processuais que justificam a legitimidade ativa do Ministério Público em sede de controle de constitucionalidade; (b) da legitimidade do Ministério Público no controle difuso de constitucionalidade; e (c) da legitimidade do Ministério Público no controle abstrato das normas. Num primeiro momento serão expostas as divergências que ainda incidem sobre a ação civil pública, e num segundo momento, comentários a respeito do mandado de injunção, da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

²¹⁴ MENDES, G.F. *Curso de Direito Constitucional*. p.995.

5.1. Legitimidade ativa e interesse de agir do Ministério Público no controle de constitucionalidade por omissão

Ainda que as ações abordadas neste trabalho pertençam ao conjunto das ações constitucionais, a todo tempo usamos conceitos e princípios próprios do processo civil. Por esta razão, é interessante analisarmos os institutos da legitimidade “ad causam” e o interesse de agir, que justificam a presença do Ministério Público como autor das ações sobre o controle de constitucionalidade. Entende-se que estes dois elementos integram as condições da ação, junto com a possibilidade jurídica do pedido.

Para Moacyr Amaral dos SANTOS, condições da ação “são requisitos que esta deve preencher para que se profira uma decisão de mérito”²¹⁵. Já Arruma ALVIM²¹⁶ afirma que as condições da ação são as categorias lógico-jurídicas existentes na doutrina e, muitas vezes, na lei (como em nosso direito positivo), que, caso sejam preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito. E, por sua vez, Vicente GRECO FILHO²¹⁷ entende que o direito de pedir a prestação jurisdicional nasce quando a pessoa reúne certas condições, previstas na legislação processual e de direito material e que são: a legitimidade para a causa, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

Caso não se verifique a presença destas três condições da ação, o processo é extinto sem julgamento do mérito, conforme dispõe o art. 267, VI do Código de Processo Civil (Extingue-se o processo sem julgamento do mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual).

Faz-se necessário lembrar que não se confundem condições da ação com os chamados pressupostos processuais²¹⁸, posto que ação e processo são coisas distintas. A ação diz respeito ao direito público subjetivo de pedir a prestação jurisdicional, enquanto que o processo diz respeito à relação jurídica em que se desenvolve o conhecimento e o julgamento

²¹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. V.I. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 169

²¹⁶ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p.42.

²¹⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual civil brasileiro**. Volume 1 – Teoria Geral do Processo e Auxiliares da Justiça. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996. p.76

²¹⁸ Fredie DIDIER afirma que os pressupostos processuais se subdividem em pressupostos de existência e requisitos de validade. Os pressupostos de existência, por sua vez, podem ser subjetivos (órgão investido de jurisdição e capacidade de ser parte) ou objetivos (existência de demanda). Já os requisitos de validade também podem ser subjetivos (competência e imparcialidade do juiz e capacidade processual e postulatória das partes) e objetivos (intrínsecos quando relacionados ao formalismo processual, e extrínsecos – preempção, litispendência, coisa julgada, convenção de arbitragem, etc). (in: DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do conhecimento e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: Podivm, 2009. p.218)

do pedido manifestado pelo autor. As condições da ação “referem-se única e exclusivamente ao direito de invocar a prestação da atividade judicante, ao passo que os pressupostos processuais são aquelas exigências legais, sem cujo atendimento, o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente”. Pode-se afirmar que os pressupostos processuais antecedem as condições da ação, porém só com aqueles não é possível obter uma tutela judicial, é necessário que estes também estejam presentes²¹⁹.

O interesse de agir assenta-se na premissa de que, embora o Estado tenha interesse no exercício da jurisdição, não lhe é conveniente acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.

Para Frederico MARQUES, “existe interesse de agir quando, configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido ou tornado incerto. (...) Interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável”²²⁰.

Para LIEBMAN²²¹, o interesse de agir é um interesse processual, secundário e instrumental em relação ao interesse substancial primário, e tem por objeto o provimento que se pede ao magistrado, como meio para obter a satisfação do interesse primário, prejudicado pelo comportamento da contraparte. O interesse processual requer, deste modo, não somente a necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida, mas também a utilidade do ponto de vista prático, que seja trazida.

Já a legitimidade ad causam é definida por Cândido DINAMARCO como “a qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz”²²². E Fredie DIDIER Jr. afirma que ter legitimidade é estar numa determinada situação jurídica que “lhe autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo. É a pertinência subjetiva da ação”²²³.

“A categoria jurídica legitimidade é bastante ampla e não se restringe ao direito processual. (...) Ela pertence ao direito em geral. Em direito material, tem relevância para a

²¹⁹ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – teoria geral do conhecimento e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: Podivm, 2009. p.186.

²²⁰ MARQUES, J. F. **Manual de direito processual civil**. V.I, 2. ed. atual. Campinas: Millennium, 1998. p.302.

²²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. por Cândido Rangel Dinamarco. V. 1. São Paulo: Forense, 1984.

²²² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.2. p.306.

²²³ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – teoria geral do conhecimento e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: Podivm, 2009. p.186.

eficácia dos negócios jurídicos, que só produzirão efeitos quando dele participarem as pessoas adequadas”²²⁴.

A doutrina classifica a legitimação ad causam em ordinária e extraordinária. “Legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio”²²⁵. A legitimação extraordinária é aquela anômala, na qual “o legitimado defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito”²²⁶. Neste último caso, é possível que o legitimado defenda um direito do qual não é titular, ou não é o titular exclusivo. A legitimação extraordinária, por sua vez, pode se dividir em autônoma, quando o legitimado “está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso”²²⁷, e subordinada, quando “quando a presença do titular da relação jurídica controvertida é essencial para a regularidade do contraditório”²²⁸.

Via de regra, ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, conforme redação do art. 6º do CPC. Ocorre que, o mesmo artigo traz uma exceção a esta regra quando afirma que a lei pode autorizar casos em que legitimados extraordinários podem defender em juízo o direito de outrem. É o caso do Ministério Público que, por atribuição constitucional, tem o dever de zelar pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos direitos sociais e individuais indisponíveis, que são direitos sem um titular especificado.

Por esta razão, conclui-se que são aptos a defender interesses em juízo tanto as pessoas diretamente interessadas na causa como aquelas a quem a lei atribuir legitimidade. Neste último grupo se encontra o Ministério Público que, como parte (e não apenas representante processual²²⁹), está sujeita ao juiz no processo, e tem a obrigação de defender o interesse público decorrente de lei, embora não seja titular nem beneficiário direto dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos que defende em juízo. Por consequência disso, os efeitos da coisa julgada das ações em que o Ministério Público é substituto processual (legitimado extraordinário), salvo disposição legal em sentido contrário, estendem-se aos substituídos²³⁰.

²²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op cit. p.307.

²²⁵ DIDIER Jr., Fredie. Op. cit.. p.187.

²²⁶ Ibidem. p. 187.

²²⁷ Ibidem. p. 187.

²²⁸ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – teoria geral do conhecimento e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: Podivm, 2009. p. 187.

²²⁹ Fredie DIDIER Jr. afirma que ocorre representação processual “quando um sujeito este em juízo em nome alheio defendendo interesse alheio. O representante processual não é parte, parte é o representado”. Em oposição ao substituto processual que é parte, e o substituído não. O representante processual atua em juízo para suprir a incapacidade processual da parte. (In: DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – teoria geral do conhecimento e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: Podivm, 2009. p. 192)

²³⁰ DIDIER Jr., Fredie. Op. cit. p.191.

Sendo assim, este capítulo tem o objetivo de estudar as situações no controle de constitucionalidade por omissão em que o Ministério Público é legitimado ativo extraordinário (substituto processual).

Dessa forma, pela necessidade de haver norma indicando em quais situações o Ministério Público pode ser parte autora, é que se discute a possibilidade de uma ação civil pública, em sede de controle difuso, defender direito individual homogêneo, tendo em vista que esta conclusão é obtida por uma interpretação sistemática de vários dispositivos legais, e não diretamente pelo texto da própria Constituição Federal. E também a participação do Ministério Público nas ações de controle concentrado da constitucionalidade (mandado de injunção, argüição de descumprimento de preceito fundamental), que muito embora sejam pouco efetivas, tem um grande potencial, principalmente porque integralizariam as omissões legislativas mais rapidamente.

5.2 No controle difuso

5.2.1 Legitimidade para propor ação civil pública.

A lei brasileira atribui legitimidade extraordinária para a propositura das ações coletivas, dentre elas a ação civil pública, devido a dificuldade de se identificar um legitimado ordinário (titular do direito ofendido) para comandar a ação processual. Isto porque as ações civis públicas versam sobre direitos transindividuais (coletivos e difusos) e sobre direitos individuais agrupados em um único conjunto (direitos individuais homogêneos). Diante desta dificuldade de identificar apenas um ou alguns sujeitos interessados em propor demandas para proteger o direito de um grupo inteiro que não participaria do processo, o sistema das ações coletivas propôs a legitimação de determinados organismos, que supostamente, tem condições de proteger estes interesses em juízo.

Nas palavras de Luis Guilherme MARINONI²³¹, diz-se legitimidade extraordinária para não se utilizar a expressão “substituto processual”, e para fins exclusivamente didáticos, porque não se deve pensar as ações coletivas na mesma lógica das ações individuais. Não se pode nem mesmo aceitar que o legitimado a agir em juízo é apenas o titular do direito material, uma vez que, a partir desta concepção presume-se que só existem

²³¹ MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de processo civil* – v. 5, Procedimentos especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 301 (nota de rodapé n.1)

direitos individuais. A existência de direitos transindividuais pressupõe outro raciocínio: nas ações coletivas, diferentemente do que se verifica no processo individual, o legitimado ativo peticiona pleiteando direito da coletividade, da comunidade, sendo um equívoco usar a terminologia direito próprio e direito alheio, que são típicas do processo individual.

O artigo 5º da Lei 7347/85 situa o Ministério Público como um destes legitimados extraordinários: “art. 5º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público;”. Mais adiante, no parágrafo 1º, a lei determina que “o Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”, reforçando o caráter indispensável desta instituição nas ações sobre interesses coletivos *latu sensu*. E, por fim, no parágrafo 3º deste mesmo artigo, explica que “em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”, o que, significa que, ainda que outro legitimado do artigo 5º proponha a Ação Civil Pública, no caso deste mesmo legitimado não demonstrar mais interesse pela ação, é o Ministério Público quem deve prosseguir com a ação, pois não se admite a desistência.

Ademais, pela redação do artigo 6º da Lei 7347/85, “qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção”, o que reafirma a importância do Ministério Público na promoção da ação civil pública, pois além das ações que os próprios membros do MP ajuízam por vontade própria, há os casos em que ele é provocado pelas pessoas em geral e pelos servidores públicos.

E por fim, conforme o artigo 7º da Lei 7347/85, ainda é possível que “se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”.

Confirmando sua imensa participação na propositura da ação civil pública, o Ministério Público ainda detém poderes de instaurar inquérito civil, cujo procedimento está previsto nos artigos 8º e 9º²³² da referida lei.

²³² **Art. 8º** Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. **§ 1º** O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. **§ 2º** Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.

Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente. **§ 1º** Os autos do inquérito civil ou das peças de informação

Contudo, provavelmente, o ponto mais polêmico acerca da legitimidade do MP para propor ação civil pública é a respeito da espécie de direito que será tutelado. Não há dúvida se o direito em discussão é coletivo ou difuso, porém, quando se trata de direitos individuais homogêneos, a jurisprudência diverge. Rodolfo de Camargo MANCUSO afirma que esta discussão se iniciou pelo conceito legal destas espécies de direito:

Essas três espécies de ordens de interesses constituem espécies do gênero “metaindividual” (ou transindividual, como quer o CDC), mas há uma diferença fundamental entre, de um lado, os interesses difusos/coletivos, e, de outro, os interesses individuais homogêneos. É que aqueles primeiros são essencialmente, substancialmente, necessariamente coletivos, “latu sensu”, na medida em que seu objeto é indivisível e os seus sujeitos concernentes são indetermináveis (absolutamente, no caso dos difusos, e relativamente, no caso dos coletivos), já os individuais homogêneos são coletivos apenas na forma, no modo do exercício, sendo, pois, coletivos apenas em função de uma contingência episódica: a origem comum.²³³

Rodolfo de Camargo MANCUSO aponta a existência de, basicamente, quatro correntes divergentes a respeito da legitimidade do Ministério Público:

(a) uma primeira corrente faz a distinção entre direitos individuais homogêneos indisponíveis e direitos individuais disponíveis para negar legitimidade ao Ministério Público para a tutela dos direitos individuais homogêneos disponíveis (esta corrente tem sido forte acolhida nos Tribunais Superiores, STF e STJ); (b) um segundo entendimento nega peremptoriamente legitimidade ativa ao Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos sob o argumento de que a CF/88 não lhe conferiu tal atribuição, de sorte que lei infraconstitucional não poderia conferir ao Ministério Público a legitimidade ativa para a tutela de direitos individuais homogêneos, pois tal atribuição não estaria de acordo com as suas finalidades institucionais; (c) uma terceira corrente admite a legitimidade ativa do Ministério Público sem qualquer restrição, já que a ação coletiva, por si só, já é de interesse social; (d) uma quarta corrente admite a legitimidade do Ministério Público sempre que se busque a tutela de direitos individuais homogêneos de repercussão social²³⁴.

arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público. § 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação. § 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento. § 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

²³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do Consumidor em juízo**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2001.p.35.

²³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85** – reminiscências e reflexões após dez anos de publicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.438-450.

Para uma parte dos juristas brasileiros, a ligação entre os titulares de direitos individuais homogêneos, ainda que justifique o uso do instituto processual da ação civil pública (como ação coletiva), é insuficiente para sedimentar a legitimidade ativa do Ministério Público neste tipo de ação, pois o MP é instituição do Estado destinada a proteger interesses sociais e coletivos *latu sensu*, e não direitos individuais ainda que de origem comum.

Em sentido oposto, admitindo a legitimidade do MP para defender direitos individuais homogêneos, tem-se o posicionamento de Luis Guilherme MARINONI²³⁵. Este autor defende uma interpretação sistemática dos dispositivos atuais (CF, Lei da Ação Civil Pública (L. n.7.347/85) e CDC), e entende que mesmo sem constar expressamente no art. 129, III da CF, o MP tem legitimidade para propor ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, por previsão expressa do CDC no art. 82, I, e por autorização em lei específica (art. 6º XII da LC 75/1993). Mesmo infraconstitucionais estas determinações, elas não são inconstitucionais, porque a própria CF permite a ampliação da competência do MP por força do seu art. 129, IX. A única ressalva que se faz é em relação à relevância social do direito individual homogêneo a ser defendido pelo Ministério Público – não é qualquer direito individual homogêneo que pode ser defendido pelo MP, é necessário que sejam interesses sociais ou individuais disponíveis (art. 127, *caput*, CF).

Assim, ainda que exista uma tendência pela primeira corrente citada (que admite a legitimidade do MP apenas quando a demanda versar sobre direito individual homogêneo indisponível), ainda é possível encontrar decisões com outros posicionamentos.

Como exemplo disto, neste julgado abaixo, do STJ, não considerou o MP como um dos legitimados porque o MP deve atuar em prol da sociedade como um todo, não defendendo o interesse de parcela ínfima de consumidores, conforme o caso em tela:

AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - LEGITIMIDADE ATIVA - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - DIREITO DO CONSUMIDOR - DEFESA - PARCELA ÍNFIMA DE CONSUMIDORES - DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO NÃO CARACTERIZADO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

I. É inadmissível o Recurso Especial quanto à questões que não foram apreciadas pelo Tribunal de origem, incidindo, à espécie, o óbice da Súmula 211/STJ.

²³⁵ MARINONI, L.G. *Curso de Processo Civil*. V.5 – Procedimentos Especiais. p.303-304.

II - A atuação do Ministério Público como substituto processual na defesa de direitos decorrentes de relação de consumo, é legítima apenas quando balizada pelo trato impessoal e coletivo dos direitos subjetivos lesados. Não compete ao Parquet a proteção individual, pessoal, particular, de grupo isolado, mas a defesa coletiva dos consumidores, considerada em sua dimensão comunitária e, portanto, impessoal, objetivando o cumprimento da lei em benefício da sociedade como um todo.

III - A pretensão formulada não pode ser considerada hipótese de direitos individuais homogêneos, uma vez que não há interesse coletivo relevante a ser tutelado diante da insurgência de parcela mínima dos adquirentes de unidades do conjunto habitacional. Agravo Regimental improvido²³⁶.

E, em sentido oposto, nesta decisão abaixo o MP foi considerado parte legítima para defender os direitos individuais homogêneos:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAIS CONFIGURADOS.

- O Ministério Público tem legitimidade processual extraordinária para a propositura de ação civil pública objetivando a cessação de atividade inquinada de ilegal de captação antecipada de poupança popular, disfarçada de financiamento para compra de linha telefônica.

- Não é da natureza individual, disponível e divisível que se retira a homogeneidade de interesses individuais homogêneos, mas sim de sua origem comum, violando direitos pertencentes a um número determinado ou determinável de pessoas, ligadas por esta circunstância de fato. Inteligência do art. 81, CDC.

- Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância. Precedentes. Recurso especial provido²³⁷.

Os que defendem a legitimação do MP para a tutela dos direitos individuais homogêneos em sede de ação civil pública interpretam sistematicamente a Lei 7347/85, o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal de 1988. Assim, por força dos dispositivos do CDC, é possível que o MP seja legitimado a defender os direitos individuais homogêneos (art. 81, § único, III, do CDC), e, nos casos em que não for o autor da ação, deverá obrigatoriamente atuar como fiscal da lei:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

²³⁶ STJ, AgRg no REsp n. 710.337-SP (2004/0176979-7). Rel. Min. Sidnei Beneti. Julgado em 15.12.2009, publicado no DJe em 18.12.2009.

²³⁷ STJ, REsp. n. 910.192-MG (2006/0270463-3). Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 02.02.2010, publicado no Dje em 24.02.2010.

Art. 92. O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.

Inclusive, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo quando disciplinou temas de Direitos Difusos e Coletivos, afirmou a legitimidade do MP para os direitos individuais homogêneos:

SÚMULA 7 – O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (v.g., dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária.”

Fundamento – legitimação que o Código do Consumidor confere ao Ministério Público para a defesa de interesses e direitos individuais homogêneos há de ser vista dentro da destinação institucional do Ministério Público, que sempre deve agir em defesa de interesses indisponíveis ou de interesses que, pela sua natureza ou abrangência, atinjam a sociedade como um todo (PT. N. 15.939/91). Em três modalidades principais de interesses e direitos individuais homogêneos mostra-se presente o pressuposto de *relevância social*, previsto no art. 127, da Constituição Federal. Primeiro, quando a conduta do infrator afetar direitos ou garantias constitucionais, hipótese em que a legitimação decorre da natureza e relevância jurídicas do bem jurídico afetado (dignidade da pessoa humana, saúde, segurança, educação, etc.). Neste caso, a relevância social está fundada em *ratio substantiva*. Segundo, quando o número de lesados impossibilita, dificultar ou inviabilizar a tutela dos interesses e direitos afetados (v.g., danos massificados); aqui, estamos diante de relevância social decorrente de *ratio quantitativa*. Terceiro, quando, pela via da defesa de interesses e direitos individuais homogêneos, o que pretende o Ministério Público é zelar pelo respeito à ordem jurídica em vigor, levando aos tribunais violações que, de outra parte, dificilmente a eles chegariam, o que poderia, em consequência, desacreditar o ordenamento econômico, social ou tributário. Temos, aí, relevância social alicerçada em *ratio pragmática* (PT 39.727/02 – ALTERADA A REDAÇÃO ANTERIOR)²³⁸.

No sentido de admitir esta legitimidade do MP em relação aos direitos individuais homogêneos, o STF até já criou súmula a respeito:

Súmula 643 do STF: O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajusta de mensalidades escolares.

²³⁸ Retirado de <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao4/CSMP-sumulas.pdf>> , consultado em 30 de setembro de 2010, as 19h52.

As diversas correntes doutrinárias divergentes neste assunto provocam uma não uniformidade na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Cada caso é um caso. Todavia, conforme leciona Luis Roberto BARROSO²³⁹,

O Ministério Público, instituição essencial à justiça (art. 127) e que tem por função, constitucionalmente atribuída, a promoção da ação civil pública (art. 129, III), tem sido, historicamente, o principal sujeito ativo deste remédio constitucional, tendo figurado como autor mais vezes do que todos os demais legitimados somados. E quando, não seja parte, deve funcionar como fiscal da lei (Lei 7.347/85, art. 85, § 1º) Prevê a lei, ainda a possibilidade de litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses transindividuais (Lei 7.347/85, art. 5º, § 5º).

E mais adiante,

Em algumas situações, o titular do direito material não é a pessoa mais adequada para enfrentar o peso dos adversários mais instruídos, mais estruturados e com maior poderio econômico. Por tal fundamento, têm sido admitidas ações ajuizadas pelo Ministério Público.

Diante deste panorama, Ana Queiroz SANTOS²⁴⁰ realizou uma pesquisa no estado de Pernambuco no ano de 1997 para analisar o papel do Ministério Público nas ações civis públicas. Seu objetivo era *fotografar* o perfil dos conflitos que buscavam solução jurisdicional e diagnosticar as dificuldades para seu processamento. Durante o período de 1992 a 1996, suas bases de estudo, a promotora concluiu que houve aumento progressivo no número de ações ajuizadas a cada ano, o que se justificaria pela expectativa que se criou de que o Judiciário discute e traz soluções aos conflitos a ele apresentados. Esta mesma pesquisa mostrou que é o Ministério Público quem detém a titularidade de pelo menos 84% das ações civis públicas, reafirmando o seu compromisso constitucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Por outro lado, a resultado deste estudo revelou que 48% dos réus nestas ações são as entidades que compõe a Administração Pública (Estados, Municípios, e Autarquias), o que, infelizmente, revela uma lacuna do poder público em relação a sociedade civil, pois ao invés de a Administração Pública estar defendendo os interesses transindividuais, ela é que freqüentemente os viola. Isto nos permite concluir que na maior parte dos conflitos é o Estado contra o próprio Estado nos pólos processuais. De um lado está um ente da Administração Pública e do outro está o

²³⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** p.226,227 e 230.

²⁴⁰ SANTOS, Ana Queiroz. Mas a que vêm as ações civis públicas?... Breve relato sobre os resultados de uma pesquisa. In: **Livro de Teses: O Ministério Público Social – 13º Congresso Nacional do Ministério Público.** Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1999. Volume 2. p.279-331.

MP, reivindicando alguma questão social afetada pelo falho desempenho da atividade administrativa estatal, principalmente algum direito de segunda geração, que compõe o direito à cidadania (educação, saúde, vida, dignidade da pessoa humana). Dentre os pedidos, não houve como se catalogar, pois foram os mais variados possíveis, revelando que não pode haver em lei alguma um rol restritivo das possibilidades de cabimento para esta ação. Foram propostas desde ações para ressarcimento de grandes danos, até de interdição de estabelecimento comercial, o que também nos permite concluir que vários tipos de mecanismos precisam ser criados, além dos que já existem, ou que os instrumentos de que já dispomos se flexibilizem/especializem a ponto de resolver efetivamente as questões que se apresentam, independente de suas proporções.

Para esclarecer as divergências anteriores, sobre o cabimento ou não da ação civil pública legitimada pelo Ministério Público em sede de controle difuso de constitucionalidade das omissões legislativas, faz-se necessário diferenciar direitos individuais indisponíveis, difusos, coletivos, e individuais homogêneos, por serem os seus objetos de proteção quando na propositura da ação civil pública. Assim, a partir de uma leitura sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, diferencia-se:

Os direitos indisponíveis, sociais ou individuais, não têm uma definição expressa em lei, e, na prática, se confundem com os direitos fundamentais descritos no Título II da Constituição Federal (direito à vida, à saúde, à moradia, à educação, ao lazer, à cidadania, à nacionalidade, à liberdade, à identidade civil, dentre outros). Tratam-se daqueles direitos que não podem ser objeto de renúncia por parte de seu titular e estão intimamente relacionados à sobrevivência do homem-indivíduo em sociedade, que o Estado faz questão de proteger para garantir a ordem pública.

Já os interesses ou direitos difusos, para o Código de Defesa do Consumidor, são aqueles direitos transindividuais, de natureza indivisível, titularizados por pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fato. Esta definição se encontra no artigo 81, § único, I do CDC, e embora diga expressamente que seja o entendimento válido para a aplicação das normas de direito do consumidor, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, este conceito é válido para outros ramos do direito. José Carlos Barbosa MOREIRA²⁴¹ entende que dentre os titulares de direitos difusos é possível identificar um destino tão unido que a satisfação de um só implica necessariamente na

²⁴¹ MOREIRA, Barbosa. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**. In: Temas de Direito Processual. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 195

satisfação dos interesses de todos, e, da mesma forma, a lesão de um só constitui lesão da coletividade inteira.

Interesses ou direitos coletivos, a partir do conceito extraído do artigo 81, § único, II do CDC, são os transindividuais de natureza indivisível cuja titularidade seja de um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Da mesma forma que os demais conceitos trazidos por este dispositivo legal, este entendimento se aplica a outros ramos do direito.

E, por fim, a definição de direitos individuais homogêneos é a mais simplificada do CDC, entende-se que são interesses ou direitos individuais homogêneos aqueles decorrentes de origem comum (art. 81, § único, III do CDC). Luis Roberto BARROSO entende que, “ao contrário dos direitos difusos e coletivos (“transindividuais de natureza indivisível”), o objeto dos interesses individuais homogêneos é divisível, pois o dano e a responsabilidade se caracterizam por sua extensão variável e atribuível a cada um dos interessados”²⁴². É possível identificar cada um dos lesados (titulares do referido direito). Para o STJ, “há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública”²⁴³. Trata-se de um fenômeno que ultrapassa os limites do direito, e chega na dimensão do social, pois são direitos cujo objeto é divisível, e que caso sejam pleiteados em juízo separadamente, por força da eventualidade que permeia os processos, podem receber sentenças opostas. E, ainda, “o simples fato de o interesse ser supra-individual [porque é mais que a soma dos direitos individuais], por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações”²⁴⁴.

A origem da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública se deve à tendência de se buscar por um representante adequado e capaz de defender os interesses de um grupo, ou da coletividade. É um movimento cuja origem está nas *class actions anglo-americanas*, que estão inseridas num sistema legal no qual a “avaliação da condição de certo(s) autor(es) para representar os interesses de todo o grupo é feita pelo magistrado, caso a caso, conforme expressem efetivamente os interesses da categoria e sejam

²⁴² BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional...** p.222

²⁴³ STJ, DJU de 01.02.1999, p.221, REsp 95347-SE, Rel. Min. Edson Vidigal.

²⁴⁴ STJ, REsp. 637332/RR. Rel. Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Primeira Turma, data do julgamento 24.11.2004, publicação DJ 13.12.2004, p.242.

dignos de agir em nome dela em juízo”²⁴⁵. É o que se chama, no sistema processualista norte-americano, de “representatividade adequada” no processo coletivo.

A realidade brasileira é diferente da realidade anglo-americana. Conseqüentemente as *class actions* foram adaptadas às nossas peculiaridades políticas e jurídicas.

No modelo original, o representante do grupo deveria ter alguma relação real, concreta com o direito que estava sendo violado (um dos cidadãos lesados). Entretanto, no Brasil, os legitimados a propor as ações coletivas vêm enumerados num artigo de lei, e não variam caso a caso, como no modelo estrangeiro. Ter sido lesado não é um requisito fundamental, pois inúmeros direitos defendidos pela via da ação civil pública não estão ligados concretamente com a função essencial dos legitimados para este tipo de ação. Exemplificando: nos EUA o legitimado a propor uma ação coletiva é um cidadão, representando um grupo de pessoas lesadas pelo ato, ou omissão de um terceiro; no Brasil, a ação coletiva é proposta, principalmente, por agentes políticos (Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios, Distrito Federal), que não foram lesados diretamente, na maioria dos casos, pelo ato ou pela omissão do terceiro.

As *class actions* têm o objetivo de garantir à população o acesso à justiça, bem como permitir uma economia processual, e uma efetiva e uniforme tutela jurisdicional diante de situações que merecem o mesmo tratamento jurídico. Para isto, possuem requisitos: (a) numerosidade de casos; (b) que estes casos abordem uma questão comum; (c) que haja tipicidade da matéria posta em juízo; e (d) representação adequada.

Em outras palavras, as *class actions* estão inseridas num sistema que permite a existência de um único processo que pleiteia direitos iguais de várias pessoas ao mesmo tempo, que será finalizado por uma única sentença, o que promove a celeridade processual, o não inchaço do poder judiciário, e, o principal, que é a uniformidade das decisões.

Luis Guilherme MARINONI²⁴⁶, em sua obra mais recente “A força dos precedentes”, diz que nos países de Common Law há uma preocupação imensamente maior com a questão dos precedentes, com a uniformidade de tratamento jurídico para situações fáticas idênticas. O autor afirma também que no sistema do Civil Law (adotado pelo Brasil) a situação é outra. A impressão é de que ninguém reage (nem doutrina, nem praxe) para evitar as decisões desiguais atribuídas a casos iguais, seja porque ninguém realmente parou para

²⁴⁵ MARINONI, Luis Guilherme. **Curso de processo civil** – v. 5, Procedimentos especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 301

²⁴⁶ MARINONI, Luis Guilherme. **A força dos precedentes**. 1.ed. Salvador: Podivm, 2010.

enfrentar esta situação, ou porque realmente se acredita que é inevitável que as decisões às vezes sejam diversas perante casos idênticos.

A questão na numerosidade de casos idênticos é fator determinante para a existência das class actions, tendo em vista que o número enorme de litisconsortes, além de ser proibido, inviabilizaria o prosseguimento de qualquer ação. Aliás, o grande número de litigantes em qualquer um dos pólos processuais é prejudicial para a celeridade da ação, em qualquer sistema processual. Sem contar no risco já mencionado de decisões disformes em ações semelhantes.

Outro ponto interessante é que as pessoas se unem em uma class action possuem um direito em comum violado, é um direito que, ainda que individual, se materializa como homogêneo para um determinado grupo. No Brasil, a situação correspondente é a proteção dos direitos individuais homogêneos principalmente via ação civil pública proposta pelo Ministério Público – no entanto, trata-se de uma questão polêmica, uma vez que a CF deu competência para o MP defender interesses difusos e coletivos, e, a partir de uma interpretação mais literal do texto constitucional, estes direitos individuais de origem comum não seriam direitos genuinamente coletivos, o que, no fim das contas, proibiria a legitimidade do MP na ação civil pública que defendesse este tipo de direito.

E, por fim, pela tipicidade e pela representação adequada compreende-se que o representante do grupo deve ser alguém que também teve seu direito lesado. Como já mencionado, no Brasil, os legitimados em regra são pré-determinados pela lei – são os agentes políticos teoricamente neutros e associações legalmente constituídas, que possivelmente guardam uma maior proximidade com os lesados.

E, ainda, nas class actions é fundamental que não existam interesses divergentes dentro do mesmo grupo – pois ocorrendo esta hipótese, a situação é resolvida com subdivisão da ação antes da sentença em grupos menores cujos membros tenham os mesmos interesses em juízo.

É possível identificar que o contexto de origem desta legitimidade do Ministério Público foi o mesmo que promoveu um maior acesso a justiça. Mauro CAPPELLETTI²⁴⁷ teceu significativos estudos sobre o tema do acesso à justiça. Trata-se de assunto atual, pois, nas palavras de Luis Guilherme MARINONI, como a globalização criou uma “sociedade (...) caracterizada por ser de produção e consumo de massa, é natural que

²⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. São Paulo: Sergio Fabris, 1989.

passem a surgir conflitos de massa”²⁴⁸, e a necessidade de se ter um substituto processual adequado. Neste momento, notou-se que o acesso à justiça caracterizava-se como uma exclusividade da elite consumidora. Diante disto várias providências foram tomadas para que a população como um todo tivesse a oportunidade de pleitear em juízo a proteção de seus direitos ameaçados e/ou violados.

Podem-se citar algumas notáveis mudanças no ordenamento jurídico brasileiro que caminharam no sentido do aumento do acesso à justiça.

A Lei 1.060 de 1950, que garante a assistência judiciária gratuita a todos os que dela necessitarem, ou seja, para todos aqueles cuja situação econômica não lhe permite pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

A criação dos juizados especiais, no ano de 1995 (Lei 9.099), para o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade, e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante o uso dos procedimentos oral e sumaríssimo, e com a possibilidade da transação e julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Além da matéria mais simples, para causas de menor valor, quem pleiteia direitos perante os juizados especiais não precisa ser representado por advogado (portanto não precisa arcar com honorários), nem tem a obrigação de pagar custas processuais. Não é a toa que os juizados são muito procurados. A diminuição dos custos que se tinha quando da propositura de uma ação foram reduzidos praticamente a zero, e a decisão, (proferida pelo juiz ou através da homologação de um acordo) não se diferencia das demais sentenças do ordenamento, formando coisa julgada e podendo ser executada.

A institucionalização da Defensoria Pública, prevista no art. 134 da CF, com função essencial à jurisdição do Estado: de prestar orientação jurídica e defesa aos necessitados, em todos os graus de jurisdição, na forma do art. 5º, LXXIV da CF. Este mesmo artigo 134 da CF prevê que lei complementar irá organizar a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados. Apenas o Estado do Paraná, dentre os estados brasileiros, ainda não tem Defensoria Pública instituída, conforme manda o dispositivo constitucional.

E, por fim, a Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347 de 1985, que permitiu que associações regularmente constituídas há mais de um ano pleiteassem em juízo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Este mecanismo tornou possível analisar

²⁴⁸ MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de processo civil* – v. 5, Procedimentos especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 293.

juridicamente as causas economicamente inviáveis quando propostas individualmente, principalmente aquelas cujo valor do dano a ser ressarcido era ínfimo em relação ao valor das custas e do desgaste do processo judicial.

Estas medidas foram fundamentais para a aproximação da população do poder judiciário, e conseqüentemente, para criar uma cultura de que não é apenas a elite quem pode ter seus direitos protegidos pelo Estado. Fato este que, inclusive, segundo Eduardo APPIO, contribuiu para que se constatasse que até mesmo a Constituição, documento supremo no ordenamento jurídico brasileiro que contém todos os direitos e garantias necessários para a vida digna de uma pessoa, às vezes, é alvo de descrença por parte da população. As palavras do referido autor, confirmam esta situação:

É interessante revelar que o desejo de normatividade da Constituição não é coletivo. A maior parte da população brasileira, diante da vida precária imposta pelo processo de exclusão social, não tem conhecimento dos direitos previstos na constituição e da importância desta normatividade. Aqueles que têm acesso a bens culturais, por sua vez, subestimam o papel da constituição, diante das dificuldades intermináveis de serem cumpridas as promessas sociais e econômicas do constituinte de 1988. Apenas uma pequena parcela de juristas reconhece o papel da constituição no inconsciente coletivo nacional, pois reconhecem um espírito de unicidade nacional que depende da superação dos dogmas do liberalismo, como a da igualdade²⁴⁹.

Para este autor, e vários outros, é uma questão cultural, e não apenas de impedimentos procedimentais, que afastou a população do poder judiciário, e da participação política²⁵⁰ como um todo. Assim, para suprir esta distância e reverter este quadro de ausências, é que se atribuiu ao Ministério Público a função de zelar pelos direitos cuja proteção caberia a população em geral, porque se espera recuperar a confiança das pessoas em relação ao Direito e aos demais textos normativos. Desse modo, tenta-se evitar que agentes públicos e privados, internos e externos, violem preceitos constitucionais.

²⁴⁹ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas públicas no Brasil**. p.113.

²⁵⁰ Eduardo APPIO, em outra passagem (pág. 189), afirma que: “o cidadão-eleitor nunca esteve tão distanciado do núcleo político das decisões, seja por conta da proposital alienação imposta pelos meios de comunicação social (empresas privadas), seja pelo discurso científico de uma tecnocracia invisível que opera no interior do estado usando de sua estrutura burocrática. As decisões sobre o conteúdo das políticas públicas, no BR, raramente são avaliadas previamente pela população. As políticas públicas surgem como mais um produto da máquina de propaganda dos governos eleitos, a qual parece ser a única a funcionar com eficiência no Brasil, e para a qual os recursos públicos raramente são contingenciados.” (in: APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas públicas no Brasil**. Curitiba, Juruá, 2008).

5.3 No controle concentrado

Com exceção do mandado de injunção, que pressupõe caso concreto, conseqüentemente, partes diretamente interessadas, titulares dos direitos violados pela omissão legislativa, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a argüição de descumprimento de preceito fundamental são processos objetivos, que não tem partes nem lide. Para estas duas ações, as partes são meramente formais, embora seja possível falar-se em legitimidade ativa e passiva²⁵¹.

5.3.1 Legitimidade para propor mandado de injunção.

Tendo em vista o objetivo do referido instituto, basta que haja interesse e legitimidade (conforme o art. 3º do CPC), para que seja possível impetrar mandado de injunção. Assim, todos que se sentem impedidos no exercício de direito ou liberdade constitucional ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, por ausência de norma reguladora, podem propor a referida ação. Dessa forma, praticamente não existem

restrições à legitimidade ativa em sede de mandado de injunção. Isto porque, toda pessoa é sujeito de direitos, basta que estes direitos sejam os estabelecidos no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal, e que preencham os requisitos de cabimento do *writ*, para que sejam tuteláveis pelo mandado de injunção (...). Assim, a titularidade para a impetração do mandado de injunção é ampla. Pode ser impetrado por pessoa natural, jurídica, de direito público ou privado. Ainda, nada obsta que seja figura despersonalizada, v.g., o espólio, a massa falida, etc. Destarte, na verdade, o que ocorre é que em face das regras estabelecidas na Constituição Federal de 1988, que são claras a respeito do mandado de injunção, não seria lícito tampouco constitucional, nem ao intérprete e nem ao legislador infraconstitucional (se eventualmente criasse lei específica sobre a matéria), diminuir o âmbito amplíssimo da legitimidade ativa para a propositura do mandado de injunção, sob pena de que, se o fizesse, estaria atentando contra o princípio constitucional do direito de ação, na medida em que dificultaria o exercício do referido *writ*²⁵².

²⁵¹ CLÈVE.C.M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.159

²⁵² Marcelo Abelha RODRIGUES citado por Rodrigo Reis MAZZEI. *Mandado de Injunção*. In: DIDIER Jr, Fredie (org). *Ações Constitucionais*. Salvador: Podivm, 2006. p.176.

A dúvida existe em relação ao mandado de injunção coletivo. Para o STF, são legitimados para o mandado de injunção coletivo os mesmos sujeitos legitimados para o mandado de segurança coletivo²⁵³, conforme o artigo 5º, LXX da CF:

Art. 5º, LXX: O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
 a) partido político com representação no Congresso Nacional,
 b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados²⁵⁴

Todavia, pela natureza do instituto, na opinião de Rodrigo Reis MAZZEI²⁵⁵, não poderia haver limitação no rol de legitimados porque o próprio artigo 5º, LXX não é exaustivo.

Assim, por interpretação do artigo 129, II da CF, é possível que o Ministério Público também tenha legitimidade ativa para o mandado de injunção, pois:

Art. 129, CF: São funções institucionais do Ministério Público:
II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

Deste dispositivo legal, entende-se que havendo direito assegurado pela Constituição que não possa ser efetivamente usufruído, cabe ao Ministério Público intervir nesta situação, podendo se valer das medidas necessárias cabíveis. Ou seja, caso a CF mencione um direito e este não seja auto-aplicável, porque dependente de regulamentação futura, pode o MP impetrar mandado de injunção, pois a abertura dada pela redação da última parte do inciso II não só admite o uso de qualquer via processual, como não exclui o mandado de injunção. Ademais, o próprio art. 5º, LXXI da CF também não exclui expressamente o Ministério Público como legitimado. Complementando esta possibilidade, o art. 6º da Lei Complementar n.75 de 1993 (Estatuto do Ministério Público da União) estabelece que:

Art. 6º da LC 75/93: Compete ao Ministério Público da União:
VIII - promover outras ações, nelas incluído o 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, quando difusos os interesses a serem protegidos;

²⁵³ MENDES. Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. p.293

²⁵⁴ No atual entendimento do STJ, não é necessária mais a autorização expressa dos associados para fins de impetração de mandado de segurança coletivo, o que foi estendido ao mandado de injunção.

²⁵⁵ MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de Injunção. In: DIDIER Jr, Fredie (org). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podivm, 2006.

Em síntese, todos os que tiverem direito ou liberdade constitucional ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania limitada pela falta de norma regulamentadora podem impetrar, individualmente, mandado de injunção. Todavia, o mandado de injunção coletivo pode ser impetrado pelos legitimados do art. 5º, LXX da CF e também pelo Ministério Público, a partir de uma interpretação sistemática entre os artigos 127 e 129, II da Constituição Federal, e do art. 6º, II da LC 75/93.

5.3.2 Legitimidade para propor argüição de descumprimento de preceito fundamental.

De acordo com a redação do art. 2º da Lei 9.882/99:

Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - ~~qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato de Poder Público.~~

(VETADO)

§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

Pela análise deste artigo há uma remissão explícita ao artigo que traz os legitimados a ação direta de inconstitucionalidade: o 103 da CF de 1988. Inicialmente, este dispositivo mencionava apenas a legitimidade do Procurador-Geral da República, entretanto, com a emenda constitucional n.45 de 2004, o rol de legitimados a propor ADIN e ADC, foi ampliado, o que, conseqüentemente, alterou os legitimados a propor ADPF, que agora são:

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

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

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

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

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

Pode-se concluir que Prefeitos e Câmara de Vereadores não têm legitimidade para propor ADPF, mesmo havendo a possibilidade de o instituto ser usado no combate a atos municipais contrários a preceitos fundamentais constitucionais. E o cidadão, embora legitimado na ação popular, por veto do art. 2º, inciso II e § 2º da Lei 9.882/99, não é legitimado ativo para propor ADPF nem as demais ações de controle concentrado de constitucionalidade. O Presidente da República, na época Fernando Henrique Cardoso, justificou o veto, que foi da seguinte maneira:

A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento²⁵⁶.

Este veto contrariou a essência da própria ADPF, conforme explica Daniel SARMENTO, pois o instituto foi concebido para proteger os direitos fundamentais lesados pelo poder público, e converteu-se, após o veto, em um processo predominantemente

²⁵⁶ Mensagem n.1807 de 03 de dezembro de 1999.

objetivo, destinado a garantia da ordem constitucional lesada ou ameaçada por ato estatal comissivo ou omissivo²⁵⁷.

Este veto não foi o mais adequado, pois já havia outras limitações legais para a ADPF, que impediam que qualquer ofensa a direito do cidadão acionasse o STF: não é qualquer ofensa a Constituição, mas apenas a preceitos fundamentais, há também o princípio da subsidiariedade, conferindo preferência a outras vias processuais cabíveis para a mesma situação, e é necessária controvérsia constitucional relevante sobre a aplicação da lei ou ato do poder público no âmbito de processo em curso, o que, em outras palavras, desmente o conteúdo do veto presidencial, pois tanto o legislador constituinte, quanto o legislador ordinário estabeleceram requisitos específicos para a admissibilidade da ADPF. Este veto causou um gigantesco obstáculo ao direito de petição do cidadão, que, embora possa solicitar representação ao Procurador-Geral da República, pode ter seu pedido negado (pois o artigo diz que o Procurador-Geral ao examinar os fundamentos jurídicos do pedido decidirá sobre o cabimento ou não da solicitação), e não dispor de nenhum outro meio para defender (sozinho ou assistido) sua própria causa, não cabendo nem a representação ao STF, conforme previa o art. 2º § 2º da Lei 9.882/99, também vetado na mesma ocasião²⁵⁸.

²⁵⁷ SARMENTO, Daniel. **Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Júris, 2001. p.106.

²⁵⁸ A redação do art. 2º § 2º da Lei 9.882/99 era a seguinte: § 2º Contra o indeferimento do pedido [de representação feito ao Procurador-Geral da República], caberá representação ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de cinco dias, que será processada e julgada na forma estabelecida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal." A íntegra das **razões deste veto** foram as seguintes: "A exigência de um juízo favorável do Procurador-Geral da República acerca da relevância e da consistência da fundamentação da representação (prevista no § 1º do art. 2º) constitui um mecanismo adequado para assegurar a legitimidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A legitimidade da exigência reside não só na necessidade de resguardar a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal – por meio da indagação substancial acerca da relevância e da consistência das questões a serem apreciadas – bem como em razão da inexistência de um direito subjetivo a essa prestação jurisdicional. Com efeito, ao apreciar o Mandado de Segurança nº 23565-DF (Relator Ministro Celso de Mello), asseverou ainda o Supremo Tribunal Federal: "Em suma: a eventual pretensão de terceiro, em não sofrer os efeitos derivados de norma legal ou de emenda à Constituição, ainda em fase de elaboração, e alegadamente ofensiva de qualquer das cláusulas constitucionais, não se eleva, por si só, à condição de direito líquido e certo para fins do processo mandamental e de ativação da jurisdição do Estado, especialmente – tal como no caso ocorre – se a tutela jurisdicional é invocada para paralisar o curso regular de processo de reforma da Carta Política instaurado perante órgão competente". Por outro lado, a existência de amplo rol de entes social e juridicamente legitimados para a promoção do controle abstrato de normas assegura a adequada veiculação das questões constitucionais de fundamentação relevante e consistente, sem prejuízo do amplo acesso individual ao controle difuso de constitucionalidade. Nessa medida, inexistindo direito subjetivo a um acesso imediato ao Supremo Tribunal Federal ao mesmo tempo em que se asseguram outras e amplas vias para o processo e julgamento das controvérsias constitucionais pertinentes, a admissão de um recurso ao Supremo Tribunal Federal na hipótese de indeferimento da representação desqualifica o necessário exame de relevância e consistência pelo Procurador-Geral da República e cria, em verdade, procedimento adicional e desnecessário a demandar processamento e julgamento específico. Impõe-se, destarte, o veto da disposição por contrariar o interesse público". Mensagem n. 1807 de 03 de dezembro de 1999.

O rol dos legitimados do art. 103 da CF, quando se trata da modalidade autônoma de ADPF, não apresenta problema algum. Contudo, as incoerências do nosso sistema jurídico aparecem quando analisamos a modalidade incidental. Esta última surge necessariamente a partir de um caso concreto, com partes definidas, e submetido a julgamento perante as instâncias originárias. Por isto, a previsão original da Lei 9882/99 não era absurda, em permitir que qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público pudesse propor ADPF. Entretanto, com o veto presidencial, a razão de ser da modalidade incidental da ADPF deixou de existir: não mune as partes processuais (autor, réu e intervenientes) com um mecanismo célere capaz de levar ao conhecimento do STF um questão constitucional, fundada em uma ameaça ou lesão a princípio constitucional fundamental originada em ato ou omissão do poder público. E, por fim, ainda que sob reivindicações, o STF tem mantido a interpretação literal destes dispositivos quanto a legitimidade das partes interessadas, extinguindo sumariamente por ilegitimidade ativa as ações propostas por pessoas diversas daquelas previstas no art. 103 da CF, impedindo totalmente o acesso do cidadão diretamente interessado na resolução da questão à jurisdição concentrada do STF.

A partir da conjugação de dispositivos da CF e da Lei da ADPF, prevalece, ainda, o entendimento de que o Procurador-Geral da República mesmo quando é o autor da ADPF, por força do art. 103 § 1º da CF, deve se pronunciar a respeito dela, ao contrário do que dispõe o art. 7º § único da Lei 9.882/99 (“o Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações”), pois são inconfundíveis as posições de autor e fiscal da ordem jurídica.

Relembra-se que estes legitimados ativos não são partes materiais na ação, pois no processo de natureza objetiva, não existem partes litigantes. Por isto mesmo, uma vez proposta a arguição, não se admite desistência – é sempre o Ministério Público quem a assume quando outro legitimado desiste.

Embora o inciso II do art. 2º da Lei 9.882/99 tenha sido vetado, em nada altera a vigência do parágrafo 1º do artigo 2º, que segue os mesmos moldes da ação direta de inconstitucionalidade. Assim, a pertinência temática e o interesse não são necessários aos legitimados universais (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional), mas imprescindíveis aos legitimados especiais (Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, confederações sindicais ou entidades de âmbito nacional).

Todos estes legitimados ativos, com exceção do Procurador-Geral da República que tem capacidade postulatória, a princípio, devem propor a ADPF representados por advogado. Todavia, o STF²⁵⁹, em julgado relativo a ação direta de inconstitucionalidade, decidiu que a capacidade postulatória é inerente a legitimidade das autoridades previstas no art. 103, incisos I ao VII, da CF, sendo obrigatório apenas aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Quanto aos legitimados passivos, são as autoridades, órgãos ou entidades responsáveis pela prática do ato questionado ou pela omissão censurada. Porém, isto não significa que devem ser consideradas como partes passivas, uma vez que a ADPF não é proposta contra alguém, mas em face de uma lei ou ato ou, ainda, omissão do poder público supostamente violador de um preceito constitucional fundamental²⁶⁰. Devido a omissão da Lei 9.882/99, o Advogado-Geral da União deve agir como curador especial do atacado, obrigatoriamente defendendo a presunção de constitucionalidade do ato, normativo ou não, do poder público que está sendo reclamado, assim como ocorre na ação direta de inconstitucionalidade. Todavia, se o ato questionado for uma omissão do poder público, não é possível a participação do Advogado-Geral da União, salvo se a omissão for parcial, hipótese na qual também há um ato do poder público.

Portanto, embora existam inúmeros legitimados a propor a ADPF, é certo que, pela existência do § 1º do art. 103 da CF, o Ministério Público, representado pelo Procurador-Geral da República, ainda continua como protagonista no controle concentrado, pois quando não for o autor original da ação, será fiscal da lei, ou ainda, o legitimado subsidiário (que assume a ação no momento em que se encontrar no caso de outro legitimado desistir).

5.3.3 Legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Antes da CF de 1988, a legitimidade ativa para propor ações diretas de inconstitucionalidade era monopólio do Procurador-Geral da República²⁶¹. Contudo a CF de 1988 inovou neste aspecto e aumentou significativamente o rol de legitimados a propor ações

²⁵⁹ Conforme ADIN 120-AM (Pleno), Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 20.03.1996, DJU de 26.04.1996.

²⁶⁰ CUNHA Jr, Dirley da. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In: DIDIER Jr. Fredie (org). *Ações Constitucionais*, Salvador: Podivm, 2006. p.452-453.

²⁶¹ CLÈVE.C.M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p. 162

diretas de inconstitucionalidade, conforme se verifica a partir da leitura do art. 103, caput, da CF.

Salienta-se que até a alteração da Lei 9868 de 1999 pela Lei 12.063 de 2009 não havia regulamentação expressa para o instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ou seja, desde sua primeira menção, no art. 103 da CF de 1988 até outubro de 2009, a ADIN por omissão era praticamente inutilizada porque seu procedimento era indefinido. Apenas com esta alteração recente é que foi criado um capítulo próprio para a ADIN por omissão (Capítulo II-A).

Esta nova lei estabeleceu os legitimados a propor esta ação de inconstitucionalidade por omissão, no seu art. 12-A:

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

Assim, por força deste referido artigo, consideram-se legitimados a propor ADIN por omissão os entes enumerados no art. 103, caput, da CF de 1988, que foi alterado pela última vez pela Emenda Constitucional n.45 de 2004:

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

- I** - o Presidente da República;
- II** - a Mesa do Senado Federal;
- III** - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV** - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V** - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI** - o Procurador-Geral da República;
- VII** - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII** - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX** - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Trata-se de um rol taxativo, no qual não se admite a inclusão de nenhum outro ente que não esteja ali mencionado, ainda que circunstâncias de fato o tornem possível.

Clèmerson Merlin CLÈVE adverte que a presença de alguns legitimados se dá por força de suas atribuições constitucionais, porque têm interesse em preservar a supremacia da Constituição, como é o caso do Presidente da República, do Procurador-Geral da República, das mesas legislativas, dos partidos políticos e do conselho da OAB²⁶².

²⁶² CLÈVE.C.M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. atual. ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.162.

Para os legitimados mencionados nos incisos I, II, III, VI, VII, VIII do art. 103 da CF não é necessário que se demonstre interesse jurídico próprio afetado pela omissão legislativa, pois são considerados legitimados ativos universais para esta ação. No entanto, os demais legitimados devem demonstrar pertinência temática (relação entre a omissão inconstitucional que se pretenda ver reconhecida e as suas respectivas atribuições ou áreas de atuação).²⁶³ É como se a ADIN, ação tipicamente objetiva, adquirisse traços subjetivos para estes legitimados, devido a necessidade de comprovação do interesse de agir. Esta diferenciação entre os legitimados, e conseqüentemente, esta prova da pertinência temática, não estão no texto constitucional, trata-se de criação do STF, que entende haver legitimados com interesses mais genéricos que outros.

Em relação a este rol de legitimados, a crítica mais comum é pela equiparação que houve entre legitimados da ADIN por omissão, ADIN genérica e Ação Declaratória de Constitucionalidade. Alguns dos legitimados ativos para a ADIN por omissão são os responsáveis ou co-responsáveis pelo estado de inconstitucionalidade e também os destinatários das decisões judiciais que declarariam situação de inconstitucionalidade e a mora legislativa.²⁶⁴

A partir disto, questiona-se se o Presidente da República e as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal teriam interesse em propor este tipo de demanda. Porque caso fossem interessados em corrigir a incompletude ou a inexistência de normas não haveria a necessidade de um processo judicial, porque estariam atuando dentro de suas competências constitucionais, de desencadear processos legislativos, quando a matéria fosse de sua competência. Estar ali, neste rol, seria apenas para a hipótese de um questionar a mora legislativa dos outros, o que parece pouco provável acontecer.

Assim, embora a lista dos legitimados seja longa, nem todos têm real interesse na sua propositura.

Como já mencionado nos tópicos anteriores, ainda que existam outros nove novos legitimados ativos, ainda é o Procurador-Geral da República, representante do Ministério Público, quem mais teria interesse em propor ações para o controle da constitucionalidade, devido a sua atribuição constitucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme o art. 129, caput, da CF de 1988.

²⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. p. 444.

²⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. p. 444.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alguns apontamentos merecem ser feitos neste momento.

1.O controle de constitucionalidade faz-se necessário em suas duas modalidades, difusa e concentrada, mesmo que não se verifique a participação do Ministério Público como legitimado ativo na propositura das ações, principalmente porque a supremacia da Constituição (formal, mas principalmente material) deve ser mantida (deve haver uma “ordem” entre as normas que compõe nosso sistema normativo). Óbvio que, tendo o Ministério Público a atribuição constitucional de defender a ordem jurídica, acrescenta-se um poderoso legitimado processual em prol desta causa.

2.O controle da omissão legislativa é recente no ordenamento jurídico brasileiro. Antes da CF de 1988, não se considerava que a falta de normas também poderia violar direitos. Só após esta data, e com as alterações supervenientes do texto constitucional, é que passaram a existir procedimentos capazes de atacar esta situação de inércia legislativa. Por esta razão, que até hoje, são mais visíveis os efeitos de uma ação que declara a incompatibilidade de uma norma com o texto da Carta Magna, porque o dispositivo inconstitucional, em regra, é excluído do ordenamento jurídico. Isto se deve ao fato de que, até bem pouco tempo, a solução para os casos que declaravam a omissão de poder público era preponderantemente uma mera cientificação do legislador responsável da mora legislativa, para que preenchesse a lacuna, embora não lhe fosse determinado prazo para agir.

3.A partir disto, ainda é possível afirmar que as vias concentradas de controle de constitucionalidade criadas para combater estas inconstitucionalidades, teoricamente, atingiriam a todos, porque a sua resposta judicial é em abstrato. Contudo, ainda são usadas com moderação, porque há receio do STF em relação a estas inovações, sem precedentes em nosso ordenamento jurídico. Talvez esta seja uma das razões para a timidez destas vias processuais, que, em sua essência, tem muito potencial de integrar a ordem jurídica com os dispositivos faltantes.

4. As alterações mais recentes em sede de controle de constitucionalidade foram trazidas pela Lei n.12.063 de 2009, que modificou dispositivos da lei n. 9.868/99, especificando procedimentos para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isso significa que, embora nossa CF exista a mais de 20 anos, não se esgotaram os esforços para que ela possa ser melhor concretizada, posto que esta nova lei significa que ainda existe comprometimento por parte dos legisladores com sua função concretizadora do Estado Constitucional.

5. Nota-se a tendência de se estender o controle das omissões também para os casos em que não haja mandamento constitucional explícito, como é o caso da inércia da atividade administrativa-legisladora de sentido não-normativo, principalmente porque todos somos responsáveis pela construção do estado constitucional, que visa concretizar ao máximo os direitos ditos como fundamentais pelo nosso ordenamento.

6. Em relação às vias difusas, neste trabalho tratou-se especificamente da ação civil pública. Esta via processual aparenta ser mais efetivas (embora não tenham sempre suas sentenças estendidas a todos), porque a resposta da jurisdição de aplica diretamente em um caso concreto.

7. Diante do exposto, não há juízo de valor entre estas formas de controle, porque mais do que antagônicas são complementares. Há situações em que o resultado esperado só pode ser obtido através do caso concreto, e noutras apenas abstratamente.

8. Porém, é desconfortável admitir que nosso ordenamento jurídico dispõe de inúmeras técnicas processuais, mas que ainda não resolvem satisfatoriamente problema tão sério como a omissão inconstitucional. O insucesso de parte destas técnicas legislativas, como o mandado de injunção, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (que inicialmente eram consideradas a solução para as omissões inconstitucionais), deve-se, talvez, a ineficácia de suas sentenças que, na maioria das vezes, são incapazes de mudar o mínimo necessário para uma melhor proteção dos direitos constitucionalmente protegidos.

9. Em relação a isto, ressalvas devem ser feitas a respeito da ação civil pública, que embora fortemente criticada como meio de controle de constitucionalidade²⁶⁵, tem se mostrado bem efetiva nos casos concretos, quando o direito prejudicado depende de norma que não existe. E isto só foi possível porque, para este instituto, há tempos já se utilizam técnicas de interpretação maximizada (e sistemática) dos dispositivos normativos que já existem – Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Civil Pública, Lei da Ação Popular e Código de Processo Civil, e Constituição Federal. Solução esta que não foi nem sequer suscitada para resolver a insuficiência dos meios processuais que dispomos para o controle concentrado de constitucionalidade – será por receio do STF em estender demais as hipóteses de cabimento das ações diretas?

10. Sabe-se que a tutela processual é historicamente entre as partes diretamente relacionadas ao direito ameaçado/violado. Contudo, hoje, dependendo do direito que está sendo pleiteado, propor uma ação isoladamente não é o meio mais adequado. É preferível que haja um legitimado capaz fazer a melhor instrução probatória possível, e que tenha autonomia para alegar e defender o direito em questão, valendo-se de todos os procedimentos existentes e viáveis para o caso.

11. Por este motivo, o Ministério Público é considerado legitimado extraordinário, por intencionalidade da CF, que quis mais um aliado na manutenção da ordem jurídica, além de objetivar um maior acesso à justiça, tendo em vista que sua atuação será em benefício daqueles que não teriam condições de pleitear sozinhos os seus direitos em juízo.

12. Dessa forma, sabe-se que o Ministério Público representa a coletividade, e tem autorização legal para se valer dos meios adequados para proteger interesses dos indivíduos quando se tratar de interesse socialmente relevante. Também se pode afirmar que o desenvolvimento do Ministério Público relaciona-se totalmente a sua posição privilegiada na CF de 1988. A esta instituição foi garantida autonomia, independência funcional e orçamentária, e principalmente novas atribuições constitucionais.

²⁶⁵ Alguns autores e o STF entendem que a Ação Civil Pública não serve como instrumento para o controle de constitucionalidade das leis. Para eles, mesmo que a ACP tenha efeitos erga omnes, ela não pode usurpar disfarçadamente a função do STF de declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais. Trata-se de uma ação proposta perante o juízo de primeiro grau, ao contrário das demais ações para o controle da constitucionalidade que são, essencialmente, de competência do STF; seria uma modalidade de controle difuso, sobrevivente à tendência do constitucionalismo brasileiro de valorização do controle abstrato.

13. Diante da pouca efetividade das vias processuais de que dispomos, resta ao Ministério Público, como verdadeiro representante dos grupos sociais mais necessitados, ou eventualmente prejudicados, devido as suas atribuições no campo social, acionar a máquina estatal para por fim a omissão normativa que prejudica a concretização de um direito fundamental. A inércia dos poderes em alguns setores da vida social justifica-se mais vezes pela discricionariedade, pela escolha equivocada de prioridades, do que pela escassez de recursos. Buscar que um legislador cumpra seu papel constitucional, de normatizar os direitos, garantias e liberdades sociais, tornou-se tão burocrático que bem mais simples é buscar o MP para resolver questões imediatas. Assim, sendo o MP um órgão de relevância jurídica, este passa a ter também relevância social, visto que naturalmente é mais próximo das autoridades competentes para resolver as omissões (nos casos concretos ou em abstrato) que os simples cidadãos, situação esta possível somente porque a CF conferiu certa autonomia a esta instituição.

14. Desse modo, pode-se concluir que só há dois caminhos a serem seguidos: ou se busca a maximização das técnicas que já temos, ou admite-se que necessitamos de novas técnicas processuais para o controle da omissão inconstitucional. Deve-se apenas considerar, por fim, que termos conseguido superar algumas falhas na estrutura dos institutos (como ocorreu no mandado de injunção), já permitiu maior acesso à justiça e respostas mais otimistas.

15. No, entanto, sempre haverá a dúvida: o melhor é defendermos a efetividade dos caminhos processuais que já temos no nosso ordenamento, ou lutarmos por institutos melhores? Bertrand RUSSEL²⁶⁶, sociólogo, na década de 1970 já afirmava que:

“o advogado da transformação tem uma tarefa bem mais difícil que o advogado da conservação e da ordem. Mas, quando aquilo que se quer conservar não responde mais às novas e inderrogáveis necessidades sociais, então a conservação não é mais a ordem”

Então, resta-nos assumir o papel de transformadores da realidade e dos institutos jurídicos, caso se entenda que o aparato processual de que dispomos pode ser melhorado para o benefício da sociedade.

²⁶⁶ RUSSEL, Bertrand. **Education and Social Order**. 7 ed. London: Allen & Unwin, 1967. p.13

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/258991/As-a%C3%A7%C3%B5es-Coletivas-Eo-Controle-Das-Pol%C3%ADticas-P%C3%ABlicas-Pelo-Poder-Judici%C3%A1rio>. Acesso em: 27.out.2010.

BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in *Trabalhos Jurídicos*, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva: 2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 5ed. reform. São Paulo: Saraiva: 2006.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 02.set.2010.

BRASIL. Lei n. 221 de 1894. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=62633>>. Acesso em: 09.set.2010

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10.set.2010

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 23.set.2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, após a emenda n.1 de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 25.set.2010

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil DE 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Lei n. 7.347 de 1985. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7347orig.htm>>. Acesso em: 03.out.2010

BRASIL. Lei n. 8.078 de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 12.out.2010

BRASIL. Lei complementar n. 75 de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 17.out.2010

BRASIL. Lei n. 9.882 de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 13.out.2010

BRASIL. Lei n. 9.868 de 1999, alterada pela Lei n. 12.063 de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 24.out.2010

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n.56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução por Ary dos Santos. 7ed. Lisboa: Clássica Editora, 1995.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 18.set.2010.

_____. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

CUNHA Jr, Dirley da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER Jr. Fredie (org). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podivm, 2006.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – teoria geral do conhecimento e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.1. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.2. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUASQUE, Luiz Fabião. O controle cautelar de inconstitucionalidade nas ações diretas de interesse difuso. In: **Livro de Teses: O Ministério Público social** – 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1999. Volume 2.

HERMANN, Ricardo Torres. **O tratamento das demandas de massa nos juizados especiais cíveis**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

KALABAIDE, Miguel Rodolfo. **O papel do Ministério Público no controle judicial de constitucionalidade brasileiro em âmbito federal**. Monografia de Especialização FEMPAR/UNIBRASIL, Curitiba, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. por Cândido Rangel Dinamarco. V. 1. São Paulo: Forense, 1984.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/85 e legislação complementar**. 9ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de publicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Manual do Consumidor em juízo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARINONI, Luis Guilherme. **Curso de Processo Civil**. V.5 – Procedimentos Especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **A força dos precedentes**. 1.ed. Salvador: Podivm, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. atual. Campinas: Millennium, 1998.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de Injunção. In: DIDIER Jr, Fredie (org). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podivm, 2006.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21 ed. rev. empl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Regime Jurídico do Ministério Público**: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, aprovada pela Lei n.8.625, de 12 de fevereiro de 1993. 3ed. rev. ampl. e atual. à luz da LOMPU, da LONMP, e da LOEMP. São Paulo: Saraiva, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ed. atualizada de acordo com a lei n. 12.016/2009, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Barbosa. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**. In: Temas de Direito Processual. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

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

RUSSEL, Bertrand. **Education and Social Order**. 7 ed. London: Allen & Unwin, 1967.

SANTOS, Ana Queiroz. Mas a que vêm as ações civis públicas?... Breve relato sobre os resultados de uma pesquisa. In: **Livro de Teses: O Ministério Público Social – 13º Congresso Nacional do Ministério Público**. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1999. Volume 2.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. V.I. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARMENTO, Daniel. **Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Júris, 2001

SCHMITT, Karl. **O guardião da Constituição**. Coleção Del Rey Internacional. V.9

SILVA, Jorge Augusto Moraes da. RÉ, Mônica Campos de. Atuação do Ministério Público nas áreas cíveis e especializadas – tutela dos direitos individuais e supra-individuais – o MP no processo civil – atualização e racionalização. IN: **Livro de Teses: O Ministério Público social** – 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1999. Volume 2.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 33ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. V.1. Processo de conhecimento. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SIQUEIRA Jr, Paulo Hamilton. **Controle de Constitucionalidade com as modificações introduzidas pelas Leis n. 9.868/99 e 9.882/99**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela de urgência e Fazenda Pública**. In: Revista de Processo. Ano 32. n.152. out/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Brasileiro Concretizado** – Hard Cases e soluções juridicamente adequadas. São Paulo: Método, 2006.

_____ (org). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análise á luz da Lei n.9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2000.