



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

**OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: EVOLUÇÃO, REMÉDIOS E
TÉCNICAS DE DECISÃO**

RAVENA RIBEIRO BRITO

BRASÍLIA

2014

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

RAVENA RIBEIRO BRITO

**OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: EVOLUÇÃO, REMÉDIOS E
TÉCNICAS DE DECISÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Jorge Octávio Lavocat Galvão

BRASÍLIA

2014

RAVENA RIBEIRO BRITO

**OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: EVOLUÇÃO, REMÉDIOS E
TÉCNICAS DE DECISÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora composta por:

Prof. Jorge Octávio Lavocat Galvão (Orientador)

Prof. Mamede Said Maia Filho (Membro I)

Prof. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch (Membro II)

Prof. Othon de Azevedo Lopes (Membro suplente)

Brasília, 8 de dezembro de 2014.

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo analisar as omissões legislativas inconstitucionais e seu controle à luz da Constituição de 1988. Para tanto, propõe-se a discutir os elementos estruturantes da inconstitucionalidade por omissão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e em mandado de injunção, além de apresentar a possível utilização de sentenças manipulativas com efeitos aditivos como técnica decisória relevante para sanar a omissão legislativa inconstitucional.

Palavras-chave: Omissão legislativa inconstitucional. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Mandado de injunção. Sentenças manipulativas com efeitos aditivos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO I.....	9
1. OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS.....	9
1.1 Omissões inconstitucionais e o modelo de Estado.....	9
1.2 Eficácia das normas constitucionais. Adoção de proposta classificatória.....	12
1.3 Conceito de inconstitucionalidade.....	18
1.4 Conceito de inconstitucionalidade por omissão.....	20
1.4.1 Momento para a caracterização da omissão inconstitucional.....	23
1.4.2 A inconstitucionalidade por omissão e suas modalidades.....	24
CAPÍTULO II.....	27
2. INSTRUMENTOS JUDICIAIS DE CONTROLE JUDICIAL DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS.....	27
2.1 A ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	27
2.1.1 Omissão inconstitucional total.....	30
2.1.2 Omissão inconstitucional parcial.....	33
2.2 Mandado de Injunção.....	36
2.2.1 Decisão e seus efeitos.....	39
CAPÍTULO III.....	47
3. DECISÕES MANIPULATIVAS COM EFEITOS	

ADITIVOS	47
3.1 Conceituação de decisões manipulativas com efeitos aditivos.....	47
3.2 Sentenças manipulativas com efeitos aditivos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	49
3.3 Limites à utilização de sentenças manipulativas com efeitos aditivos.....	54
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

Um dos problemas mais desafiadores do direito na atualidade é o das omissões legislativas inconstitucionais, que impedem a plena eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Com isso, a presente monografia busca analisar o tema da inconstitucionalidade por omissão e o seu controle à luz da Constituição Brasileira de 1988.

Para isso, faz-se mister examinar o perfil dessa carta constitucional e sua relação com o modelo de Estado adotado, a fim de demonstrar que esse fenômeno gera forte repercussão em Constituições Sociais ou Dirigentes, como é o caso da Carta Política de 1988¹.

Num segundo momento, cumpre identificar quais normas constitucionais são passíveis de omissões legislativas inconstitucionais, de modo que se faz necessário adotar uma proposta classificatória das referidas normas quanto à eficácia e aplicabilidade. Com base nisso, comprovar-se-á que o tema da inconstitucionalidade por omissão se relaciona às normas constitucionais de eficácia limitada².

A tarefa subsequente será analisar o conceito de inconstitucionalidade por omissão, partindo, por óbvio, da própria noção de inconstitucionalidade. Nesse sentido, serão apreciados os elementos caracterizadores das omissões inconstitucionais, assim como suas diferentes modalidades. Ressalta-se que o objeto central do presente trabalho recai sobre as omissões inconstitucionais de natureza legislativa e seu controle.

Desenvolvidas essas considerações preliminares, proceder-se-á ao estudo dos instrumentos jurídicos inéditos criados pela Constituição de 1988 voltados ao controle da inconstitucionalidade por omissão, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. A ênfase incidirá sobre o modo pelo qual esses mecanismos têm sido efetivamente aplicados pelo Supremo Tribunal Federal, órgão cuja função precípua é a guarda da Constituição, e por isso sempre que possível serão apresentadas decisões do Tribunal acerca dos institutos. Sendo assim, o aspecto processual das referidas ações não será contemplado em profundidade.

¹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 44-47.

² Consoante a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais formulada por SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 88-134.

Com o intuito de defender a força normativa da Constituição e, por conseguinte, assegurar a concretização dos direitos e garantias fundamentais, a presente monografia apresentará, por fim, técnica decisória relevante no âmbito do controle de constitucionalidade, inclusive para os processos de controle da omissão. Trata-se das sentenças manipulativas com efeitos aditivos, as quais já tem sido utilizadas de forma moderada pelo Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO I

1. OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

1.1 Omissões inconstitucionais e o modelo de Estado

As omissões inconstitucionais são reflexos e consequências jurídicas do próprio perfil da Constituição de 1988 que, enquanto, Constituição Dirigente, exige a vinculação dos poderes públicos à sua realização. Tal vinculação só seria possível se se conferisse à omissão destes mesmos poderes um sentido juridicamente negativo, o qual resulta na noção de inconstitucionalidade por omissão³.

Em especial, a inconstitucionalidade por omissão de atos legislativos ou de normas legislativas é fenômeno ligado à estrutura de determinadas normas constitucionais, que pode surgir face a qualquer Lei Fundamental. Entretanto, a sua importância varia de harmonia com as concepções políticas e jurídicas dominantes: nas Constituições liberais não se reveste de grande interesse, embora não deixe de se manifestar; já nas Constituições Sociais tende a avultar⁴.

A Constituição é a ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade e nela repousa a opção do constituinte sobre determinado modelo de Estado⁵.

Nesse sentido, cumpre destacar a transformação ocorrida no modelo do Estado dos séculos XVIII e XIX para o modelo do Estado Contemporâneo, duas realidades distintas, ordenadas por duas Constituições também distintas⁶. Uma, a liberal ou garantia, limitando o Estado e suas funções, onde o poder público não podia interferir no exercício das liberdades, cabendo-lhe apenas resguardá-las. Outra, a social ou dirigente⁷, que amplia o Estado e as suas

³ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 103-104.

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 510-511: “Mas a sua importância (a da inconstitucionalidade por omissão de atos legislativos) varia de harmonia com as concepções políticas e jurídicas dominantes: nas Constituições liberais não se reveste de grande interesse, embora não deixe de se manifestar, e nas Constituições de feição programática tende a avultar”.

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

⁶ Vide BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1982, p.12.

funções, em face da qual o poder público é chamado a intervir ativamente no sentido de fornecer prestações exigidas pelo indivíduo.

O Estado Liberal tinha a função de garantir as liberdades individuais, a propriedade e a segurança o que lhe implicava um dever de abstenção (prestação negativa)⁸. Com a decadência do Estado Liberal, surgiu um novo tipo de constitucionalismo com reflexo direto no modelo estatal. Advém o Estado Social, de perfil essencialmente intervencionista, que exige a presença marcante e decisiva do poder público no domínio das relações econômicas e sociais⁹. Os cidadãos passam a exigir prestações positivas do Estado, de ordem econômica, social e cultural¹⁰. Nesse sentido, Canotilho afirma que a

*força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjectivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)*¹¹ (grifado no original).

A passagem do Estado Liberal ao Estado Social, intervencionista e planejador, trouxe uma nova configuração ao princípio da separação dos poderes, que não se trata mais de rígida separação, mas, antes, verdadeira cooperação entre eles¹². Nesse contexto, “a Constituição Social não se apresenta como um instrumento jurídico de conformação do *status quo*, mas surge como um instrumento de direção e transformação social, bem como instrumento de implementação de políticas públicas”¹³.

⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 314.

⁹ Afirma Paulo Bonavides: “Nunca deve ficar, porém, deslembado que a Constituição do Estado social na democracia é a Constituição do conflito, dos conteúdos dinâmicos, do pluralismo, da tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade; por isso mesmo, a Constituição dos direitos sociais básicos, das normas programáticas, ao contrário portanto da Constituição do Estado Liberal, que pretendia ser a Constituição do repouso, do formalismo, da harmonia, da rígida separação de poderes, do divórcio entre o Estado e a Sociedade.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29ª. ed. São Paulo, 2014, p. 389). Acrescenta Bercovici que “A base do Estado Social é a igualdade na liberdade e a garantia de exercício dessa liberdade. O Estado não se limita mais a promover a igualdade formal, a igualdade jurídica. A igualdade procurada é a igualdade material, não mais perante a lei, mas por meio da lei. A igualdade não limita a liberdade. O que o Estado garante é a igualdade de oportunidades, o que implica a liberdade, justificando a intervenção estatal.” (BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, abr-jun. 1999, p. 37).

¹⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 129.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1982, p. 365.

¹² PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 32.

¹³ *Idem*, p. 33.

Com o advento do Estado Social, as reivindicações da sociedade contemporânea não mais se concentram nos direitos de índole individualista, mas passam a abranger os direitos sociais, econômicos e culturais¹⁴. Flávia Piovesan esclarece que os direitos de índole individualista podem resumir-se num direito geral de liberdade, enquanto que os direitos de índole social resumem-se num direito geral à igualdade¹⁵. Por sua vez, Clèmerson Clève opera a concepção de direitos fundamentais como liberdades (prestações negativas) e créditos (prestações positivas)¹⁶ do indivíduo ou grupo frente ao Estado. Nesse sentido, o autor sustenta que não é suficiente afirmar juridicamente a liberdade:

A sua concretização pressupõe a *capacidade* de fruí-la. O direito de livre expressão pressupõe a *capacidade* de exteriorização e de organização dos recursos intelectuais; o direito à inviolabilidade do domicílio pressupõe a prévia existência de uma casa, de uma morada, de um domicílio. O direito à educação desafia a existência de determinados meios (alimentação, transporte) sem os quais, ainda que oferecida gratuitamente pelo Estado, pouco significará. Os direitos de crédito são o solo sobre o qual floresce a *capacidade*, complemento indispensável das liberdades *no e contra* o Estado¹⁷ (grifado no original).

Tendo em vista essas definições, a Constituição Brasileira de 1988 pode ser concebida como uma Constituição Social, uma vez que implanta um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais, exigindo a eficiência de um Estado de Bem-Estar Social, intervencionista e planejador¹⁸. Além disso, para Flávia Piovesan, o perfil da Carta

¹⁴ *Idem*, p. 34. A respeito do processo de evolução dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides sustenta que “os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. São direitos que valorizam o homem singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista. Já os direitos de segunda geração, característicos dos século XX, são os direitos sociais, culturais e econômicos introduzidos no constitucionalismo do Estado Social. Por sua vez, os direitos de terceira geração são direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, mas apresentam como destinatário o gênero humano. São direitos da fraternidade, como o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo, 2014, p. 574-583). Ainda sobre o tema dos direitos humanos e suas gerações, ver PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*, 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 148-151.

¹⁵ *Idem*, p. 35. Ainda na visão de Flávia Piovesan: “Deste modo, o direito à igualdade surge como elemento essencial de uma Constituição Social. O Estado Social é o Estado produtor da igualdade fática, valor que deve orientar toda hermenêutica constitucional. Neste contexto, no prisma jurídico, surge o dever dos Poderes Públicos de realizar as prestações positivas ditadas pelo comando constitucional.” (*Idem*, p. 35-36).

¹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 315. O autor explica que “inicialmente, os direitos de homem identificam-se, exclusivamente, com determinadas *liberdades* do indivíduo *em face do e contra* o Estado. (...) O nascimento de um conjunto de direitos de crédito frente ao Estado (saúde, alimentação, habitação, educação) altera, profundamente, a natureza dos direitos constitucionais. Estes a partir de então serão, a um só tempo, *liberdades e créditos* do indivíduo (ou grupo) frente ao Estado.” (grifado no original) (*Idem*, p. 315).

¹⁷ *Idem*, p. 316.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 44-47.

Republicana permite identificá-la como uma Carta aberta, na concepção de Hesse, direcionada ao futuro e não conformadora do *status quo* do presente, que busca a transformação social, em consonância com a função promocional do direito¹⁹.

Sob uma perspectiva histórica, o reconhecimento das omissões inconstitucionais deveu-se ao advento do Estado Social. Com efeito, com as Constituições Dirigentes, o Estado foi elevado a uma condição de maior responsável pela promoção do bem-estar social, a ele sendo confiadas múltiplas tarefas e atividades voltadas à realização dos fins sociais constitucionalmente estabelecidos. Visando garantir a realização desses fins, o que corresponde, em última análise, a assegurar a efetividade da Constituição Dirigente, a ordem jurídica viu-se compelida a instituir novas categorias jurídico-constitucionais. Cria-se, assim, a inconstitucionalidade por omissão, como uma sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos do Estado pelo silêncio transgressor da Constituição e destinada a evitar a erosão da força normativa da Constituição Dirigente²⁰.

E a Constituição Brasileira de 1988, como demonstrado, é uma Constituição Dirigente e aberta, que contém um universo considerável de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas. Daí concluir-se que a inconstitucionalidade por omissão é uma consequência jurídica da própria compostura da Constituição de 1988 que vincula, com sua força imperativa e dirigente, todos os órgãos do poder constituído.

Nesse contexto da Constituição Social, surge o problema da concretização constitucional que se refere à eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais previstos constitucionalmente²¹. Questiona-se, desse modo, como estabelecer e inaugurar novas técnicas e instrumentos que efetivamente possam garantir os direitos sociais básicos.

1.2 Eficácia das normas constitucionais. Adoção de proposta classificatória.

Com o intuito de adotar uma classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade, cumpre trazer os conceitos pertinentes à matéria. A partir disso, será

¹⁹ *Idem*, p. 49.

²⁰ CUNHA JÚNHOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 110.

²¹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 49.

possível delimitar o objeto do presente trabalho ao estabelecer quais normas constitucionais são passíveis de omissão legislativa inconstitucional.

Inicialmente, cumpre distinguir os conceitos de eficácia jurídica e eficácia social, a fim de adotar uma proposta classificatória das normas constitucionais em relação à sua aplicabilidade (eficácia jurídica).

A eficácia jurídica é aquela que consiste na capacidade de atingir os objetivos previstos na norma, ou seja, na possibilidade de desencadear, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita²². Nesse sentido, José Afonso da Silva esclarece que “a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”²³. Com isso, o referido autor conclui que todas as normas constitucionais possuem a eficácia jurídica e são aplicáveis nos limites objetivos do seu teor normativo²⁴.

Por sua vez, a eficácia social se refere ao fato de a norma ser efetivamente obedecida e aplicada²⁵, ou seja, corresponde à noção de efetividade adotada por Luís Roberto Barroso que “significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”²⁶. Daí decorre que a eficácia jurídica é condição da eficácia social, posto que uma norma só será aplicada se for juridicamente eficaz²⁷.

Com isso, defende-se a tese de que todas as normas constitucionais possuem eficácia, ou seja, dispõem de capacidade para produzir efeitos jurídicos²⁸. Cuida-se, apenas, de

²² TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Organizado e atualizado por Maria Garcia. São Paulo: Forense, 1991, p. 289.

²³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 66.

²⁴ *Idem*, p. 80. No mesmo sentido, explicava Ruy Barbosa: “Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”. (BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1933, p. 489).

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 66. No mesmo sentido, PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 4. ed., amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85. Ainda expõe o autor a respeito da efetividade: “Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. (*Idem*, p. 85)

²⁷ CUNHA JÚNHOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 81. No mesmo sentido BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 4. ed., amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85 e FERRARI, Regina Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas – Normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 92.

²⁸ Nesse sentido, José Afonso da Silva adverte: “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia.” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 81).

determinar o grau (maior ou menor) da imediata eficácia que a norma está capacitada a produzir.

No plano da eficácia jurídica, surge o problema da classificação das normas jurídicas, no âmbito de uma teoria geral do Direito, porém, pretende-se discuti-la no seio das normas constitucionais por se relacionarem ao objeto do presente estudo.

Adota-se, ao longo do trabalho, a teoria proposta por José Afonso da Silva, que classifica as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada, por entender ser esta a mais útil aos propósitos deste estudo²⁹.

De acordo com essa formulação, normas de eficácia plena³⁰ são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior para sua aplicação.

Normas de eficácia contida³¹ são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas prevêem meios normativos (leis, conceitos genéricos etc) que lhes podem reduzir a eficácia e aplicabilidade. Desse modo, apresentam aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral, pois podem ter a aplicabilidade restringida por lei ou por certos conceitos de larga difusão no direito público, tais como ordem pública, segurança nacional ou pública, integridade nacional, bons costumes, entre outros³².

E também Clèmerson Merlin Clève pontua que “Todos os dispositivos residentes na Constituição servem de parâmetro para a aferição do controle da constitucionalidade dos atos normativos. A doutrina constitucional mais recente entende que não há dispositivo constitucional despido de normatividade” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 42).

²⁹ Consoante doutrina de Genaro R. Carrió, as classificações, no âmbito jurídico, não são verdadeiras ou falsas, mas “*serviciales o inútiles*”. Reitera ainda: “Los juristas creen que esas clasificaciones constituyen la verdadera forma de agrupar las refilas y los fenómenos, em lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de éstos. (CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1968, p. 72).

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 262. O autor fornece o conceito de normas constitucionais de eficácia plena como sendo “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”. (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 101).

³¹ Define José Afonso da Silva: “são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”. (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 116).

³² *Idem*, p. 103-104.

Por último, normas de eficácia limitada³³ são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema. Portanto, apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, pois cabe ao legislador ordinário conferir-lhes executoriedade plena, mediante legislação integrativa. As normas de eficácia limitada abrangem as normas definidoras de princípios institutivos ou organizativos e as normas definidoras de princípios programáticos.

As normas constitucionais de princípio institutivo são “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”³⁴. Dependem de lei para constituir órgãos e instituições previstos pela Constituição. Podem ser divididas em normas impositivas e normas facultativas.

As normas impositivas determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa³⁵. Já as normas facultativas ou permissivas não impõem uma obrigação, mas limitam-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada.

José Afonso da Silva, com base nas lições de Crisafulli, conceitua as normas constitucionais de princípio programático como aquelas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, judiciais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado³⁶. Para a sua caracterização, o autor acrescenta:

Há normas programáticas que mencionam uma legislação futura para atuação positiva do programa previsto, enquanto outras não a indicam. Isso tem importância, porque vincula os programas das primeiras ao princípio da legalidade, ficando dependentes da atividade do legislador e de sua discricionariedade – ao passo que as demais vinculam todo o Poder Público –, e abre campo à discricionariedade da legislação, da administração e da

³³ *Idem*, p. 262.

³⁴ *Idem*, p. 126.

³⁵ *Idem*, p. 126. O autor menciona alguns exemplos de normas impositivas, como estes: “Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar” (art. 30, §4º da CRFB/88) e “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios” (art. 33 da CRFB/88). Igualmente, fornece exemplos de normas facultativas: “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo” (art. 22, parágrafo único da CRFB/88).

³⁶ *Idem*, p. 138.

jurisdição (até onde possam), nem sempre carecendo de lei para seu cumprimento, e há as que postulam observância de toda a ordem sócio-econômica, diante das quais qualquer sujeito, público ou privado, que age em sentido oposto ao princípio comporta-se constitucionalmente³⁷.

Conclui-se que as normas programáticas podem ser de três tipos: a) vinculadas ao princípio da legalidade, b) referidas aos poderes públicos e c) dirigidas à ordem econômico-social em geral. A doutrina constitucionalista tradicional, conforme expõe Jorge Miranda, atribuía às normas programáticas uma aplicação diferida, bem como conferia discricionariedade ao legislador, a cuja opção ficaria a ponderação do tempo e dos meios em que estas normas vêm a ser revestidas de plena eficácia³⁸.

Acolhe-se a visão de Eros Roberto Grau, que reconhece ser a Constituição, toda ela, norma jurídica e, como tal, todos os direitos nela contemplados têm aplicação direta, vinculando o Judiciário, o Executivo e o Legislativo. Nesse sentido, as normas programáticas devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes de todos os poderes públicos³⁹.

Com efeito, a questão central relativa às normas programáticas está na possibilidade jurídica de reduzir a aludida discricionariedade legislativa, tornando-a, inclusive, objeto de controle jurisdicional⁴⁰.

³⁷ *Idem*, p. 147.

³⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II, p. 244-245. Em sentido contrário, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social, *Revista de Direito Público*, n. 57-58, p. 252-254.

³⁹ GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 42-43. No mesmo sentido, sustenta Canotilho que “a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidades de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação actos que as contrariam” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1050-1051). Também, em sentido convergente, BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 120 ss e SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 139.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 76. Nesse sentido, afirma André Ramos Tavares: “Há uma tomada de consciência no sentido de que as normas programáticas não são implementadas por força de decisões essencialmente políticas. (...) Após diversos anos de vigência da Constituição, fica-se estarecido com o desprezo com que foram premiados determinados comandos constitucionais, com toda uma doutrina formalista a serviço da desconsideração de sua normatividade plena. Cegamente repetitivos de teorias formuladas de há muito, em contexto completamente diverso do atual, os responsáveis pela implementação concreta da Constituição têm-lhe podado as vontades reais sob o argumento, já desbotado pelo uso recorrente, da mera programaticidade” (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 85).

À luz da teoria de José Afonso da Silva, pode-se afirmar que a omissão legislativa inconstitucional está relacionada às normas de eficácia limitada. Mais especificamente, é necessário avaliar quais normas dependem necessariamente da legislação para a produção de seus efeitos normativos.

Infere-se que dentre as normas definidoras de princípio institutivo, interessa ao presente estudo apenas as normas impositivas, pois estas investem o legislador na obrigação de expedir comandos normativos, ao contrário das normas facultativas, em que há a discricionariedade do legislador, que aqui não pode ser suscetível de controle.

Quanto às normas definidoras de princípio programático, apenas aquelas vinculadas ao princípio da legalidade se relacionam ao objeto do estudo proposto, pois dependem, necessariamente, de providências normativas ulteriores que venham a desenvolver sua aplicabilidade.

Cabe ressaltar, desse modo, que o tema da inconstitucionalidade por omissão se atém às normas de eficácia limitada⁴¹, posto que a omissão inconstitucional frustra a ampla produção de seus efeitos.

Propõe-se reforçar o atributo da imperatividade das normas constitucionais, a fim de conferir-lhes o máximo de capacidade de regulamentação⁴². Nesse sentido, cumpre trazer à tona posicionamento de Luís Roberto Barroso:

As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais não são apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-as desprovidas de sanção, mero ideário não jurídico⁴³.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 78-80.

⁴² Acentua Jorge Miranda: “Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: *a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê*; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II, p. 260) (grifos presentes no original).

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 4. ed., amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 78.

No presente estudo, optou-se, metodologicamente, por abordar as omissões inconstitucionais neste primeiro capítulo e adentrar nas ações especiais de seu controle no segundo capítulo.

Feitos os esclarecimentos necessários, será analisado o conceito de inconstitucionalidade por omissão, partindo, por evidente, da noção do próprio fenômeno da inconstitucionalidade.

1.3 Conceito de inconstitucionalidade

A noção de controle de constitucionalidade foi desenvolvida a partir da ideia de supremacia e rigidez constitucional⁴⁴. A rigidez da ordem constitucional deflui da maior dificuldade para sua alteração ou modificação do que a prevista para as demais normas jurídicas. Disso decorre, como primeira consequência, a supremacia formal da Constituição. E é dessa supremacia que resulta a necessidade de concordância das normas jurídicas inferiores às normas constitucionais: aquelas só valerão se forem compatíveis com estas⁴⁵.

Acerca da ideia de rigidez, explica José Afonso da Silva:

O conceito de rigidez, consubstanciado na imutabilidade relativa da Constituição, é de fundamental importância na teoria do direito constitucional contemporâneo. Funciona como pressuposto: a) do próprio conceito de Constituição em sentido formal; b) da distinção entre normas constitucionais e normas complementares e ordinárias; c) da supremacia formal das normas constitucionais⁴⁶.

Com o intuito de assegurar a supremacia e a rigidez constitucional são criados instrumentos jurídicos capazes de eliminar as violações à Constituição, as denominadas inconstitucionalidades. O pressuposto fundamental de uma inconstitucionalidade é a clara distinção entre Poder Constituinte e Poder Constituído⁴⁷ e a superioridade da Constituição em

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 84.

⁴⁵ Afirma José Afonso da Silva: “O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da Constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 47).

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40.

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 85.

relação à lei ordinária, que corresponde a uma superlegalidade formal e material, conforme esclarece Luís Roberto Barroso:

a supremacia constitucional, em nível dogmático e positivo, traduz-se em uma superlegalidade formal e material. A superlegalidade formal identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade material subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição. A inobservância dessas prescrições formais e materiais deflagra um mecanismo de proteção da Constituição, conhecido na sua matriz norte-americana como *judicial review*, e batizado entre nós de “controle de constitucionalidade”⁴⁸.

Clèmerson Merlin Clève enuncia que “o principal mecanismo de defesa ou de garantia da Constituição consiste na fiscalização da constitucionalidade”⁴⁹.

Jorge Miranda⁵⁰ ensina que os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade expressam uma relação: uma relação, respectivamente, de conformidade e desconformidade que se estabelece entre a Constituição e um comportamento estatal. O primeiro termo da relação de inconstitucionalidade é, pois, a Constituição, mas não na sua globalidade ou em bloco, mas, sim, por referência a uma norma certa e determinada. Nesse particular, a inconstitucionalidade se caracteriza pela violação a uma norma constitucional individualizada.

O segundo termo da relação de inconstitucionalidade é o comportamento estatal, que tanto pode ser positivo (uma ação), como negativo (uma omissão), na medida em que haverá inconstitucionalidade tanto em face de um ato praticado contra uma norma constitucional como em razão da inércia do poder público diante de uma norma constitucional que determina um agir. Expõe, ainda, o autor que essa relação de desconformidade tem que ser direta, ou seja, deve traduzir-se numa infração direta de norma constitucional, e não de uma norma interposta entre a Constituição e esse ato, ao menos numa análise preliminar da matéria.

Conforme exposto, os conceitos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não abrangem toda conformidade ou desconformidade com a Constituição, pois se referem propriamente a atos ou omissões dos Poderes Públicos⁵¹. Assim, a violação da ordem constitucional por entes privados, embora relevantes do prisma do direito constitucional, não

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 153.

⁴⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p.34.

⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II, p. 310-316.

⁵¹ *Idem*, p. 312-313.

se equipararia, segundo esse entendimento, à ofensa perpetrada pelos órgãos públicos, destinatários primeiros de seus comandos normativos⁵².

Com efeito, a inconstitucionalidade por ação consiste num comportamento ativo, numa ação, num *facere* violador e contrário à Constituição. Resume-se na conduta positiva incompatível com os princípios constitucionalmente assegurados⁵³.

No tocante à inconstitucionalidade por ação, esta pode se caracterizar por uma afronta ao conteúdo consagrado na Constituição ou por uma ofensa ao processo de produção normativa por ela previsto. Explica Flávia Piovesan que “na primeira hipótese, a inconstitucionalidade por ação é material, tendo em vista que o ato normativo produzido é inconstitucional na matéria, por ferir conteúdo constitucional.”⁵⁴. Acerca da segunda hipótese, a autora expressa que “a inconstitucionalidade por ação é formal, posto que o vício não mais se encontra no conteúdo do ato normativo, mas no modo de produção normativa”⁵⁵.

Em resumo, diz-se que a inconstitucionalidade (situação ou estado decorrente de um ou de vários vícios) pode ser conceituada como a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional⁵⁶.

O controle da inconstitucionalidade por ação tem por intuito obter a declaração judicial de que a norma produzida em desconformidade com a Constituição é inconstitucional e, por isso, deve ser eliminada do sistema jurídico. Nesse sentido, conclui Flávia Piovesan que a inconstitucionalidade por ação resulta na norma jurídica inválida e, por isso, opera no plano da validade jurídica⁵⁷.

1.4 Conceito de inconstitucionalidade por omissão

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1004.

⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 87.

⁵⁴ *Idem*, p. 88.

⁵⁵ *Idem*, p. 88.

⁵⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 36. Sob outro enfoque, enuncia Jorge Miranda: “noutra perspectiva atende-se preferentemente à norma ofendida e qualifica-se então a inconstitucionalidade material, quando é ofendida uma norma constitucional de fundo, de orgânica, quando se trata de norma de competência, e de forma, quando se atinge uma norma de forma ou de processo” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II, p. 340).

⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 89.

Não é apenas a ação normativa do poder público que pode violar a Constituição. A abstenção, inércia ou silêncio do poder político que deixa de praticar determinado ato exigido pela Constituição também pode afrontá-la, o que configura a inconstitucionalidade por omissão⁵⁸.

É necessário enfatizar que não é toda e qualquer omissão do poder público perante a Constituição que conduz à inconstitucionalidade. Para que a omissão seja relevante, é preciso que exista uma exigência constitucional de ação: a Constituição determina uma atuação do poder público, que simplesmente não se realiza ou não se realiza a contento⁵⁹.

Além disso, para a caracterização da omissão inconstitucional, é preciso que esta esteja relacionada a uma norma individualizada. A inconstitucionalidade por omissão, segundo Jorge Miranda, não se afere em face do sistema constitucional em bloco. É aferida em face de uma norma cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da Constituição. A violação especifica-se olhando a uma disposição violada, e não ao conjunto de disposições e princípios⁶⁰. Reitera Regina Macedo Nery Ferrari:

No entanto, é necessário, para caracterização de inconstitucionalidade por omissão, que esta esteja relacionada com uma norma individualizada, ou seja, que a violação por omissão das normas constitucionais não seja resultado da aplicação global da Constituição, do conjunto de disposição e princípios, mas seja resultado da violação de um determinado preceito, o qual não possa ser exequível pela omissão do poder público, pois, se assim, não acontecer, pode-se semear a incerteza e a insegurança, ficando o controle da constitucionalidade remetido para um terreno indefinido, o que proporcionaria a violação de todos os objetivos do direito, que são os de proporcionar a harmonia e a paz social⁶¹.

Segundo Jorge Miranda, a omissão inconstitucional pode ocorrer: a) pela falta ou insuficiência de medidas legislativas; b) pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo; c) pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de

⁵⁸ *Idem*, p. 90. Assevera Jorge Miranda que “a inconstitucionalidade por omissão é a inconstitucionalidade negativa, a que resulta da inércia ou do silêncio de qualquer órgão do poder, o qual deixa de praticar em certo tempo o acto exigido pela Constituição” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II, p. 338).

⁵⁹ CUNHA JÚNHOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119. Nesse sentido, Blanco de Moraes: “Existe inconstitucionalidade por omissão quando um órgão público se abstém de editar um acto, cuja prática é exigida pela Constituição, pelo que a *inércia do decisor* viola um dever constitucional de agir” (MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional – Tomo I: Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 135) (itálicos no original). Explica Canotilho: “Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 917).

⁶⁰ Continua Jorge Miranda: “Se não assim não fosse, o juízo de inconstitucionalidade seria indefinido, fluido e dominado por considerações extrajurídicas e o órgão de garantia poderia ficar remetido ao arbítrio ou à paralisia” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II, p. 518-519).

⁶¹ FERRARI, Regina Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999, p. 224.

natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública; d) pela falta da prestação jurisdicional, consistindo especificamente na denegação da justiça⁶².

Para Clèmerson Merlin Clève, fala-se em inconstitucionalidade por omissão de medida político-administrativa, de medida judicial ou de medida legislativa⁶³. Nesse sentido, Regina Macedo Nery Ferrari expõe que qualquer das funções do Estado podem apresentar comportamentos omissivos inconstitucionais:

Isto acontece com a função legislativa: quando da existência de normas constitucionais não exequíveis por si, o legislador recebe competência para integrá-las e não elabora as leis necessárias a sua efetiva aplicação; também com a função administrativa, quando o poder executivo recebe da Constituição competência para expedir regulamentos visando à execução das leis integrativas e não os expede, o que é denominado de omissão indiretamente inconstitucional, pois a não-expedição do regulamento impede a execução dessas leis e, conseqüentemente, a aplicação e realização do texto constitucional; e, ainda, com a função judiciária, quando da denegação da justiça⁶⁴.

Os atos omissivos inconstitucionais de mais difícil controle são inegavelmente os do legislador, já que se situam entre o limite da liberdade de elaborar uma lei e o dever de legislar a que está obrigado pela Constituição. Com isso, interessa destacar no presente estudo as omissões legislativas inconstitucionais e seu controle.

Segundo Canotilho, o conceito de omissão legislativa não é naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de negação. Para ele, o sentido jurídico-constitucional de omissão significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional⁶⁵.

Nessa concepção, a omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, existe quando o legislador não cumpre o dever constitucional de emanar normas, destinadas a atuar as imposições constitucionais permanentes e concretas⁶⁶. O jurista exclui do conceito a não satisfação dos deveres de legislação abstratos, ou seja, das “ordens constitucionais gerais de legislar” (normas programáticas e preceitos enunciadores dos fins do Estado). A observação,

⁶² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II, p. 507-511.

⁶³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 322.

⁶⁴ FERRARI, Regina Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999, p. 220.

⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 917.

⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1982, p. 481-482.

porém, parece não se aplicar no Brasil. Anna Cândida da Cunha Ferraz explica que no Brasil qualquer imposição constitucional ou ordem de legislar, seja abstrata ou concreta, desde que definida em norma certa e determinada, pode fundamentar, havendo inércia, omissão inconstitucional⁶⁷.

Em suma, Jorge Miranda apresenta os seguintes pressupostos para a omissão legislativa inconstitucional: a) que a violação da Constituição decorra do não cumprimento de certa e determinada norma constitucional; b) que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma e c) que, na circunstância concreta da prática legislativa, faltem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma constitucional⁶⁸.

1.4.1 Momento para a caracterização da omissão inconstitucional

Nesse momento, cabe indagar quando se dá a omissão inconstitucional, ou seja, a partir de que momento ela estará caracterizada. Acerca do tema, explica Regina Macedo Nery Ferrari que a inconstitucionalidade por omissão consiste num juízo sobre o tempo em que deveria ter sido produzido o ato que viesse a propiciar a efetiva aplicação dos dispositivos constitucionais⁶⁹.

Com o intuito de delimitar o conceito, explica Jorge Miranda que a existência de omissões juridicamente relevantes verifica-se sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos e não o faça em tempo útil⁷⁰.

Nesse sentido, explica Clèmerson Merlin Clève que as lacunas técnicas ou de legislação podem consistir em situações jurídicas imperfeitas (omissões constitucionais e omissões constitucionais em trânsito para a inconstitucionalidade), entretanto no caso de ser mantida inércia por um período não razoável, deslocam-se para o território conceitual da omissão inconstitucional. Segundo ele, “é preciso ver, então, que a omissão inconstitucional

⁶⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte, *Revista de Informação Legislativa*, n. 89, Brasília, 1986, p. 52.

⁶⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II, p. 518.

⁶⁹ FERRARI, Regina Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999, p. 227.

⁷⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II, p. 507.

configura um plus em relação às situações jurídicas imperfeitas. A inconstitucionalidade por omissão conta com um elemento adicional para a sua caracterização: o tempo⁷¹.

Destaca-se que a não adoção de certo ato em tempo útil pode decorrer de duas situações diversas, que ocorrem quando há a fixação de prazo pela própria Constituição ou quando não há essa estipulação. Na primeira hipótese, após decorrido o prazo estipulado na Constituição sem que as medidas necessárias sejam tomadas, configurar-se-á a inconstitucionalidade por omissão.

No segundo caso, quando não existe determinação de prazo na própria Constituição, e no caso de omissão ou de inércia dos poderes constituídos, para que sejam declaradas inconstitucionais, o órgão encarregado da fiscalização terá de reconhecer que a medida poderia, ou melhor, deveria ter sido adotada. Desse modo, a determinação do prazo razoável deverá ser verificada no caso concreto.

Recaséns Siches, analisando a lógica do razoável, afirma que ela está limitada ou circunscrita, condicionada e influenciada pela realidade concreta do mundo no qual opera o direito; está circunscrita, condicionada e influenciada pela realidade do mundo social, histórico e particular, no qual e para o qual são produzidas as regras jurídicas; está, ainda, impregnada por valorações, critérios axiológicos, valorações estas que devem levar em conta todas as possibilidades e todas as limitações reais⁷².

Com isso, após uma análise dos fatores sociais, históricos e valorativos, dever-se-á concluir que o ato, ao longo do prazo decorrido, não só podia como devia ser emitido, caracterizando, assim, a inconstitucionalidade por omissão.

1.4.2 A inconstitucionalidade por omissão e suas modalidades

A inconstitucionalidade por omissão total é aquela que consiste na falta absoluta de medidas legislativas ou outras que dêem cumprimento a uma norma constitucional ou a um dever prescrito por norma constitucional e parcial aquela que consiste na falta de

⁷¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 326.

⁷² SICHES, Luis Recasén. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973, p. 287.

cumprimento do comando constitucional quanto a alguns dos seus aspectos ou dos seus destinatários⁷³.

Em relação às omissões legislativas parciais, Canotilho esclarece que essa concretização incompleta feita pelo poder legiferante tanto pode resultar de intenção deliberada do legislador em conceder vantagens só a certos grupos ou contemplar certas situações, violando o princípio da igualdade e cometendo uma inconstitucionalidade por ação, como derivar apenas de uma incompleta apreciação das situações de fato, mas sem que haja o propósito de arbitrária e unilateralmente se favorecerem certos grupos ou situações. Nessa última hipótese, haverá uma inconstitucionalidade por omissão e não por ação⁷⁴.

Ocorre que é de difícil identificação a análise dos motivos da violação perpetrada pelo legislador. Com isso, acrescenta Gilmar Ferreira Mendes:

Tem-se, pois, aqui, uma relativa, mas inequívoca fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos – o de controle de normas 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 incompletude⁷⁵.

Entretanto, o jurista destaca que a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão parcial, pois uma cassação poderia aprofundar o estado de inconstitucionalidade⁷⁶:

A cassação da norma inconstitucional (declaração da nulidade) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio lícitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados⁷⁷.

Demais considerações acerca das técnicas decisórias em matéria de omissões legislativas inconstitucionais serão abordadas no próximo capítulo.

Convém abordar, também, a divisão em omissão formal e omissão material. O binômio, embora definido a partir de outro critério, refere-se ao mesmo campo conceitual explorável pela classificação anterior. A expressão omissão formal é utilizada para indicar a falha no discurso normativo decorrente do não desencadear do processo de formação da lei de

⁷³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II, p. 339.

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 919.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1162.

⁷⁶ *Idem*, p. 1162.

⁷⁷ *Idem*, p. 1163.

integração. Ao contrário, a expressão omissão material é aproveitada para indicar a falta processualmente satisfeita, mas de modo ofensivo ao conteúdo da Constituição, especialmente ao princípio da isonomia⁷⁸.

Ao tecer paralelo com a inconstitucionalidade por ação, Flávia Piovesan afirma que esta se opera no campo da validade normativa, enquanto que a inconstitucionalidade por omissão opera no campo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais⁷⁹.

Em suma, a omissão inconstitucional constitui uma estratégia que visa tornar viável uma Constituição do tipo Constitutiva e Dirigente, que cultua um modelo de Estado intervencionista, do qual emerge o direito a prestações positivas⁸⁰. Por tudo isso, observa-se que o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, seja total ou parcial, relaciona-se à busca de conferir efetividade às normas constitucionais.

Reitere-se que este trabalho se restringirá às omissões legislativas inconstitucionais e seu controle, para o qual interessa as normas constitucionais de eficácia limitada que, concretamente, dependem de providências normativas ulteriores para atribuir-lhes exequibilidade.

⁷⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 328.

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 101.

⁸⁰ *Idem*, p. 101-102.

CAPÍTULO II

2. INSTRUMENTOS DE CONTROLE JUDICIAL DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

A Constituição Brasileira de 1988, preocupando-se com a efetividade de seus preceitos, instituiu mecanismos jurídicos inéditos direcionados ao controle da inconstitucionalidade por omissão. Nesse sentido, houve a criação dos instrumentos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tema que será abordado no presente capítulo.

O objeto da análise será centrado no âmbito constitucional, especificamente de que modo estes instrumentos jurídicos têm sido efetivamente aplicados pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão guardião da Constituição, e, por isso, sempre que oportuno, serão apresentadas decisões do Supremo acerca dos institutos. Desse modo, o presente trabalho não desenvolverá, em profundidade, os deslindes do campo processual dessas ações.

As considerações críticas e a proposta do presente estudo em relação às decisões do STF em ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, especialmente, em sede de mandado de injunção, serão abordadas no terceiro capítulo.

2.1 A ação direta de inconstitucionalidade por omissão

O processo de controle abstrato da omissão tem por finalidade a defesa da ordem jurídica fundamental, afetada por lacuna normativa ou pela existência de um ato normativo reputado insatisfatório ou insuficiente. Não se destina, pela própria índole, à solução de controvérsia entre partes em litígio, operando seus efeitos tão somente no plano normativo. Não se pressupõe, portanto, aqui, a proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas. Há, tão-somente, a defesa objetiva da supremacia da Constituição, de interesse de toda a coletividade⁸¹.

⁸¹ STF, AgRg na ADInMC 1.254, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.09.1997: “O controle normativo abstrato constitui processo de natureza objetiva – A importância de qualificar o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo – vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional – encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já enfatizou a objetividade desse instrumento de proteção ‘in abstracto’ da ordem constitucional. (...) Admitido o perfil objetivo que tipifica a fiscalização abstrata de constitucionalidade, torna-se essencial concluir

A única menção feita pela Constituição à ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a que consta do art. 103, § 2º. Com o advento da Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009, foi acrescentado o Capítulo II-A à Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF. O novo capítulo trata especificamente da disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. De uma forma geral, o procedimento para o controle abstrato da omissão inconstitucional manteve-se substancialmente o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade⁸².

Nos termos do art. 103, § 2º⁸³, da Constituição Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa a tornar efetiva norma constitucional, devendo ser dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. Em se tratando de órgão administrativo, será determinado que empreenda as medidas reclamadas no prazo de trinta dias.

Essa declaração judicial será feita pelo Supremo Tribunal Federal, que, ante a partilha de competências fixada pela Carta de 1988, é o órgão jurisdicional com a função precípua de guardar a Constituição e que possui a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO)⁸⁴, quando o parâmetro constitucional violado for norma da Constituição da República.

Como a declaração de inconstitucionalidade é feita em tese, seus efeitos são *erga omnes*, isto é, aproveitam a todos⁸⁵.

As omissões impugnáveis por via da ação direta são aquelas de cunho normativo, abrangendo atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes e não apenas daquele ao qual cabe, precipuamente, a criação do direito positivo. São suscetíveis de controle abstrato da omissão os atos normativos primários, imputáveis ao Legislativo, e secundários, como regulamentos ou instruções, de competência do Executivo, e até mesmo, excepcionalmente,

que, em regra, não se deve reconhecer, como pauta usual de comportamento hermenêutico, a possibilidade de aplicação sistemática, em caráter supletivo, das normas concernentes aos processos de índole subjetiva (...)."

⁸² BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 289.

⁸³ CF/88, 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".

⁸⁴ A partir de outubro de 2008 foi criada a classe ADO no Supremo Tribunal Federal. Por decisão da Presidência do Tribunal, toda ADI por omissão em tramitação nesta data foi reatuada como ADO.

⁸⁵ FERRARI, Regina Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999, p. 230.

de atos próprios dos órgãos judiciários⁸⁶. Desse modo, o STF já se manifestou em sentido contrário ao cabimento de ADO que tenha por objeto a ausência de um ato administrativo sem caráter normativo⁸⁷.

Além disso, o STF considerava inadmissível a conversão da ação direta de inconstitucionalidade, por violação positiva da Constituição, em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, fundamentando-se na diversidade de pedidos entre uma e outra⁸⁸. Entretanto, em precedente de 2010⁸⁹, o Tribunal modificou sua jurisprudência e reconheceu a relativa fungibilidade entre as referidas ações, tendo em vista que a produção de uma lei que contenha omissão parcial não deixa de constituir uma ação incompatível com a Constituição. Segundo Luís Roberto Barroso, “não haveria, portanto, uma distinção radical

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 286. Explica o autor: “A omissão inconstitucional pode se dar no âmbito dos três Poderes, pela inércia ilegítima em adotar-se um providência (i) normativa, (ii) político-administrativa ou (iii) judicial. Relativamente às omissões de natureza política-administrativa, existem remédios jurídicos variados, com destaque para o mandado de segurança e a ação civil pública. As omissões judiciais, por sua vez, deverão encontrar reparação no sistema de recursos instituídos pelo direito processual, sendo sanadas no âmbito interno do Judiciário. Por essa razão, o tratamento constitucional da inconstitucionalidade por omissão refere-se às omissões de cunho normativo, imputáveis tanto ao Legislativo, na edição de normas primárias, quanto ao Executivo, quando lhe toque expedir atos secundários de caráter geral, como regulamentos, instruções ou resoluções. Em tese, é possível conceber uma omissão normativa do Judiciário, nas hipóteses em que a Constituição lhe confira competência dessa natureza (como no caso do regimento interno dos tribunais: CF, art. 96, I, a).” (*Idem*, p. 279-280).

⁸⁷ O *leading case* nesse sentido é a ADIn 19, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 14.04.1989: “A ação direta de inconstitucionalidade por omissão de que trata o § 2º do art. 103 da nova CF, não é de ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em caso concreto, mas sim visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado”. Em sentido contrário ao adotado pelo STF, CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 407- 408; CARRAZZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 349; BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 4, T. III, Saraiva, 1997, p. 266.

⁸⁸ *Inf. STF* n. 32, maio 1996, ADIn 1.439, Rel. Min. Celso de Mello: “Não se conheceu da ação ao fundamento de que o pedido, fundado embora na tese da inconstitucionalidade *por omissão parcial* em face do disposto no art. 7º, IV, visava à exclusão da norma impugnada do ordenamento jurídico, e não, como decorreria logicamente de sua motivação, a que o Poder competente fosse cientificado da decisão que declarasse a inconstitucionalidade por omissão, nos termos do art. 103, § 2º, da CF. Impossibilidade de conversão da ADIn em ação direta de inconstitucionalidade por omissão.” (texto ligeiramente editado). E também *Inf. STF* n. 127, out. 1998, ADInMC 1.755, rel. Min. Nelson Jobim: “Não há possibilidade de se converter ação direta de inconstitucionalidade em ação direta de inconstitucionalidade por omissão”. No mesmo sentido as ADInMC 986, Min. Rel. Néri da Silveira, DJ 08.04.1994 e ADIn 1442, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 29.04.2005.

⁸⁹ STF, ADIn 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.04.2010: “Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 875/DF, ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 2.727/DF e ADI n.º 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar n.º 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012”.

entre as duas situações, cabendo ao próprio STF selecionar a técnica de decisão mais adequada à hipótese⁹⁰.

Ademais, a jurisprudência do Tribunal se firmou no sentido de ocorrer a perda do objeto da ação na hipótese de revogação da norma constitucional que necessitava de regulamentação para a sua efetividade⁹¹. A mesma orientação prevalecia quando o Executivo encaminhava ao Congresso o projeto referente à lei reclamada⁹², mas esse entendimento foi alterado, tornando-se possível configurar a omissão inconstitucional nos casos em que as duas Casas Legislativas não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre o projeto de lei em tramitação⁹³.

2.1.1. Omissão inconstitucional total

Conforme enunciado no primeiro capítulo, o decurso de prazo razoável para a edição da medida exigida pela Constituição configura pressuposto para o reconhecimento e declaração da inconstitucionalidade por omissão⁹⁴. Desse modo, a decisão que pronuncia a inconstitucionalidade por omissão total conterà sempre a constituição em mora do Poder ou órgão administrativo que permaneceu inerte quando deveria ter atuado. Luís Roberto Barroso

⁹⁰ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 288.

⁹¹ STF, QO na ADIn 1.836, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04.12.1998: “Esta Corte já firmou o entendimento, em face da atual Constituição, de que, quando há a revogação do ato normativo atacado como inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade, esta fica prejudicada por perda de seu objeto. Essa orientação, por identidade de razão, se aplica tanto à ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida destinada a tornar efetiva norma constitucional, sendo que, neste último caso, isso ocorrerá quando a norma revogada for a que necessitava de regulamentação para a sua efetividade”.

⁹² STF, ADIn 130, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01.02.1990: “Há a prejudicialidade do pedido de inconstitucionalidade por omissão quando o Executivo já houver encaminhado ao Congresso o projeto de lei sobre a matéria em análise, como se decidiu em relação ao art. 29, § 2º, do ADCT”. No mesmo sentido, ADIn 2.495, DJ 02.08.2002, Rel. Min. Ilmar Galvão.

⁹³ STF, ADIn 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.09.2007: “Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.”

⁹⁴ STF, ADIn 3.303, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 16.03.2007: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INCISO II DO § 1º DO ART. 61, COMBINADO COM O INCISO X DO ARTIGO 37, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Mora do Chefe do Poder Executivo Federal, que não chegou a se consumar. A ação direta de inconstitucionalidade foi proposta em 14.09.2004, quando ainda restavam três meses para o Presidente da República exercer o seu poder-dever de propositura da lei de revisão geral (art. 1º da Lei federal nº 11.331/01). Ação julgada improcedente, dado que prematuramente ajuizada”.

destaca que “intuitivamente, passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição de 1988, há inequívoca mora em relação às normas reclamadas pelo texto constitucional e ainda não criadas”⁹⁵.

Além de decretar a mora, a decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão dará ciência ao Poder Competente ou dará ordem ao órgão administrativo para a adoção das providências necessárias⁹⁶. Na segunda hipótese, a própria Constituição estabelece a fixação de prazo, que é de trinta dias. Destaca-se que a Lei n. 9.868/99, com a nova redação dada pela Lei n. 11.063/2009, passou a admitir, em casos excepcionais, que o STF venha a fixar outro prazo, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

Em relação à edição de medidas pelo Poder competente, o STF vinha atribuindo às decisões o caráter de mera ciência ao Poder omissor, com base na literalidade do § 2º do art. 103, conferindo, dessa forma, reduzida eficácia e uso limitado à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme se observa em trecho da ementa da ADInMC 1.458, rel. Min. Celso de Mello:

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao STF, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao STF, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do próprio órgão legislativo inadimplente⁹⁷.

Destarte, nessa hipótese, a Constituição não prevê a fixação de prazo para agir, silêncio que vinha sendo interpretado pelo STF como decorrência do respeito à separação dos Poderes⁹⁸.

⁹⁵ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 294.

⁹⁶ *Idem*, p. 294.

⁹⁷ STF, ADInMC 1.458, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.1996. No mesmo sentido, ADInMC 267, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.05.1995: “O reconhecimento dessa possibilidade implicaria transformar o STF, no plano de controle concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que ele próprio se tem recusado a exercer”.

⁹⁸ Os precedentes diziam respeito tanto ao Legislativo como ao Executivo. A título de exemplo, v. STF, ADIn 2.061, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 29.06.2001: “A norma constitucional do art. 37, X, impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União (...). Porém não se compreende a providência nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, *in fine*, que prevê a fixação de prazo para o mister”.

Entretanto, na ADIn 3.682, tratando da omissão do legislador em editar a lei complementar prevista no art. 18, § 4º⁹⁹, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional elaborasse a norma reclamada, devendo contemplar as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão, referentes à criação irregular de municípios no período em que o Congresso permaneceu omissivo.

Na decisão, ficou consignado não se tratar de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADIn 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuassem a ter vigência¹⁰⁰. Desse modo, não foi estabelecida sanção ou qualquer consequência para o caso de eventual descumprimento por parte do Poder Legislativo.

Cabe registrar que a decisão foi parcialmente cumprida, tendo o Congresso Nacional editado a Emenda Constitucional n. 57, de 18 de dezembro de 2008, por meio da qual foram convalidadas as leis de criação de município publicadas até 31 de dezembro de 2006, desde que tivessem sido produzidas em harmonia com a legislação estadual pertinente¹⁰¹.

Cumprir trazer a lume colocação de Luís Roberto Barroso acerca do tema:

Apenas se pode dizer que, decorrido o prazo sem atuação do Poder omissivo, restará caracterizado, com intensidade ainda maior, o desrespeito à decisão do STF. Em última instância, a decisão do STF reconhece, com definitividade jurídica, que outro

⁹⁹ CF/88, art. 18, § 4º: “A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei” (redação dada pela EC n. 15, de 1996)

¹⁰⁰ STF, ADIn 3.682, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.09.2007: “(...) Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI ns. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios”.

¹⁰¹ A Emenda introduziu o art. 96 ao ADCT, com a seguinte redação: “Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação”.

Poder está violando a Constituição de forma reiterada. Isso deveria bastar para criar um ambiente político em que a manutenção da inércia fosse insustentável¹⁰².

Em relação ao posicionamento do Tribunal sobre a impossibilidade de expedir provimentos normativos temporários até a edição da norma impugnada, o STF avançou na matéria ao admitir, nos Mandados de Injunção n. 670, 712 e 708, a possibilidade de um regramento provisório de caráter geral, evitando que situações semelhantes venham a receber tratamento diverso. Conforme expõe Luís Roberto Barroso, “a rigor, não haveria impedimento teórico a que esse tipo de solução viesse a ser adotado também em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão”¹⁰³.

2.1.2. *Omissão inconstitucional parcial*

Conforme exposto no primeiro capítulo, a omissão parcial é aquela que ocorre quando o legislador atua de modo insuficiente ou deficiente em relação à obrigação que lhe cabia.

Acerca da matéria, destaca-se a ADIn 1.458, na qual se invocou a insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, por ser incapaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, bem como se questionou o índice de reajuste aplicável, tendo em vista a obrigação do Estado de adotar mecanismos destinados a preservar o poder aquisitivo do salário mínimo. Restou configurado, assim, descumprimento, ainda que parcial, do art. 7º, IV¹⁰⁴ da Constituição da República. Com isso, foi impugnada a Medida Provisória n. 1.415/96 (art. 1º e parágrafo único) que estabeleceu o índice de reajuste do salário mínimo.

A hipótese trazida nessa ação refere-se a uma típica situação de inconstitucionalidade parcial, eis que o Poder Público, considerado o valor que estipulou para o salário mínimo, cumpriu, de maneira imperfeita e insatisfatória, o encargo que lhe foi imposto pela Constituição.

Nessa decisão, o STF optou pela declaração de inconstitucionalidade da MP 1.415/96 sem a pronúncia de nulidade, por considerar que a superação do estado de

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 295.

¹⁰³ *Idem*, p. 297.

¹⁰⁴ CF/88, art. 7º, IV: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”.

inconstitucionalidade por omissão reclamará, durante determinado período de transição, como medida indispensável, a conservação da norma jurídica imperfeita, até que mediante formal apelo, sobrevenha a promulgação do ato estatal que dê efetiva concreção ao texto constitucional¹⁰⁵.

Além disso, o Tribunal expressou que o reconhecimento formal do estado de omissão inconstitucional imputável ao Poder Público somente pode gerar, nos precisos termos do que prescreve o art. 103, § 2º, da Carta Política, mera comunicação ao órgão estatal inadimplente de que este se acha em mora constitucional. Dessa forma, a Corte procedeu à mera cientificação do legislador inadimplente, a fim de que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional, por considerar que não lhe assiste a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão em situação de mora¹⁰⁶.

¹⁰⁵ STF, ADInMC 1.458, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.1996.

¹⁰⁶ STF, ADInMC 1.458, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.1996: “SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL. - A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. - As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. - A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.” Acerca da técnica de decisão mais adequada nas hipóteses de omissões relativas, o Min. Sepúlveda Pertence, em voto na ADInMC 526-DF da qual foi relator (DJU, 5 mar. 1993, p. 2896): “Se, entretanto, admitida a plausibilidade da arguição assim dirigida ao art. 1º da MP 296/91, se entende ser o caso de inconstitucionalidade por ação e se defere a suspensão do dispositivo questionado, o provimento cautelar apenas prejudicaria o reajuste necessário dos vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem nenhum benefício para os excluídos do seu alcance. Se, ao contrário, se divisa, no caso, inconstitucionalidade por omissão parcial, jamais se poderia admitir a extensão cautelar do benefício aos excluídos, efeito que nem a declaração definitiva da invalidade da lei poderá gerar (CF, art. 103, § 2º)”.

Contudo, o Tribunal avançou na matéria quando do julgamento de quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn 875, 2727, 3243 e 1987)¹⁰⁷ em que alguns Estados da Federação arguíam a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 62/89, que fixa critérios de repartição do FPE – Fundo de Participação dos Estados. A Constituição Federal em seu art. 161, II¹⁰⁸, determina que o rateio seja feito de forma a promover o equilíbrio socioeconômico, o que pressupõe a adoção de critérios baseados na efetiva realidade socioeconômica dos entes federativos. Os estados arguentes sustentavam que os critérios estabelecidos pela lei, em 1989, já não correspondiam à realidade. Com base nisso, alguns pediam a declaração da sua inconstitucionalidade, ao passo que outros pediam o reconhecimento da omissão inconstitucional parcial, sem a pronúncia de nulidade.

Em 24 de fevereiro de 2010, o Supremo Tribunal Federal, acolhendo voto do relator, ministro Gilmar Mendes, julgou procedentes as ações para declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar 62/1989. A decisão adotou, no entanto, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e assegurou a aplicação da lei até 31 de dezembro de 2012.

Com isso, observa-se que o Tribunal construiu solução que, de um lado, não agravasse a questão constitucional apresentada, caso procedesse à cassação dos critérios do FPE, e, de outro, não avançasse sobre as competências do Congresso Nacional. Desse modo, o Poder Legislativo foi conclamado a editar uma nova legislação sobre o tema.

A nova lei (Lei Complementar 143/2013) só veio a ser editada em 18 de julho de 2013, meses após expirar o prazo fixado pelo STF. Os repasses, no entanto, não chegaram a ser interrompidos, uma vez que, em 24 de janeiro de 2013, liminar deferida pelo ministro Ricardo Lewandowski, na ADO 23¹⁰⁹, no exercício da presidência, garantiu a continuidade da

¹⁰⁷ STF, ADIn 875, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.04.2010: “EMENTA: Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 875/DF, ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 2.727/DF e ADI n.º 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar n.º 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012.”

¹⁰⁸ CF/88, art. 161, II: “Cabe à lei complementar: II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios;”

¹⁰⁹ A ADO 23 foi ajuizada, em 21 de janeiro de 2013, pelos governadores dos Estados da Bahia, do Maranhão, de Minas Gerais e de Pernambuco contra omissão do Congresso Nacional e requereu, em sede de liminar, que o

transferência dos recursos para os estados e o Distrito Federal, em conformidade com os critérios anteriormente vigentes, por mais 150 dias.

2.2 O Mandado de Injunção

A Constituição de 1988 previu no art. 5º, LXXI¹¹⁰, a instituição e definição do mandado de injunção, bem como cuidou da referida ação em mais outros quatro dispositivos¹¹¹, nos quais fixou normas de competência originária e recursal dos Tribunais para julgá-lo. Contudo, o mandado de injunção jamais foi regulamentado, inexistindo lei específica definindo seu procedimento. Paradoxalmente, houve posicionamento doutrinário no sentido de que o instituto, criado precisamente para superar a paralisia resultante de normas constitucionais carentes de regulamentação, não era em si autoaplicável¹¹², tese que não prevaleceu¹¹³. A adoção do rito do mandado de segurança, indicado pelo Supremo Tribunal Federal, foi confirmado pela Lei n. 8.038/90, no parágrafo único¹¹⁴ de seu art. 24.

O alcance do novo instituto condiciona-se a uma relação jurídica de causa e efeito, respectivamente, entre a falta da norma regulamentadora e a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Conforme firmado pelo STF, para a concessão do mandado de injunção, é preciso que esteja clara esta relação que envolve nexo de causalidade¹¹⁵.

Tribunal mantivesse provisoriamente a vigência dos dispositivos da Lei Complementar n. 62/89 anteriormente declarados inconstitucionais, até que o órgão omissor adotasse as providências necessárias para disciplinar a matéria.

¹¹⁰ CF/88, art. 5º, LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

¹¹¹ CF/88, arts. 102, I, “q”, II, a, 105, I, “h” e 121, § 4º, V.

¹¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o mandado de injunção, *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2ª quinzena de outubro de 1988, p 297.

¹¹³ STF, QO no MI 107, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.09.90” Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte – que está devidamente definida pelo artigo 102, I, ‘q’ – autoexecutável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido de autoaplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator”. A autoaplicabilidade do mandado de injunção foi reconhecida em diversos casos subsequentes (e.g., MI 59 e MI 159-6, publicados no DJU, 05.12.89)”.

¹¹⁴ Lei n. 8.038/90, art. 24, parágrafo único: “No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.”

¹¹⁵ STF, AgR no MI 81, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25.05.1990: “Essa situação de lacuna técnica - que se traduz na existência de um nexo causal entre o *vacum juris* e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania - constitui requisito necessário que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988”.

Importa, portanto, examinar os termos envolvidos nessa relação de causalidade, que constitui pressuposto de cabimento do mandado de injunção. A expressão “norma regulamentadora” deve ser interpretada extensivamente, abrangendo toda e qualquer medida para tornar efetiva norma constitucional, tendo em vista o disposto no art. 103, § 2º, da Constituição, o que inclui leis complementares, ordinárias, decretos, regulamentos, resoluções, portarias, dentre outros atos¹¹⁶.

O STF tem entendido que, existindo a lei, o fato de ela não satisfazer os ditames constitucionais não é situação equiparável à falta de norma jurídica, e que a inconstitucionalidade eventual do regramento em vigor não comporta correção por meio de mandado de injunção¹¹⁷. Entretanto, parte da doutrina defende que a omissão legislativa parcial é equiparável à ausência de norma regulamentadora, o que ensejaria o cabimento do *writ* para estender a disciplina legal aos grupos impetrantes excluídos, de modo a tornar viável o exercício de direito constitucional¹¹⁸.

Por óbvio, se for desnecessária a norma regulamentadora, tendo em conta que a norma constitucional é de eficácia plena e o direito nela definido é exercitável de plano, não se admite o mandado de injunção¹¹⁹. Mesmo a recusa da autoridade em aplicar uma norma autoaplicável não lhe retira tal qualidade¹²⁰, de modo que, nessa hipótese, por inexistir lacuna legislativa, o caso não é de injunção, mas sim de mandado de segurança¹²¹. Não se admite,

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 253. No mesmo sentido, PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 78-79; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*, São Paulo: Atlas, 1999, p. 73-76; PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 135-136 e CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 831-832.

¹¹⁷ STF, MI 79, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 02.08.1990 “Não cabe mandado de injunção para, sob color de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional (art. 39, § 1º, da CF), pretender-se a alteração de lei já existente, supostamente incompatível com a Constituição”. Destaca-se, igualmente, o MI 81, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.03.1990: “Não é o mandado de injunção a sede adequada para controle de constitucionalidade, sequer *incidenter tantum*. Até porque, sendo a ausência de norma seu pressuposto maior, nem mesmo se pode cogitar dessa indagação”. No mesmo sentido, MI 254, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 02.10.1992; MI 152, Rel. Min. Celio Borja, DJ 20.04.1990 e MI 60-3, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 09.03.1990.

¹¹⁸ BERMUDEZ, Sérgio. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 642, 1989, p. 21; PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 137; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*, São Paulo: Atlas, 1999, p. 76; CARRAZZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 357-358; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2. ed. rev. amp., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 110. Em sentido contrário, PORTO, Odyr. Mandado de Injunção. *RJTJESP-Lex* 115, p. 8-18.

¹¹⁹ STF, MI 44, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 23.03.1990; MI 74, Rel. Min. Carlos Madeira, DJ 14.04.1989; MI 97, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 23.03.1990; MI 211, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 18.08.1995.

¹²⁰ STF, MI 226, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.04.1990.

¹²¹ STF, MI 182, DJ 22.03.1991; MI 15, DJ 04.09.1990.

outrossim, o mandado de injunção se ainda não expirado o prazo fixado na Constituição para a edição da norma regulamentadora¹²². Quando ocorrer a edição de norma superveniente ao pedido, viabilizando o exercício do direito reclamado, ter-se-á uma situação de prejudicialidade que afetará o próprio curso da ação injuncional¹²³. Registre-se que essa prejudicialidade foi relativizada com o julgamento dos Mandados de Injunção n. 943, 1010, 1074 e 1090, referentes ao direito ao aviso prévio proporcional.

Feitas estas considerações, é momento para refletir sobre o segundo termo da relação, que se refere à inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Em relação aos direitos tutelados pelo mandado de injunção, há na doutrina três posições doutrinárias.

A posição mais restritiva sustenta que a parte final do art. 5º, LXXI, da Constituição, ao se referir a prerrogativas “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, restringe o alcance da expressão “direitos e liberdades constitucionais” a estes bens jurídicos¹²⁴. Uma segunda corrente atribui a referida expressão aos direitos e garantias fundamentais do Título II do texto constitucional¹²⁵. E, finalmente, a terceira corrente, a que se adota, entende que os direitos, liberdades e prerrogativas tuteláveis pela injunção são todos aqueles previstos na Constituição, e não apenas os constantes do Título II da Carta Maior¹²⁶.

Conforme sentenciou Flávia Piovesan, “entende-se que o mandado de injunção protege direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas, estas sim, inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”¹²⁷. Do mesmo modo tem entendido a Suprema Corte ao apreciar a ação injuncional¹²⁸.

¹²² STF, MI 60, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 09.03.1990.

¹²³ STF, MI 288, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.05.95; MI 426, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 16.02.1996.

¹²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 276-277.

¹²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 222.

¹²⁶ Nesse sentido, PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 140; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 448-449; VELLOSO, Carlos Mário. As novas garantias constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 644, 1989, p. 13; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, p. 73-76; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 366 e PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 192-193.

¹²⁷ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 140

¹²⁸ STF, MI 562, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.06.2003.

2.2.1. Decisão e seus efeitos

O Supremo Tribunal Federal, inicialmente, em decisão adotada no Mandado de Injunção n. 107, tornada o *leading case* na matéria, considerou que a ação injuncional tinha por finalidade a mera declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser comunicada ao órgão estatal inadimplente para que promovesse a integração normativa do dispositivo constitucional nela objetivado, equiparando o presente *writ* à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Cumpre destacar trecho de ementa do *decisum*:

Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional¹²⁹.

Essa posição foi reiterada em diversos julgados pelo Tribunal¹³⁰. A título de exemplo, destaque-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do MI n. 219¹³¹, relativo ao número de deputados da bancada paulista na Câmara Federal. No caso, o Supremo reconheceu a omissão do Congresso Nacional quanto à elaboração da lei complementar prevista no art. 45, § 1º, da Constituição e deu-lhe ciência da mora, para que, em tempo hábil, suprisse a omissão.

Esse entendimento inicial da Suprema Corte foi severamente criticado por parte significativa da doutrina, segundo a qual o Tribunal esvaziara a finalidade constitucional do mandado de injunção, tornando-o uma medida inócua e sem finalidade. As considerações críticas a respeito dos posicionamentos adotados pela Corte serão apreciadas no último capítulo do presente trabalho. Luís Roberto Barroso chegou a afirmar que

¹²⁹ STF, QO no MI 107, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.09.1990.

¹³⁰ STF, MI 168, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.04.90: “O mandado de injunção nem autoriza o Poder Judiciário a suprir omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade de omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra”. No mesmo sentido, MI 341, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 30.09.1994 e MI 42, DJ 07.02.1990.

¹³¹ STF, MI 219, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 19.05.1995.

de acordo com a interpretação da Suprema Corte, há dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omissor do Poder Público, e nenhum para que se comprove, em via judicial, a violação do direito constitucional pleiteado¹³².

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal fez reparos na sua posição original, abandonando a ideia de que o mandado de injunção tinha por objeto uma mera declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional a ser comunicada ao órgão omissor.

A nova posição do Tribunal começou a se delinear no julgamento do MI 283, impetrado com fundamento no art. 8º, § 3º¹³³, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988. Tal dispositivo prevê que cidadãos afetados por atos discricionários do Ministério da Aeronáutica, editados logo após o movimento militar de 1964, fazem jus a uma reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição. Ocorre que a mencionada lei não foi editada no tempo previsto.

A Corte decidiu que, constatada a mora legislativa, deve-se assinalar um prazo razoável para a elaboração da norma regulamentadora, após o qual, persistindo a mora, seria assegurado ao impetrante um título jurídico para obter do poder público, na instância ordinária, reparação por perdas e danos¹³⁴.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 172.

¹³³ ADCT, art. 8º, § 3º: "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição."

¹³⁴ STF, MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991: "Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-

Nesse acórdão, o STF não apenas declarou a mora do legislador, comunicando-a ao Congresso Nacional e à Presidência da República, como também assinou o prazo de quarenta e cinco dias, acrescido de quinze dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultimasse o processo legislativo da lei reclamada. Fixou também que, se ultrapassado o aludido prazo, sem que estivesse promulgada a lei, ficava reconhecida 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. Observou, por fim, que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicaria a coisa julgada, que, entretanto, não impediria o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, na medida em que lhe fosse mais favorável.

É inegável o avanço proporcionado por esta decisão, se comparada com a posição anterior da Corte. Todavia, ela ainda se mostrou inconciliável com a natureza e finalidade do instituto, de fazer valer imediatamente o direito frustrado pela omissão do poder público. Na decisão em comento, o Supremo Tribunal Federal não assegurou o imediato exercício do direito violado pela inércia do legislador, reconhecendo ao impetrante tão-somente a faculdade de obter contra o poder público (no caso, a União) uma sentença de condenação, remetendo-o à desgastante e morosa via ordinária. Nesse sentido, compartilha-se contundente crítica do Ministro Marco Aurélio que, na declaração de voto naquela ação, asseverou:

Agora vejam a situação *sui generis*: o Tribunal, dizendo-se competente para apreciar o mandado de injunção – e ninguém tem dúvida quanto a isso – reconhece que, passados dois anos, até hoje não foi editada a lei de que cogita o dispositivo constitucional. Em um passo subsequente, ao invés de atuar de forma concreta e fixar os parâmetros da reparação que serão futuramente disciplinados por lei, transfere essa fixação ao juízo. (...) Peço vênia, Senhor Presidente, para dissentir quanto à comunicação ao Congresso Nacional de que ele está omissa (...) e dissentir, também, quanto à sentença ou o acórdão alternativo que se preconiza, contendo abertura da porta pertinente à via ordinária, isto para que o impetrante logre o que pode e deve lograr no próprio mandado de injunção. Divirjo do nobre Relator, pois devemos partir para o lançamento, de imediato, de um provimento judicial que revele os parâmetros da reparação de que cogita o texto constitucional. O texto prevê

lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicaria a coisa julgada, que, entretanto, não impediria o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável”.

a reparação e, por isso, como disse no início do meu voto, entendo que ela deva ser a mais satisfatória possível¹³⁵.

Observe-se que, posteriormente, em mandado de injunção impetrado com base na mesma disposição constitucional (art. 8º, § 3º, do ADCT), o Supremo decidiu que, tendo em vista o escoamento do prazo que concedera no *writ* anterior, era desnecessária nova comunicação ao Congresso Nacional, facultando desde logo aos impetrantes ingressarem em juízo para a obtenção da reparação devida, nos seguintes termos:

Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se "prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, "desde logo", a possibilidade de ajuizarem, "imediatamente", nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório¹³⁶.

Outro julgamento que demonstra essa mudança na orientação do STF é o do MI 232, em que se apreciou o pedido de entidade beneficente de assistência social acerca do alcance do § 7º do art. 195 da Constituição de 1988, que determina a isenção de contribuição para seguridade social das entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei. Decorridos mais de dois anos da promulgação da Carta, tal lei não havia ainda sido editada, apesar de o art. 59¹³⁷ do ADCT haver fixado um prazo máximo de seis meses para sua apresentação e outros seis para que fosse apreciada pelo Congresso Nacional.

A Suprema Corte declarou o estado de mora do Congresso Nacional, fixando-lhe o prazo de seis meses para que elaborasse a aludida lei, sob pena de, vencido o prazo, sem legislar, passasse o impetrante a gozar da imunidade requerida. Consta da ementa desse julgado:

Mandado de injunção. Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal. Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da

¹³⁵ STF, MI 283, DJ 14.11.1991, JSTF, LEX 158, fev. 1992, p. 110.

¹³⁶ STF, MI 284, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26.06.1992. No mesmo sentido, as decisões proferidas nos MI 447, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 01.07.1994; MI 439, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.12.1994; MI 543, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.05.2002 e MI 562, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.06.2003.

¹³⁷ ADCT, art. 59: "Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los".

Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida¹³⁸.

A respeito do mencionado julgado, Luís Roberto Barroso enfatiza:

Note-se, no entanto, que, na hipótese aqui versada, o tribunal não precisará suprir qualquer lacuna normativa. Limitar-se-á a considerar autoaplicável norma que conferia um direito, mas o condicionava ao preenchimento de requisitos que a lei ditaria. Não há, pois, maior dificuldade, nem se exige do Judiciário uma atuação de integração da norma jurídica¹³⁹.

Gilmar Mendes, por sua vez, entende que:

As decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 283 (Rel. Sepúlveda Pertence), 232 (Rel. Moreira Alves) e 284 (Rel. Celso de Mello) sinalizam para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial.

Cumprе salientar que no final de 2007, o Supremo Tribunal Federal introduziu modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção. A mudança se deu em questão envolvendo o direito de greve do servidor público, previsto no art. 37, VII¹⁴⁰, da Constituição Federal, que exige a edição de lei específica para disciplinar o tema. Diante da inexistência de lei, o STF não admitia a concretização direta da norma constitucional, de modo que o referido direito não poderia ser exercido pelos servidores. O Tribunal limitava-se à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma reguladora específica¹⁴¹.

A inovação ocorreu no julgamento dos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, em que a Corte, além de declarar a omissão legislativa, adotou regulação provisória ao determinar a aplicação, no que couber, da Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. A decisão aplicou-se a todos os servidores, afastando os efeitos da omissão legislativa em caráter geral. Nesse ponto, ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Enrique Ricardo Lewandowski, que limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.

Eis, em resumo, os principais fatos ocorridos em torno das ações mencionadas:

¹³⁸ STF, MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.03.1992.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175.

¹⁴⁰ CF/88, art. 37, VII: “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

¹⁴¹ STF, MI 20, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI 485, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.08.2002 e MI 585, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02.08.2002.

O Tribunal concluiu julgamento de três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF (...). O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. No MI 670/ES e no MI 708/DF prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes. Nele, inicialmente, teceram-se considerações a respeito da questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito Brasileiro e da evolução da interpretação que o Supremo lhe tem conferido. Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhava, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora "solução constitucionalmente obrigatória". Salientou-se que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente delineada nos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89 e que, no caso de aplicação dessa legislação à hipótese do direito de greve dos servidores públicos, afigurar-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro. Assim, tendo em conta que ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional. Por fim, concluiu-se que, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, seria mister que, na decisão do writ, fossem fixados, também, os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliada, para apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário. Dessa forma, no plano procedimental, vislumbrou-se a possibilidade de aplicação da Lei 7.701/88, que cuida da especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos. No MI 712/PA, prevaleceu o voto do Min. Eros Grau, relator, nessa mesma linha. Ficaram vencidos, em parte, nos três mandados de injunção, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Também ficou vencido, parcialmente, no MI 670/ES, o Min. Maurício Corrêa, relator, que conhecia do writ apenas para certificar a mora do Congresso Nacional¹⁴².

Em momento posterior, o STF julgou procedente o Mandado de Injunção n. 721 para garantir à impetrante o exercício imediato do direito à aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º¹⁴³, da Constituição Federal, por meio da aplicação analógica do art. 57, § 1º¹⁴⁴, da Lei

¹⁴² *Inf. STF* n. 485, MI 670, Rel. Min. Maurício Corrêa, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25.10.2007, DJ 31.10.2008.

¹⁴³ CF/88, art. 40, § 4º: "É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis

n. 8.213/91, que regula a matéria em relação aos trabalhadores em geral¹⁴⁵. Insta frisar que no julgamento da questão de ordem suscitada no Mandado de Injunção n. 795, a Corte, por maioria, autorizou que os Ministros decidam monocrática e definitivamente os casos idênticos aos já decididos por ela¹⁴⁶.

Por fim, cabe trazer a lume o novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal nos mandados de injunção impetrados contra a omissão referente à edição da lei prevista no art. 7º, XXI¹⁴⁷, da Constituição. O Tribunal dava provimento às ações unicamente para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que suprisse o seu dever constitucional de legislar¹⁴⁸.

A postura do STF sinalizou importante mudança quando da análise conjunta dos Mandados de Injunção n. 943, 1010, 1074 e 1090. O Tribunal, por unanimidade, julgou procedentes as referidas ações, porém suspendeu o julgamento, em 22.06.2011, para posterior explicitação do seu dispositivo final. Isso ocorreu tendo em vista o intuito dos Ministros de consolidarem proposta conciliatória quanto à forma de concretização do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Observa-se que nesse caso específico a Corte estava disposta a oferecer uma “solução normativa criativa” para o exercício desse direito constitucional, ainda que apenas aos

complementares, os casos de servidores: I portadores de deficiência; II que exerçam atividades de risco; III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.”

¹⁴⁴ L. 8.213/91, art. 57, § 1º : “A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. § 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.”

¹⁴⁵ STF, MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 30.08.2007. Confira-se a ementa do julgado: “MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.” No mesmo sentido, verificam-se os MI 758, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26.09.2008; MI 788, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 08.05.2009 e MI 795, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 22.05.2009.

¹⁴⁶ STF, QO no MI 795, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 15.04.2009.

¹⁴⁷ CF/88, art. 7º, XXI: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

¹⁴⁸ STF, MI 369, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26.02.1993; MI 95, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.06.1993; MI 124, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18.06.93; MI 278, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14.12.2001; MI 695, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.04.2007 e MI 945, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.6.09.

impetrantes. Afinal, o tema do aviso prévio proporcional se diferenciava daquele relativo ao direito de greve e à aposentadoria por não existir, até aquele momento, qualquer parâmetro normativo, no ordenamento jurídico brasileiro, que pudesse ser aplicado de forma analógica.

Ocorre que, em 11 de outubro de 2011, foi publicada a Lei n. 12.506, que finalmente apresentou a regulamentação do instituto do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, previsto no art. 7º, inciso XXI da Carta Política. Em 06.02.2013, o STF deu continuidade ao julgamento e determinou a aplicação judicial dos parâmetros idênticos ao da Lei 12.506/11 aos casos em exame, assim como autorizou os Ministros a aplicarem monocraticamente esse entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora¹⁴⁹.

Com isso, a Corte considerou que a superveniência da lei regulamentadora do aviso prévio não tinha o condão de prejudicar a continuidade dos julgamentos dos mandados de injunção impetrados anteriormente à publicação da mencionada lei, sendo o caso, de procedência dos pedidos para aplicação judicial de parâmetros similares aos enunciados pela Lei 12.506/2011.

¹⁴⁹ STF, MI 943, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02.05.2013; MI 1010, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02.05.2013; MI 1074, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02.05.2013, e MI 1090, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 23.04.2013 (Acórdãos idênticos). Confira-se a ementa dos julgados: “Mandado de injunção. 2. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Art. 7º, XXI, da Constituição Federal. 3. Ausência de regulamentação. 4. Ação julgada procedente. 5. Indicação de adiamento com vistas a consolidar proposta conciliatória de concretização do direito ao aviso prévio proporcional. 6. Retomado o julgamento. 7. Advento da Lei 12.506/2011, que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional. 8. Aplicação judicial de parâmetros idênticos aos da referida legislação. 9. Autorização para que os ministros apliquem monocraticamente esse entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora. 10. Mandado de injunção julgado procedente.” Foram opostos embargos de declaração nessas ações, que foram parcialmente acolhidos para reconhecer a ilegitimidade passiva da Companhia Vale do Rio Doce, todavia a mantê-la no feito na qualidade de interessada.

CAPÍTULO III

3. DECISÕES MANIPULATIVAS COM EFEITOS ADITIVOS EM PROCESSOS DE CONTROLE DA OMISSÃO

Após discorrer a respeito da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle da omissão, resta evidente que a mera comunicação ao órgão estatal inadimplente para que edite a providência reclamada não tem o condão de sanar a violação relativa à omissão inconstitucional. Com o intuito de assegurar a força normativa e a supremacia constitucional, o presente trabalho pretende conceituar as sentenças¹⁵⁰ manipulativas com efeitos aditivos e sugerir a utilização dessa técnica decisória no âmbito dos instrumentos de controle da omissão.

Serão abordados exemplos de casos em que foram utilizadas as decisões manipulativas de efeitos aditivos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como serão apontados alguns limites à sua utilização na jurisdição constitucional.

3.1 Conceituação de decisões manipulativas com efeitos aditivos

As sentenças manipulativas comportam diversas diferenciações e classificações. Adota-se no presente estudo a classificação proposta pelo jurista português Carlos Blanco de Moraes, por ser a mais aprofundada e abrangente. Segundo Blanco de Moraes, as sentenças manipulativas são aquelas que “determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento”¹⁵¹. São também chamadas de decisões de caráter intermédio porque se colocam como um meio-termo entre as decisões de inconstitucionalidade que retiram a norma do ordenamento jurídico e decisões que rejeitam a inconstitucionalidade.

Carlos Blanco de Moraes identifica as sentenças manipulativas como o gênero no qual estão inseridas: a) as decisões que modulam a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade; b) as decisões interpretativas condicionais que são aquelas em que se

¹⁵⁰ O termo “sentença” será empregado no sentido lato, de forma a abranger as decisões e os acórdãos.

¹⁵¹ MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 17.

mantém o texto da norma, porém condicionado à adoção ou exclusão de determinada interpretação; c) as decisões de efeitos aditivos¹⁵².

O jurista destaca que

Foi fundamentalmente para dar resposta à necessidade de se fixarem critérios de preenchimento de omissões relativas inconstitucionais ou de lacunas geradas pela própria decisão de inconstitucionalidade que nasceram as sentenças com efeitos aditivos¹⁵³

Em sentido lato, as sentenças com efeitos aditivos são as decisões positivas de inconstitucionalidade de cujo conteúdo resulte, tanto um juízo de invalidade, com a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o Direito que conformou o objeto da mesma sentença se compatibilize futuramente com a Constituição¹⁵⁴.

As sentenças aditivas são formadas por uma componente ablativa, que supõe a eliminação, em regra parcial, de uma norma jurídica, em virtude de sua inconstitucionalidade, e de uma componente reconstitutiva, consistente na identificação de um critério jurídico de decisão passível de ser junto a uma norma ou ao seguimento remanescente, de forma a que sejam criadas condições de conformidade do sentido recomposto com a Constituição¹⁵⁵. Nesse segundo momento, com a junção de um critério normativo ao segmento remanescente de um preceito julgado inconstitucional, configura-se o efeito aditivo.

Além disso, as sentenças aditivas em sentido amplo englobam, conforme Carlos Blanco de Moraes, as demolitórias com efeitos aditivos, as aditivas em sentido estrito, as aditivas de princípio e as substitutivas¹⁵⁶.

Lucas Nogueira Israel explica a subclassificação das sentenças aditivas em sentido amplo, tal qual exposta por Carlos Blanco de Moraes.

As sentenças demolitórias são aquelas que decorrem da eliminação ou “demolição” de uma norma constitucional que restrinja, explícita ou implicitamente, a titularidade ou o exercício de um direito, de maneira que outra norma – que pode ou não estar presente na

¹⁵² MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional*. Tomo II. 2 ed. Coimbra: Coimbra ed., 2011, p. 316.

¹⁵³ *Idem*, p. 316.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 411.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 417.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 418.

mesma disposição – cujo conteúdo se encontrava restringido pela primeira, passe a expandir automaticamente seu âmbito de previsão¹⁵⁷.

As sentenças aditivas em sentido estrito, por sua vez, são decisões em que o Tribunal não apenas declara a inconstitucionalidade parcial de uma disposição normativa, mas, ao mesmo tempo, repara a lacuna gerada pela invalidação, identificando uma norma aplicável à espécie. Distinguem-se das sentenças demolitórias, porque, aqui, a componente aditiva não é efeito direto da própria operação de remoção da norma inconstitucional constritora de direitos, mas, sim, resultado da operação “criativa” do Tribunal¹⁵⁸.

Diferentemente das sentenças aditivas em sentido estrito em que o Tribunal, na componente reconstrutiva, indica a norma aplicável ao caso, nas sentenças aditivas de princípio, a Corte Constitucional, após declarar inconstitucional a disciplina legislativa em julgamento, limita-se a enunciar um princípio constitucional que deve ser observado pelo legislador na elaboração das disposições que vierem a suprir a omissão ou pelo juiz na resolução do caso concreto¹⁵⁹.

Por fim, as sentenças substitutivas consistem em decisões em que a Corte declara não a inconstitucionalidade do preceito na parte em que não prevê determinada hipótese, mas, sim, na parte em que prevê determinada situação, em vez de outra, operando, em seguida, a própria sentença a substituição do segmento normativo contrário à Constituição por outro que esteja em conformidade com a Lei Fundamental¹⁶⁰.

3.2 Sentenças manipulativas com efeitos aditivos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal imprimiu um caráter aditivo, inovando o ordenamento jurídico, tanto por meio das ações do sistema concentrado de controle, como nas ações diretas

¹⁵⁷ ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada. Revista da PGBC, v 5, n 2, dez 2011, p. 28.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 29. Segundo Blanco de Moraes, as sentenças aditivas em sentido estrito podem ser classificadas em: a) tendo em vista a natureza do bem protegido, sentenças aditivas de garantia e sentenças aditivas de prestação; b) tendo em mente a forma da operação ablativa, sentenças aditivas sem redução de texto e sentenças aditivas com redução de texto; c) tendo em conta as razões que presidem à operação construtiva, sentenças aditivas de conteúdo corretivo e sentenças aditivas de conteúdo integrativo (MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2 ed. Coimbra: Coimbra ed., 2011, p. 428).

¹⁵⁹ ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada. Revista da PGBC, v 5, n 2, dez 2011, p. 31.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 32.

decididas com uso de interpretação conforme com efeitos aditivos, quanto através dos remédios constitucionais individuais, sendo numerosos os casos em que, por exemplo, o veículo da pretensão aditiva foi o mandado de injunção¹⁶¹.

Serão abordados alguns casos emblemáticos elencados pela doutrina, a fim de demonstrar que o Supremo Tribunal já tem utilizado essa técnica decisória.

A princípio, mencione-se o julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 22.307, ocasião em que se discutiu a possibilidade de extensão jurisprudencial da revisão de vencimentos, em percentual de 28,86 %, para alcançar categorias de servidores públicos não contempladas na lei que disciplinou a revisão. O Tribunal, por maioria, entendeu desnecessária lei específica que estendesse a revisão de vencimentos aos servidores não atingidos e determinou, de plano, o reajuste nas folhas de pagamento¹⁶².

Resta evidente desse modo o caráter marcadamente aditivo da decisão ao estender a revisão de vencimentos a uma categoria de servidores públicos não contemplada originalmente pela norma¹⁶³.

Outro caso de extensão do âmbito subjetivo de incidência da norma ocorreu no julgamento da ADIn 2.652, no qual se analisou a constitucionalidade do parágrafo único¹⁶⁴ do art. 14 do Código de Processo Civil, que, ao tratar da imposição de multa para o caso de

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1274.

¹⁶² STF, RMS 22307, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.06.1997. Confirma-se a ementa do julgado: “RECURSO ORDINÁRIO - PRAZO - MANDADO DE SEGURANÇA - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O silêncio da legislação sobre o prazo referente ao recurso ordinário contra decisões denegatórias de segurança, ou a estas equivalentes, como é o caso da que tenha implicado a extinção do processo sem julgamento do mérito - mandado de segurança nº 21.112-1/PR (AGRG), relatado pelo Ministro Celso de Mello, perante o Plenário, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 29 de junho de 1990, à página 6.220 - é conducente à aplicação analógica do artigo 33 da Lei nº 8.038/90. A oportunidade do citado recurso submete-se à dilação de quinze dias. REVISÃO DE VENCIMENTOS - ISONOMIA. "a revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data" - inciso X - sendo irredutíveis, sob o ângulo não simplesmente da forma (valor nominal), mas real (poder aquisitivo) os vencimentos dos servidores públicos civis e militares - inciso XV, ambos do artigo 37 da Constituição Federal.”

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.301-302. E também MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1274; MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional*. Tomo II. 2 ed. Coimbra: Coimbra ed., 2011, p. 323; ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada. *Revista da PGBC*, v 5, n 2, dez 2011, p. 34.

¹⁶⁴ CPC, art. 14, parágrafo único: “Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado”.

descumprimento de decisões judiciais, ressaltou os advogados que se sujeitavam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil. Argumentou a associação autora que esse dispositivo permitia ao juiz aplicar multa aos advogados públicos, vez que não sujeitos apenas aos estatutos da OAB, mas também às leis que os vinculam ao respectivo ente público. Desse modo, em flagrante violação do princípio da isonomia, apenas os advogados particulares estariam imunes à sanção, não obstante a identidade de atividades. Diante disso, a Corte julgou procedente a ação para, sem redução de texto, dar interpretação conforme a Constituição Federal ao parágrafo único do art. 14 do CPC, para ficar claro que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos¹⁶⁵.

Observa-se que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição ao preceito em questão, proferiu uma decisão aditiva em sentido estrito, na medida em que, por violação ao princípio da igualdade, declarou inconstitucional a norma na parte em que não previu os advogados públicos¹⁶⁶.

Também de marcado caráter aditivo, porém de natureza demolitória¹⁶⁷, registre-se a decisão prolatada na ADIn 3.105, em que a Suprema Corte, também por ofensa ao princípio da isonomia, declarou a inconstitucionalidade das expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do” contidas no parágrafo único do art. 4º da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, garantindo a todos os servidores e pensionistas da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, sem qualquer distinção, o pagamento da

¹⁶⁵ STF, ADI 2652, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14.11.2003. Confira-se a ementa do julgado: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 10358/2001. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva "os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB" da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrimen. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos.”

¹⁶⁶ ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada. *Revista da PGBC*, v 5, n 2, dez 2011, p. 36.

¹⁶⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional*. Tomo II. 2 ed. Coimbra: Coimbra ed., 2011, p. 323. E também ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada. *Revista da PGBC*, v 5, n 2, dez 2011, p. 36.

contribuição previdenciária nos moldes da regra geral prevista no § 18¹⁶⁸ do art. 40 da Constituição Federal¹⁶⁹.

Cabe ressaltar, ainda, a decisão proferida na ADInMC 2.332 em que se discutiu a validade do art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, alterado por medida provisória, que, entre outros temas, dispôs na parte final que os juros compensatórios na desapropriação direta deveriam incidir sobre a diferença entre o preço ofertado em juízo e o valor indenizatório fixado na sentença. O Tribunal, em atenção ao princípio constitucional do prévio e justo preço, deferiu em parte a medida liminar, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição, alterou a base de cálculo dos juros compensatórios, estabelecendo que estes devem incidir sobre a diferença entre 80% (oitenta por cento) do preço ofertado em juízo – percentual máximo possível de levantamento nos termos do art. 33, § 2º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 1941 – e o valor do bem fixado na sentença¹⁷⁰. Segundo Lucas Nogueira Israel, trata-se de decisão manipulativa de natureza substitutiva¹⁷¹.

¹⁶⁸ CF/88, art. 40, § 18: “Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.”

¹⁶⁹ STF, ADIn 3105, Rel. Min. Cezar Peluzo, DJ 18.02.2005. Confirma-se trecho da ementa: “3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda”.

¹⁷⁰ STF, ADIn 2332, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 02.04.2004. Confirma-se trecho da ementa: “EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, na parte que altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzindo o artigo 15-A, com seus parágrafos, e alterando a redação do parágrafo primeiro do artigo 27. [...] Quanto à base de cálculo dos juros compensatórios contida também no “caput” desse artigo 15-A, para que não fira o princípio constitucional do prévio e justo preço, deve-se dar a ela interpretação conforme à Constituição, para se ter como constitucional o entendimento de que essa base de cálculo será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença. [...] Defêriu-se em parte o pedido de liminar, [...] para dar ao final desse “caput” interpretação conforme a Constituição no sentido de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença [...]”

¹⁷¹ ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada. *Revista da PGBC*, v 5, n 2, dez 2011, p. 37. No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1273.

Destaca-se, igualmente, o julgamento conjunto, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dos Mandados de Segurança n. 26.602, 26.603 e 26.604, em que se assentou que o abandono, pelo parlamentar, da legenda pela qual foi eleito tem como consequência jurídica a extinção do mandato, embora não prevista expressamente na Carta Política¹⁷².

Convém mencionar, também, a decisão proferida no julgamento dos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, em que a Suprema Corte determinou a aplicação, aos servidores públicos, da Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, pelo que promoveu a extensão aditiva do âmbito de incidência da norma¹⁷³. Para Lucas Nogueira Israel, trata-se de exemplo de decisão aditiva em sentido estrito¹⁷⁴. O autor assinala ainda o julgamento do Mandado de Injunção n. 721, no qual o Tribunal estendeu a aplicação da Lei n. 8.213/91, que trata da aposentadoria dos trabalhadores em geral, aos servidores públicos, diante da mora legislativa em regulamentar o direito à aposentadoria especial destes¹⁷⁵.

Salienta-se que Gilmar Mendes cita o julgamento dos Mandados de Injunção n. 543 e 283 como outros exemplos da utilização dessa técnica decisória pelo STF¹⁷⁶.

3.3 Limites à utilização de sentenças manipulativas com efeitos aditivos

Conforme restou demonstrado, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos exercem importante função para a garantia do princípio da isonomia, bem como para a concretização de direitos e garantias fundamentais. Entretanto, cumpre esboçar algumas

¹⁷² STF, MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, DJ 16.10.2008: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. [...] 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. [...] Ordem denegada”.

¹⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1274.

¹⁷⁴ ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada. *Revista da PGBC*, v 5, n 2, dez 2011, p. 39.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 39.

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1274.

limitações relevantes, sem pretensão de esgotar o tema, para o uso dessa técnica decisória no âmbito da jurisdição constitucional, e, por conseguinte, nos processos de controle da omissão.

A respeito das sentenças demolitórias, Lucas Israel entende que não há óbice à sua utilização, pois sua componente aditiva, como salientado, decorre da própria declaração de inconstitucionalidade da norma restritiva. Logo, declarada inconstitucional a norma de conteúdo limitativo, aplica-se a norma de caráter geral já existente¹⁷⁷.

De igual modo, segundo ele, as sentenças aditivas de princípios, por definição, mostram-se em harmonia com a Constituição e a separação dos Poderes, na medida em que a Corte limita-se a indicar um princípio que deve ser observado pelo legislador ao prover a disciplina necessária para o exercício de um direito constitucional ou então direcionar o magistrado no julgamento do caso concreto¹⁷⁸.

Para o autor, o impasse frente à separação dos Poderes se instala no âmbito das sentenças aditivas em sentido estrito e das sentenças substitutivas.

Em relação às sentenças aditivas em sentido estrito, a limitação diz respeito à impossibilidade de criar direito novo com o intuito de superar o estado de inconstitucionalidade, sendo-lhe permitido apenas recorrer a princípios ou regras jurídicas presentes no ordenamento jurídico. A legitimidade dessa forma de sentença é decorrente de uma imposição lógica do sistema constitucional e legislativo, ou seja, fruto de uma solução constitucionalmente obrigatória, e não de um juízo discricionário¹⁷⁹.

Nesse sentido, quando houver mais de uma solução normativa possível, todas elas compatíveis com a Constituição, não deve a Corte Constitucional proferir uma decisão em sentido estrito. Nessas hipóteses, recomenda-se ao Tribunal proferir uma sentença aditiva de princípio, pois esta, ao mesmo tempo em que orienta o juiz de primeiro grau na solução do caso concreto, permite ao legislador reparar a omissão gerada pela declaração de inconstitucionalidade¹⁸⁰.

¹⁷⁷ ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada. *Revista da PGBC*, v 5, n 2, dez 2011, p. 41.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 41.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 41. E também MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. O contencioso constitucional português: entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Ed, tomo II, 2005, p. 393-395; SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermédias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Ílvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 180-181.

¹⁸⁰ ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada. *Revista da PGBC*, v 5, n 2, dez 2011, p. 42.

Outra questão relevante é aquela referente ao custo financeiro das decisões e ao princípio constitucional do equilíbrio orçamentário. Nesses casos, Lucas Israel adverte que a Corte Constitucional deve proceder a uma ponderação dos valores em jogo¹⁸¹ e, em determinadas hipóteses, “reter, durante o tempo de vigência de uma Lei do Orçamento de Estado, a publicação de uma decisão de inconstitucionalidade cujos efeitos impliquem, em sede prestacional, um desequilíbrio negativo grave ou sensível ao Orçamento”¹⁸².

No tocante às sentenças substitutivas, Lucas Israel ressalta que estas,

via de regra, não se mostram legítimas, porquanto, em geral, ocupam o espaço de atuação discricionário reservado ao legislador e não decorrem de uma solução constitucionalmente obrigatória. Entretanto, em certos casos, é possível que a componente reconstrutiva seja mero resultado de uma imposição legal ou constitucional ou mesmo de uma interpretação sistemática e integrativa. Nessas hipóteses, tem-se que as sentenças substitutivas podem ser admitidas¹⁸³.

Outro aspecto limitador que se coloca no âmbito das sentenças manipulativas diz respeito ao Direito Penal. Isso ocorre devido ao seu caráter eminentemente restritivo das liberdades individuais, de modo que a norma penal incriminadora somente pode ser criada por meio de lei em sentido estrito, elaborada pelo legislador em observância ao processo legislativo previsto na Constituição. Dessa forma, em razão do princípio da legalidade estrita, torna-se inadmissível na seara do Direito Penal a interpretação ou analogia *in malam partem*¹⁸⁴. Com isso, não se revelam legítimas quaisquer sentenças aditivas que impliquem a incriminação de pessoas no tocante a fatos passados; que, ampliem, mesmo por via demolitória, a hipótese de incidência da norma penal incriminadora ou que introduzam no tipo penal conceitos vagos e indeterminados¹⁸⁵.

Por outro lado, Lucas Israel entende que

se a prolação de sentença aditiva não se revela admissível quando desfavorável ao réu, seu uso mostra-se legítimo quando *in bonam partem*. É que se os tribunais podem interpretar a lei de forma extensiva ou fazer uso da analogia quando favorável ao réu, nada impede a prolação de decisões manipulativas com efeitos

¹⁸¹ *Idem*, p. 42.

¹⁸² MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. O contencioso constitucional português: entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Ed, tomo II, 2005, p. 498.

¹⁸³ ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada. *Revista da PGBC*, v 5, n 2, dez 2011, p. 42-43.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 44.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 44. E também MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 107-108.

aditivos com o escopo de, por exemplo, reduzir o âmbito de incidência de uma norma penal incriminadora¹⁸⁶.

Nessa linha de raciocínio, o autor expõe a impossibilidade de utilização de sentenças aditivas com o intuito de definir ou majorar tributos, bem como para ampliar o fato gerador, porém se manifesta pela sua admissibilidade para estender um benefício tributário, quando violado, por exemplo, o princípio da isonomia¹⁸⁷.

A despeito das limitações mencionadas, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos atuam sobre a necessidade de concretizar a Constituição, com fundamento na reparação imediata de omissões e de lacunas cuja subsistência se revele ofensiva para a esfera dos direitos e garantias fundamentais. Ao relatar essa posição favorável, Carlos Blanco de Moraes aduz que

As sentenças com efeitos aditivos derivariam do princípio da supremacia constitucional, da potencialidade expansiva das normas constitucionais e da competência autorizada dos tribunais constitucionais para interpretar a Constituição, para a complementarem e para a fazerem aplicar, devendo, mesmo, serem elencadas de entre as fontes de Direito¹⁸⁸.

Após apresentar as características gerais e algumas limitações relevantes do uso dessa técnica decisória, urge salientar as especificidades do mandado de injunção, tendo em vista que a criação dessa ação constitucional pelo legislador constituinte autorizou a edição, pelo órgão judicante, de uma norma concreta para reger a hipótese em julgamento, com a finalidade de assegurar o exercício de direito constitucional, prejudicado pela falta de norma regulamentadora.

Com base nisso, o presente trabalho defende uma maior liberdade de atuação do Poder Judiciário nas ações injuncionais, ao suprir a omissão legislativa, tendo por base viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania¹⁸⁹.

¹⁸⁶ ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada. *Revista da PGBC*, v 5, n 2, dez 2011, p. 44.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 45.

¹⁸⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional*. Tomo II. 2 ed. Coimbra: Coimbra ed., 2011, p. 451.

¹⁸⁹ No mesmo sentido ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada. *Revista da PGBC*, v 5, n 2, dez 2011, p. 46. Entretanto, o autor faz a seguinte ressalva: “o provimento judicial, por se tratar de processo subjetivo, deve ter eficácia *inter partes*, salvo quando incompatível com a natureza do direito objeto da impetração, bem como produzir efeitos até a edição da norma regulamentadora, resguardando, assim, a liberdade de atuação do legislador.” (ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada. *Revista da PGBC*, v 5, n 2, dez 2011, p. 46).

Repise-se, ainda, a extensão possível dos efeitos advindos de decisão em mandado de injunção, consoante posicionamento de Gilmar Mendes:

O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos mandados de injunção surtirem efeitos não somente para os impetrantes, mas também para os casos idênticos ou semelhantes. Assim, em regra, a decisão em mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva, com eficácia *erga omnes*, que serve para tantos quantos forem os casos que demandem a superação de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei¹⁹⁰.

Por tudo isso, o novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção se coaduna com o entendimento ora apresentado.

Diante do avanço perpetrado pela Corte nas decisões de mandado de injunção, advirta-se que Luís Roberto Barroso alterou o seu posicionamento acerca da importância do instituto:

Em edições anteriores, defendi a desnecessidade do mandado de injunção, uma vez que a decisão produzida limitava-se à notificação do Poder omissor. Entendia também que os juízes, ao identificarem uma lacuna normativa capaz de impedir o exercício de um direito, deveriam, como regra, integrar a ordem jurídica, tal como determina o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Embora essa possibilidade subsista, é possível cogitar de uma utilidade prática na preservação do mandado de injunção, diante de sua reabilitação pela nova linha jurisprudencial firmada pelo STF. É que a concentração da competência para apreciá-lo nos tribunais, sobretudo no STF, propicia a possibilidade de decisões em caráter geral, em benefício da isonomia¹⁹¹.

Por fim, registra-se que o presente estudo se manifesta favoravelmente ao uso mitigado das sentenças manipulativas com efeitos aditivos para o controle das omissões legislativas inconstitucionais, especialmente em relação às omissões relativas, que excluem ou discriminam determinados grupos ou categorias, ofendendo o princípio da isonomia, bem como em sede de mandado de injunção.

¹⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1195.

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177.

CONCLUSÃO

Observou-se, com este trabalho, o modo pelo qual os instrumentos jurídicos de controle da omissão inconstitucional tem sido aplicados pelo Supremo Tribunal Federal. Restou evidente que a mera declaração da mora inconstitucional e consequente cientificação do legislador inadimplente para a adoção das providências cabíveis atribui a esses mecanismos jurídicos caráter insatisfatório para a realização de sua função precípua, qual seja, a de sanar a omissão inconstitucional.

Nesse sentido, acolhe-se o novo posicionamento da Corte nos processos de controle da omissão, especialmente em sede de mandado de injunção, por meio da utilização das sentenças manipulativas com efeitos aditivos.

Com o escopo de preservar o espaço de atuação discricionário do Poder Legislativo e, ao mesmo tempo, respeitar a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais, defende-se o uso mitigado das sentenças manipulativas com efeitos aditivos, tendo em vista as limitações anteriormente mencionadas.

Acredita-se que a sua utilização atenuada é capaz de contribuir sobremaneira para a efetividade dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, para um verdadeiro Estado democrático de direito.

Ademais, no tocante ao mandado de injunção, cabe enfatizar a expressa opção do legislador constituinte em conferir uma liberdade de atuação mais alargada por parte do Poder Judiciário, a fim de viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Portanto, a importância jurídica do mandado de injunção é impor ao Judiciário a tarefa de viabilizar o direito constitucional no caso concreto, quando da falta de norma regulamentadora¹⁹².

Essa perspectiva permite visualizar no mandado de injunção um instrumento que traduz possibilidades reais de eficácia da Constituição, a depender, especialmente, do grau de

¹⁹² Acrescenta Flávia Piovesan: “Em face da ausência de norma regulamentadora que torne viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, ao julgar o mandado de injunção, o magistrado há de desvendar normas implícitas do sistema jurídico e recorrer às demais fontes do ordenamento, como a analogia, os princípios gerais do Direito, os costumes e a equidade, no sentido de, colmatando a lacuna, concretizar o exercício de direito constitucional.” (PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 160-161).

atuação do Judiciário, na tarefa de conferir concretização ao princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Por fim, há de se reafirmar que a eficácia dos instrumentos de controle da omissão implica a incorporação, por parte do Poder Judiciário, da lógica do Estado de Bem-Estar Social. Vale dizer, é este o modelo de Estado fixado pela ordem constitucional de 1988, que está a exigir da cultura jurídica a incorporação de conceitos transformadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1933.

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

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

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 4, T. III, Saraiva, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, abr-jun. 1999.

BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 642, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29ª. ed. São Paulo, 2014.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1982.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARRAZZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1968.

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

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

FERRARI, Regina Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Normas constitucionais programáticas – Normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte, *Revista de Informação Legislativa*, n. 89, Brasília, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Notas sobre o mandado de injunção, *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2ª quinzena de outubro de 1988.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4, Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2. ed. rev. amp., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*, São Paulo: Atlas, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social, *Revista de Direito Público*, n. 57-58.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II.

MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.

_____. *Justiça Constitucional*. O contencioso constitucional português: entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra ed., tomo II, 2005.

_____. *Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional*. Tomo II. 2 ed. Coimbra: Coimbra ed., 2011.

_____. *Justiça constitucional – Tomo I: Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas, 1999.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*, 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

PORTO, Odyr. Mandado de Injunção. *RJTJESP-Lex* 115, p. 8-18.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermédias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Ílvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SICHES, Luis Recasen. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Organizado e atualizado por Maria Garcia. São Paulo: Forense, 1991.

VELLOSO, Carlos Mário. As novas garantias constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 644, 1989.