

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

MARINA DA MOTTA PAIVA

RIO DE JANEIRO  
2008

## OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Ribas Vieira.

RIO DE JANEIRO

2008

Paiva, Marina da Motta.

A Omissão Legislativa Inconstitucional/ Marina da Motta Paiva – 2008.  
f. 64.

Orientador: José Ribas Vieira.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f.. 61-64.

1. Controle de Constitucionalidade - Monografias. 2. A Omissão Legislativa Inconstitucional. I. Ribas, José Vieira. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.202.

MARINA DA MOTTA PAIVA

OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, como  
requisito parcial para obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

José Ribas Vieira – Presidente da Banca Examinadora  
Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro –  
Orientador

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus, por nos dar a vida.

Aos meus pais e irmãos, pelo amor incondicional, por serem meus pilares de sustentação e pelos muitos livros que ganhei de presente. Devo a vocês todas as realizações, sempre.

Ao Prof. Dr. José Ribas Vieira, pelos conselhos sempre úteis, pela orientação e paciência.

Ao Marcus Vinicius Petruccio Urago, pelo amor, paciência e apoio.

A todos os meus amigos que compreenderam a minha constante ausência em suas vidas neste ano, para que eu pudesse, dentre as muitas atividades que realizei, concluir este trabalho.

Aos meus companheiros de trabalho, do escritório Tozzini Freire, da Procuradoria Geral do Estado e do Ministério Público Federal, pois sem a vivência e experiência que estes estágios me proporcionaram, não consideraria completa minha formação jurídica.

“Quando alguém compreende que é contrário à sua dignidade de homem obedecer a leis injustas, nenhuma tirania pode escravizá-lo”.

Mahatma Gandhi.

## RESUMO

PAIVA, M. M. *A omissão legislativa inconstitucional*. 2008. 69 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho aborda a discussão sobre a omissão do poder legislativo em editar as leis infraconstitucionais reclamadas pela Constituição da República e as formas de sanear esta omissão. No primeiro capítulo apresenta-se o histórico do controle de constitucionalidade no direito comparado e sua influência sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, bem como são analisados os aspectos da norma, aferíveis no controle realizado pelo judiciário, e a tipologia das normas constitucionais. No segundo capítulo estuda-se o sistema de controle brasileiro previsto da carta constitucional, a teoria da omissão inconstitucional, e análise dos dois institutos hábeis a sanar a omissão, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. No terceiro e último capítulo, é feita análise sobre a jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos a respeito da omissão legislativa inconstitucional e tecidas considerações sobre a virada jurisprudencial ocorrida com o julgamento do mandado de injunção 712, assim como as críticas a respeito de tal decisão.

Palavras-chaves: inconstitucionalidade; omissão legislativa; ação direta de inconstitucionalidade por omissão; mandado de injunção.

## ABSTRACT

PAIVA, M. M.. *A omissão legislativa inconstitucional*. 2008. 69 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This article focuses the discussion on the failure of the legislature in editing the laws infraconstitucionais demanded by the Constitution of the Republic and ways to remedy this omission. The first chapter shows the historical control of constitutionality in comparative law and its influence on the Brazilian control of constitutionality, and are analyzed aspects of the standard, and the types of constitutional requirements. The second chapter study the control system provided for the Brazilian constitutional charter, the theory of omission unconstitutional, and make analysis of the two institutes able to remedy the omission, the direct action of unconstitutionality by omission and the injunction order. In the third and final chapter, there is analysis of the jurisprudence produced by the Supreme Court over the years about the omission unconstitutional legislative and made comments on the legal turnaround occurred with the trial of the injunction order 712, as well as criticism about such a decision.

Key Words: unconstitutional; legislative omission; direct action of unconstitutionality by omission; injunction order.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

### 1-TRIBUNAIS

STF – Supremo Tribunal Federal

### 2- LEGISLAÇÃO

CRFB - Constituição da República Federativa Brasileira

LICC - Lei de Introdução ao Código Civil

### 3 – INSTITUTOS JURÍDICOS

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

MI – Mandado de injunção

# SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>12</b>
2.1	BREVE HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL.....	12
2.2	A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.....	14
2.3	ASPECTOS DA NORMA AFERÍVEIS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	15
2.3.1	<i>Plano da Existência.....</i>	<i>16</i>
2.3.2	<i>Plano da Validade.....</i>	<i>17</i>
2.3.3	<i>Plano da Eficácia.....</i>	<i>18</i>
2.3.4	<i>O Plano da Efetividade.....</i>	<i>18</i>
2.3.5	<i>Tipologia das Normas Constitucionais.....</i>	<i>19</i>
<b>3</b>	<b>O CONTROLE DA OMISSÃO LEGISLATIVA DO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>23</b>
3.1	SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	23
3.2	O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	25
3.3	ESPÉCIES DE OMISSÃO LEGISLATIVA.....	26
3.3.1	<i>Omissão Total.....</i>	<i>27</i>
3.3.2	<i>Omissão Parcial.....</i>	<i>28</i>
3.3.3	<i>Omissão Deliberativa.....</i>	<i>29</i>
3.4	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	30
3.4.1	<i>Legitimidade Ativa e Passiva.....</i>	<i>32</i>
3.4.2	<i>Efeitos da decisão.....</i>	<i>34</i>
3.5	MANDADO DE INJUNÇÃO.....	36
3.5.1	<i>Legitimidade Passiva e Ativa.....</i>	<i>39</i>
3.5.2	<i>Efeitos da decisão.....</i>	<i>40</i>
3.5.2.1	<i>Corrente Concretista.....</i>	<i>41</i>
3.5.2.1.1	<i>Críticas formuladas a corrente concretista.....</i>	<i>43</i>
3.5.2.2	<i>Corrente Não Concretista.....</i>	<i>45</i>
<b>4</b>	<b>A TRAJETÓRIA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>46</b>
4.1	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	47
4.2	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO.....	50
4.3	A DECISÃO PROFERIDA NO MANDADO DE INJUNÇÃO 712 E O IMPACTO SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	52
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>59</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos mais controvertidos temas do Direito Constitucional Brasileiro é a omissão inconstitucional. Passados 20 anos desde a promulgação da constituinte de 1988, o tema versado ainda resta obscuro, sendo palco de importantes discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

A Carta de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã preocupou-se em prever institutos garantidores dos direitos constitucionais a fim de coibir as violações aos direitos dos cidadãos, pautando-se no princípio da dignidade da pessoa humana como direito fundamental à proteção pelo Estado Democrático. Tal preocupação se deu, principalmente, em virtude do regime ditatorial pelo qual o país havia recentemente passado.

Nesse cenário político conturbado, vislumbrou-se a criação de formas de garantia à força normativa da constituição, entre elas a proteção contra a omissão inconstitucional, na figura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção, dispostos nos artigos 103, §2º, e 5º, inciso, LXXI, respectivamente, da Carta Constitucional.

Os dois institutos foram durante muitos anos tratado como se fossem semelhantes, porém a doutrina diferencia-os sobre diversos aspectos, em especial quanto à legitimidade para a sua propositura, visto que na ADI por omissão há restrição prevista pelo texto constitucional, ao passo que no mandado de injunção caberá ao titular do direito impedido de realizá-lo, e quanto aos efeitos da decisão, tradicionalmente equiparados, com efeitos declaratórios.

O presente estudo busca melhor compreender dois desses institutos garantidos pelo poder constituinte originário, para tornar possível a prestação da tutela jurisdicional quanto ao direito obstado pela ausência de norma infraconstitucional, a fim de se evitar a violação completa e irrestrita dos direitos fundamentais à vida em sociedade.

No segundo capítulo, será estudada a jurisdição constitucional nas principais matrizes mundiais, visando compreender a influência do direito comparado no Brasil e serão analisados os aspectos da lei aferíveis em controle de constitucionalidade, bem como será feito breve estudo a respeito da tipologia das normas constitucionais, no intuito de delimitar sobre quais espécies de normas incide a omissão inconstitucional.

No terceiro capítulo, será analisado como se procede a jurisdição constitucional no Brasil e as formas de controle de constitucionalidade admitidas por nossa Constituição da República, será estudado ainda o fenômeno da omissão legislativa, os instrumentos trazidos pela Carta de 1988 necessários a saná-la, sua aplicabilidade no ordenamento jurídico e a principal crítica tecida aos efeitos conferidos a esses instrumentos.

No quarto capítulo, será estudado o comportamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema e a análise de diversas decisões proferidas pela corte, em especial o recente julgamento dos Mandados de Injunção de nº 670, 712 e 708, cujas decisões mudaram os rumos de interpretação do remédio constitucional de injunção, sobre o qual serão apresentadas as posições favoráveis e contras, bem como tecidas considerações a respeito dos efeitos da decisão proferida no MI 712.

Toda a pesquisa será realizada através da leitura de diversas obras já publicadas a respeito do tema, citadas nas referências bibliográficas, da análise do banco de dados eletrônico do Supremo Tribunal Federal disponibilizado no sítio [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) e da leitura dos diversos artigos e entrevistas publicadas no sítio indicado pelo professor Dr. José Ribas Vieira, orientador deste trabalho.

Especificamente quanto à pesquisa da jurisprudência, esta se dará através da ferramenta de busca eletrônica presente no sítio do STF, citada acima, e através das obras de Flávia Piovesan e do Ministro Gilmar Mendes, citadas nas referências bibliográficas deste trabalho. O critério utilizado para a seleção foi a análise a respeito de quais decisões divergiam da posição majoritariamente adotada pelo STF, qual seja, os efeitos meramente declaratórios conferidos a ADI por omissão e ao Mandado de Injunção, no intuito de demonstrar a mudança que a corte vinha sinalizando ao longo dos anos, que culminou na prolação da decisão do Mandado de Injunção 712/PA.

A relevância deste trabalho, portanto, é no sentido de analisar as decisões do STF, e a evolução a respeito do tema, que vem permitindo, senão de todo, uma maior eficácia dos direitos constitucionalmente previstos, bem como analisar a modificação no entendimento quanto ao papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea e os limites de seu ativismo judicial.

## 2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### 2.1 Breve Histórico do Controle de Constitucionalidade no Direito Comparado e no Brasil

O principal precedente de controle de constitucionalidade tem origem nos Estados Unidos na América, no caso conhecido como Marbury x Madison<sup>1</sup>. Em suma, travou-se uma luta política entre Madison, secretário do presidente Thomas Jefferson recém eleito à época, e Marbury, juiz de paz nomeado pelo presidente anterior em virtude de lei, cuja investidura não teria ocorrido durante o mandato daquele. A lide consistia na negativa de Madison em nomear Marbury, que pleiteou a corte que lhe conferisse o direito ao cargo.

A decisão, embora severamente rechaçada, foi de grande contribuição para a construção do sistema de controle de constitucionalidade, conforme expôs Luis Roberto Barroso:

Ao expor suas razões, Marshall enunciou três grandes fundamentos que justificam o controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a *supremacia da constituição*: “Todos aqueles que elaboram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a *nulidade de lei que contrarie a Constituição*: “Um ato do Poder legislativo contrário a Constituição é nulo”. E por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão ao afirmar que *é o poder judiciário o intérprete final da Constituição*: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese<sup>2</sup>.”

O precedente citado foi responsável pela adoção do controle de constitucionalidade em diversos países do mundo, embora tradicionalmente alguns países recusem a possibilidade, ainda nos dias de hoje, como por exemplo, a Inglaterra, em virtude da tradição do parlamento.

Nos Estados Unidos, optou-se tradicionalmente pelo modelo difuso, realizado no caso concreto, enquanto que o Modelo Austríaco teorizou a realização do controle repressivo, concentrado e abstrato, no qual se afere a constitucionalidade de uma lei em tese, sem que

---

<sup>1</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 34.

<sup>2</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8.

haja lide ou partes, sendo este exercido por um Tribunal Constitucional especialmente constituído para tal fim<sup>3</sup>, embora se admita na Alemanha, por exemplo, grande expoente do modelo austríaco, o controle difuso em alguns casos<sup>4</sup>.

A França, ao contrário, foi durante muito tempo resistente à modalidade de controle realizada pelo poder judiciário e priorizou o controle preventivo, conferindo a tarefa ao poder legislativo de impedir que o projeto de lei inconstitucional ingressasse no ordenamento jurídico, sendo certo que seu Conselho Constitucional é vinculado ao Poder Legislativo, embora hoje admita o controle repressivo quando houver violação a direito fundamental<sup>5</sup>.

Entretanto, com o advento da globalização, e a fusão de horizontes, cada vez mais é possível perceber a influência de um modelo sobre o outro e a existência de espécies de controle misto, como leciona Gilmar Mendes.

Em diferentes conformações, os sistemas de controle de constitucionalidade ganharam o mundo, estando presentes hoje em números elevados de países. Até países que recusavam terminantemente a adoção da jurisdição constitucional parecem dar sinais, por vias diversas, de plena aceitação do instituto<sup>6</sup>.

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi introduzido com a República, inicialmente baseado no modelo norte-americano, prevendo a manifestação dos juízes no caso concreto a respeito de uma inconstitucionalidade suscitada na causa de pedir.

A Constituição de 1934 foi a primeira a inovar em sede de controle de constitucionalidade ao introduzir a Representação Interventiva. Tratava-se de ação de competência do Supremo Tribunal Federal na qual se objetivava a declaração de constitucionalidade da intervenção federal, em virtude da violação de princípios constitucionais por um Estado. Além disso, a carta de 1934 previu ainda a suspensão da execução da norma pelo Senado em controle difuso, podendo conferir efeitos *erga omnes* a decisão de efeitos, em regra, *inter partes*<sup>7</sup>.

Com a Emenda Constitucional de 1965, na vigência da Constituição de 1946 foi introduzida a Ação Genérica de Inconstitucionalidade sendo seu único legitimado o Procurador Geral da República, inaugurando no Brasil o modelo europeu de controle concentrado de constitucionalidade<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup>BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1007.

<sup>4</sup>MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 626.

<sup>5</sup>*Ibid.* p. 632.

<sup>6</sup>BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.* p.1007.

<sup>7</sup>*Ibid.* p. 1036.

<sup>8</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p.62 a 64.

As demais constituições não inovaram significativamente em controle de constitucionalidade, somente com a promulgação da Constituição da República de 1988 é que houve a ampliação do controle, mantendo-se o sistema misto de controle, concentrado e difuso<sup>9</sup>, sendo possível verificar a influência das principais matrizes constitucionais (Européias e Norte Americana).

A Representação Interventiva foi mantida, sendo pressuposto para a intervenção federal; foi criada a Ação Direta de Inconstitucionalidade, semelhante à ação genérica, e foi ampliado o rol de legitimados para a sua propositura, outrora atribuído tão somente ao Procurador Geral da República, tornando o processo democrático.

A CFRB de 1988 passou a prever casos de inconstitucionalidade por omissão, sendo criados dois remédios jurídicos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção; previu ainda mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental e limitou a matéria argüível via recurso extraordinário a assuntos constitucionais, consolidando o STF como um Tribunal Constitucional.<sup>10</sup>

A emenda constitucional n° 3 criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade e com a emenda constitucional n° 45 conferiu-se legitimidade para a sua propositura aos mesmo legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Por fim, com a edição da Lei 9.868/99 que disciplinou o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, inúmeras inovações foram trazidas, pois além das ações já mencionadas a lei previu ainda outras técnicas de controle, tais como a interpretação conforme a constituição e a declaração de constitucionalidade sem a pronúncia de nulidade<sup>11</sup>, tornando clara a constante evolução da jurisdição constitucional brasileira.

## 2.2 A Supremacia da Constituição

---

<sup>9</sup>BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.* p.1033

<sup>10</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 65.

<sup>11</sup>O Artigo 28, parágrafo único da lei 9.868 de 10 de novembro de 1999 dispõe que “A declaração de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Com o surgimento do constitucionalismo e a noção de Constituição como o conjunto de normas fundamentais do Estado, implementada pela teoria de Hans Kelsen, que define o ordenamento jurídico de forma piramidal ao expor que "a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas"<sup>12</sup>, coloca-se a Constituição no ápice da Pirâmide Normativa.

Essa ascensão das normas constitucionais conferiu a estas o status de parâmetro para a edição de todos os demais atos normativos, sendo certo que o ato editado em desconformidade com as normas constitucionais padeceria de nulidade, por força do princípio da supremacia constitucional<sup>13</sup>.

Entretanto, para que as Constituições possam ser o parâmetro para a aferição da constitucionalidade das normas infraconstitucionais, deve haver o pressuposto da rigidez constitucional, que confere hierarquia formal entre norma constitucional e a norma ordinária, por ser a primeira elaborada por um processo diferenciado, seja através do poder constituinte originário, de titularidade do povo, ou seja, através das emendas constitucionais, realizadas pelo poder derivado, cujo procedimento é solene e dificultoso.

Nas constituições flexíveis, por não haver distinção de procedimentos de elaboração, não há hierarquia entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais, estando todas no mesmo nível hierárquico, não havendo sentido falar de controle de constitucionalidade<sup>14</sup>.

### **2.3 Aspectos da Norma Aferíveis no Controle de Constitucionalidade**

---

<sup>12</sup>KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1988, p.310.

<sup>13</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 1

<sup>14</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p.45.



Cabe estudar, no presente sub-capítulo, os planos de existência, validade, eficácia e a efetividade das normas constitucionais, no intuito de melhor aferir em qual dos planos mencionados o controle de constitucionalidade irá exercer influência e de que forma.

Os planos normativos são interdependentes, pois para que a norma seja efetiva, antes de tudo precisa possuir eficácia e para ser eficaz, precisará ser válida e, por óbvio, a validade depende da existência.

A seguir será estudado cada um dos planos normativos aqui citados.

### 2.3.1 Plano da Existência

A produção da lei depende de ato dos dois Poderes, Executivo e Legislativo, sendo, portanto, considerada um ato complexo. O processo legislativo se inicia com a apresentação do projeto de lei que possui seus legitimados delineados ao longo da Constituição da República.

Após a apresentação do projeto, este será submetido a uma das casas do Poder Legislativo, de acordo com o autor do projeto, ficando a outra como casa revisora, caracterizando a fase deliberativa que se consubstancia na ampla discussão e votação pelas casas legislativas. Com o término da fase deliberativa, o projeto aprovado será encaminhado ao Poder Executivo para que seja submetido à sanção ou ao veto.

Alguns doutrinadores, entre eles Alexandre de Moraes e José Afonso da Silva<sup>15</sup> defendem que é exatamente após a sanção é que se inicia o plano de existência da lei que deixa de ser mero projeto e passa a existir no mundo jurídico, embora ainda não produza efeitos, motivo pelo qual não cabe aferição de sua constitucionalidade, vejamos:

(...)a promulgação incide sobre um ato perfeito e acabado, ou seja, sobre a própria lei, constituindo mera atestação de existência da lei e promulgação de sua executoriedade. Assim, o projeto de lei torna-se lei, ou com a sanção presidencial, ou mesmo com a derrubada do veto por parte do congresso nacional, uma vez que a promulgação refere-se à própria lei<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup>SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 526.

<sup>16</sup>MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p. 586

No entanto há que defenda outra tese, asseverando que a lei não será existente após a sanção, mas sim após a promulgação, ato posterior a este realizado, em regra, pelo Chefe do Poder Executivo.

### 2.3.2 Plano da Validade

Após a promulgação da lei, atestando a sua existência, esta será encaminhada para a publicação e, após o período de *vacatio legis*, se houver, será vigente. A vigência é também denominada de validade técnico-jurídica, ou seja, é ela que confere publicidade a lei, tornando-a obrigatória.

Entretanto, será avaliado aqui o plano da validade social que, se presentes todos os seus requisitos, torna a lei eficaz. É nesse plano que o controle de constitucionalidade será realizado, pois a norma inconstitucional é inválida e não possuirá eficácia.

Os seguintes requisitos precisam estar presentes para que a norma seja válida: a competência, a forma adequada e a licitude. A ausência de um destes implica vício de invalidade, culminando com a sanção de nulidade ou de anulabilidade<sup>17</sup>.

A doutrina clássica entende que a declaração de inconstitucionalidade acarreta em nulidade da norma, por este motivo a natureza da decisão em sede de controle de constitucionalidade abstrato será declaratória e *ex tunc*, retroagirá, como se a norma nunca tivesse sido existido no ordenamento jurídico<sup>18</sup>.

Porém, o Supremo Tribunal Federal já fazia alguns temperamentos em nome da segurança jurídica, e com a edição da lei 9868/99 a teoria da nulidade foi legalmente mitigada, em especial pela possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão que declarar a inconstitucionalidade da norma prevista no artigo 27 da referida lei, hoje utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em hipóteses excepcionais, como se observa pela ementa abaixo colacionada:

---

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op.cit.* p. 13.

<sup>18</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op.cit.* p. 35.

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade. 3. Custas judiciais. Destinação a entidades privadas. Inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal já manifestou, por diversas vezes, o entendimento de que é vedada a destinação dos valores recolhidos a título de custas e emolumentos a pessoas jurídicas de direito privado. Precedentes. 4. Ação julgada procedente. **Tendo em vista razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, aplica-se o art. 27 da Lei nº 9.868/99, para atribuir à declaração de inconstitucionalidade efeitos a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 31.12.2004**<sup>19</sup> (grifamos).

Como foi visto, após a lei tornar-se válida, caso não possui vício de inconstitucionalidade será eficaz, plano que será analisado a seguir.

### 2.3.3 Plano da Eficácia

A eficácia da lei é a aptidão que esta possui para produzir efeitos no mundo jurídico. Uma norma terá concluído sua formação quando for existente, válida, eficaz e em conformidade com a constituição, formal e materialmente.

Uma norma poderá, no entanto, ser válida, porém, ineficaz como, por exemplo, durante o período de *vacatio legis* quando a norma embora existente e válida, ainda não produz eficácia até que se implemente a data de sua vigência.

Com as inovações trazidas em relação à teoria da nulidade da norma constitucional, já explicitada, abriu-se a possibilidade de existirem normas constitucionais inválidas e eficazes o que, em princípio, parece contrariar a lógica. Trata-se do caso de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, ou seja, embora seja reconhecida a invalidade da norma, esta será mantida com todos os seus efeitos até que se resolva a situação fática que a torna inconstitucional, perdendo a eficácia somente após a solução do problema fático.

### 2.3.4 O Plano da Efetividade

---

<sup>19</sup> BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3660/MS. Min. Relator.: Gilmar Mendes. Mato Grosso do Sul. Julgamento: 13/03/2008. Publicação: 09/05/2008.

Atualmente tem se discutido temática além da eficácia da norma, ocupando-se com a eficácia social das normas denominada “efetividade das normas”, em especial das constitucionais.

Luis Roberto Barroso conceituou a noção de efetividade, valendo-se dos ensinamentos de Hans Kelsen:

A noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”<sup>20</sup>.

Sendo assim, o estudo da efetividade é a análise da aplicação da norma na realidade social, ou seja, no mundo dos fatos. É esse conceito que embasa a tese de que o direito deve se realizar e não ser apenas um conjunto de leis.

A partir do critério de efetividade, partindo-se da noção de força normativa da constituição, surgiram diversas classificações das normas constitucionais, buscando alterar a construção feita por Ruy Barbosa<sup>21</sup> que concebia normas auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis, para conferir aplicabilidade a todas as normas constitucionais, embora algumas com eficácia limitada, conforme se estudará a seguir.

### 2.3.5 Tipologia das Normas Constitucionais

Muitos doutrinadores preocuparam-se em classificar as normas constitucionais, entre eles, José Afonso da Silva que ao formular sua teoria levou em consideração a eficácia das normas constitucionais, dividindo-as da seguinte forma: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição, e normas constitucionais de eficácia limitada ou

---

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas Constitucionais - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82.

<sup>21</sup> BARBOSA, Ruy *apud* SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais. Uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

reduzida, subdivididas em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático<sup>22</sup>.

As normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata são aquelas que produzem eficácia retirada do próprio texto da Constituição, independente da produção de norma infraconstitucional que a regule, produzindo efeitos desde a vigência da Lei Maior. Entre elas é possível citar o artigo 1º, as regras de competência previstas pela CRFB/88, entre outras.

As normas de eficácia contida são aquelas que possuem eficácia plena até que lei infraconstitucional contenha seus efeitos, restringindo-os. Importante salientar que a falta da lei, neste caso, não implica ausência de produção dos efeitos da norma em questão, tal como ocorre nas normas de eficácia limitada, que será estudada a seguir. Como exemplo desta classe normativa pode se citar alguns incisos do artigo 5º, entre eles o inciso VIII, que prevê a fixação de obrigação alternativa por lei àqueles que se escusarem de cumprir a principal por motivo de crença filosófica ou religiosa.

Quanto às normas de eficácia limitada observa-se uma notável diferença entre as demais espécies supracitadas, pois, ao contrário daquelas, sua aplicabilidade de plano é limitada, ou seja, não se aplica plenamente enquanto não houver lei regulamentadora e divide-se em duas categorias.

A primeira categoria denominada norma de princípio institutivo significa o conjunto normativo que impõe ou faculta ao legislador a edição de lei que a regule, sendo, portanto, normas impositivas ou facultativas<sup>23</sup>. Cabe ressaltar que as normas de eficácia limitada produzem alguns efeitos desde a entrada em vigor da Constituição, tal como a revogação das normas constitucionais anteriores, embora possuam limitações quanto a sua eficácia<sup>24</sup>.

As normas de princípio institutivo facultativas conferem discricionariedade ao legislador que pode ou não editar lei, enquanto as impositivas geram obrigação do legislador, sendo esta sindicável, inclusive, via Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que será detalhada no capítulo a seguir.

---

<sup>22</sup>SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 86.

<sup>23</sup>SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p.128

<sup>24</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p. 88.

As normas de princípio programático são aquelas nas quais o constituinte traçou princípios norteadores ao legislador e a coletividade, podendo ser de simples escopo ou prescritiva do fim a atingir, sendo conceituada segundo Pontes de Miranda da seguinte forma.

Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados á sua função<sup>25</sup>.

O tema torna-se controvertido com relação aos direitos sociais, pois, por se tratarem de normas que preceituam direitos fundamentais<sup>26</sup> do cidadão, carecem de efeitos concretos. José Afonso da Silva problematizou a questão asseverando que “o reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas<sup>27</sup>” e continua a crítica ao afirmar que a teoria da negativa de juridicidade às normas programáticas, seguida por diversos doutrinadores tem sido a “responsável pela caracterização como programática de toda norma constitucional incômoda”.<sup>28</sup>

Buscando uma sistematização diferenciada e baseando-se no critério da efetividade das normas constitucionais, Luis Roberto Barroso<sup>29</sup> apresentou nova proposta de classificação, sem desmerecer, contudo, a doutrina clássica aqui exposta.

A proposta intentou principalmente nortear os poderes públicos quanto ao seu papel na integração do texto constitucional e nas hipóteses de sua omissão e classificou-as da seguinte forma: normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direito e normas constitucionais programáticas.

Para o doutrinador, as normas de organização são aquelas que tratam da organização do Estado, seja através da definição da forma de governo (art 1º da CRFB), da repartição de competência aos entes federados, da divisão dos poderes estatais, ou outras. Em suma, são dirigidas aos poderes estatais, em regra.

As normas definidoras de direito, segundo a teoria, são aquelas que conferem direitos subjetivos ao seu titular, o povo, entre elas as que definem os direitos individuais, políticos, sociais e coletivos.

---

<sup>25</sup> MIRANDA, Pontes de, *apud* SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 137

<sup>26</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

<sup>27</sup>SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 141.

<sup>28</sup>*Ibid.*, p. 153.

<sup>29</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p. 89.

O autor entra na problematização dos direitos sociais conferindo natureza de direitos fundamentais a estes e reconhecendo que são exigíveis judicialmente, embora a sua efetivação seja bem mais complexa, em virtude da controvérsia que divide a doutrina em três grupos distintos: os que entendem a classe de direitos como plenamente desfrutáveis; os que consideram estes como direitos que exigem a prestação positiva do estado e os que defendem que sua aplicação depende de norma regulamentadora<sup>30</sup>.

Uma terceira classe normativa apresentada pelo autor é a de normas programáticas, conceituadas como programas a serem seguidos pelos poderes públicos. Tais normas não geram direitos subjetivos positivos ao indivíduo, no entanto são norteadoras da produção de normas infraconstitucionais, cujo desrespeito implica declaração de inconstitucionalidade destas<sup>31</sup>.

Cumprido ressaltar que, comparando a classificação trazida por Luis Roberto Barroso com a classificação de José Afonso da Silva, houve o deslocamento dos direitos sociais da categoria de normas de eficácia limitada, programáticas, para a classe das normas definidoras de direitos o que denota a intenção da doutrina moderna em conferir maior efetividade a tal classe de direitos.

No próximo capítulo será estudado o sistema de controle de constitucionalidade da omissão legislativa, que visa conferir efetividade às normas constitucionais, em especial aos direitos sociais.

---

<sup>30</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p. 105 a 107.

<sup>31</sup>*Ibid.* p. 117

### 3 O CONTROLE DA OMISSÃO LEGISLATIVA DO DIREITO BRASILEIRO

#### 3.1 Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade

A jurisdição constitucional brasileira, em controle difuso, é exercida por todos os juízes e tribunais, no intuito de fazer prevalecer o princípio da supremacia constitucional e conferir efetividade às normas constitucionais, enquanto em controle abstrato será realizada por um único tribunal.

Mister ressaltar, conforme leciona Luis Roberto Barroso, que jurisdição constitucional não se confunde com controle de constitucionalidade, sendo este espécie daquele gênero, vejamos:

As locuções *jurisdição constitucional* e *controle de constitucionalidade* não são sinônimas, embora sejam freqüentemente utilizadas de maneira intercambiável. Trata-se, na verdade, de uma relação de gênero e espécie. *Jurisdição constitucional* designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência par a atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Nesse último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional (grifo no original)<sup>32</sup>

Sendo assim, a jurisdição constitucional estará sendo exercida sempre que um juiz ou tribunal pronunciar-se sobre questão constitucional. Com relação à forma indireta de exercê-la, ou seja, o controle de constitucionalidade das leis, o Brasil sofreu influência das três principais matrizes constitucionais.

A Francesa, com a instituição do controle preventivo, a Austríaca, com a adoção do controle repressivo concentrado realizado por um único órgão legitimado, no plano da Constituição Federal o STF, e no da Constituição Estadual o Tribunal de Justiça, e a Matriz norte-americana, ao instituir a modalidade de controle repressivo-difuso.

O controle preventivo, em regra político, é realizado antes da lei produzir efeitos no mundo jurídico, enquanto ainda possuir denominação e numeração de Projeto de Lei. O Poder Executivo realiza-o através do poder de veto às leis, previsto no artigo 66, §1º, da CRFB/88, e o Poder Legislativo através da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) que realiza um juízo

<sup>32</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit.*, p. 3.



prévio de constitucionalidade do projeto de lei ou da proposta de emenda constitucional, consoante artigo 58, §2º da CRFB/88.

Porém, excepcionalmente, o Poder Judiciário exercerá controle de constitucionalidade preventivo, quando diante da hipótese de impetração de Mandado de Segurança para garantir a obediência ao *quorum* constitucional de aprovação das leis e emendas constitucionais, por ser direito líquido e certo do parlamentar a não submissão a um processo legislativo inconstitucional<sup>33</sup>.

O controle repressivo, por outro lado, é admissível quando a lei já houver ingressado no ordenamento jurídico, sendo, em regra, exercido pelo Poder Judiciário, embora seja admitida exceção, ao permitir-se que o legislativo suste os atos do Presidente da República que extrapolem os limites da delegação legislativa<sup>34</sup>.

Tradicionalmente realizado pelo Poder Judiciário, no Brasil, o controle repressivo divide-se em dois grandes ramos: o difuso e o concentrado.

O controle difuso caracteriza-se pela aferição da lei ou ato normativo no caso concreto, ou seja, a questão constitucional é uma prejudicial, um incidente, sendo parte da causa de pedir e não do pedido em si. Sendo assim, produzirá efeitos somente entre as partes, sendo possível conferir efeitos *erga omnes*, para todos, após a suspensão da execução da norma pelo Senado Federal, consoante artigo 52, X da CRFB/88<sup>35</sup>.

Embora tal modalidade de controle seja realizada por quaisquer juízes ou tribunais, cabe ao Supremo Tribunal Federal o papel de órgão de última instância, em sede de recurso extraordinário, sob pena de restar usurpada sua competência.

O controle concentrado, porém, é processo objetivo de aferição em tese da lei impugnada perante a constituição e é realizado por um único órgão, sendo suas decisões dotadas de eficácia *erga omnes* e vinculante, inclusive para os órgãos administrativos.

No plano da Constituição Federal o órgão legitimado para a realização do controle é o Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual alguns doutrinadores conferem a este o papel de Tribunal Constitucional<sup>36</sup>, embora o STF guarde, simultaneamente, características de Suprema Corte.

---

<sup>33</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.582.

<sup>34</sup>BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit.*, p. 881.

<sup>35</sup>BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit.*, p. 3.

<sup>36</sup>MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *É o STF um tribunal Constitucional?* Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 1, n. 3, jul/set. 2007, p. 75-92.

Quanto à legitimidade ativa, apenas os constitucionalmente legitimados poderão deflagrar o controle concentrado, através das ações diretas, com procedimento regulado pela lei 9.868/99 que trouxe, entre outras novidades, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em sede de controle de constitucionalidade concentrado, a interpretação conforme a constituição e a declaração de constitucionalidade sem redução de texto.

Tais inovações fortaleceram o ativismo judicial, conferindo poderes de legislador negativo ao STF em casos de lacuna ou de omissão deixada pelo Poder Legislativo, trazendo à tona a discussão quanto ao controle da omissão inconstitucional, fazendo com que o Poder Judiciário, em regra reservado, passasse a aparecer nas páginas de notícia dos principais jornais<sup>37</sup>.

A possibilidade do Poder Judiciário produzir decisões aditivas, que supram as lacunas através da interpretação e argumentação jurídica divide a opinião de juristas, sendo assim, não se intenta neste trabalho monográfico alcançar uma melhor posição, mas tão somente analisar as hipóteses as quais a Constituição determina que o Poder Judiciário supre a omissão, quando o legislativo for inerte.

### **3.2 O Fenômeno da Inconstitucionalidade por Omissão**

O fenômeno da inconstitucionalidade pode materializar-se pela ação ou pela omissão do órgão legiferante.

A inconstitucionalidade por ação será aferida através da verificação compatibilidade da lei (*lato sensu*), objeto do controle, com a Constituição vigente, parâmetro para o controle. Cabendo ressaltar que no sistema brasileiro não se admite controle de normas anteriores à constituição, pois, segundo entendimento majoritário, hoje, tais leis teriam sido revogadas pela nova ordem constitucional.

---

<sup>37</sup>SADEK, Maria Teresa Aina. Ativismo judiciário a pleno vapor. *O Estadão*. Suplemento “Aliás”, 1º de set. de 2008. Disponível em: [http://www.estadao.com.br/suplementos/not\\_sup233898,0.htm](http://www.estadao.com.br/suplementos/not_sup233898,0.htm). Acesso em 07 de out. de 2008 às 17:40h.

Em contra partida, a inconstitucionalidade por omissão é a verificação da ausência de uma norma proclamada pela Constituição, ou seja, exigida pelo texto constitucional, em virtude da omissão do legislador infraconstitucional.

Importante distinguir a inércia do legislador de sua omissão, pois, em princípio, legislar é uma faculdade do Poder Legislativo nas matérias de sua competência que escolherá, discricionariamente, por critérios político, a lei a ser editada. No entanto, a omissão constitucional, diferentemente, não se configura em uma faculdade, mas sim em um dever do legislador imposto pelo texto constitucional, constituindo-se, portanto, em obrigação.

Segundo Luis Roberto Barroso<sup>38</sup>, a Constituição obrigou o legislador a editar leis em caso de normas definidoras de direito e de organização, não se aplicando o comando para as normas programáticas, salvo se não for possível assegurar o mínimo existencial entendido aqui como direito às condições efetivas de liberdade do ser humano<sup>39</sup>.

O Poder legislativo, no caso de descumprimento da imposição constitucional, poderá ser constituído em mora, possibilitando a eventual atribuição de responsabilidade civil, ou poderá o Poder Judiciário suprir a omissão, através dos institutos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção, que serão aqui estudados.

A mora legislativa será analisada dentro de um critério de razoabilidade, de acordo com previsão constitucional e segundo o critério de aplicabilidade de suas normas, segundo leciona Flávia Piovesan:

À luz, portanto, da razoabilidade e levando em conta este amplo elenco de elementos e valores sociais, históricos e valorativos, se se concluir que o ato, ao longo do prazo decorrido, não só podia, como devia ser emitido, ficará caracterizada a inconstitucionalidade.

Resta lembrar que no tocante aos direitos e garantias fundamentais, a tolerância há de ser consideravelmente reduzida, ante o princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais(...)<sup>40</sup>.

### 3.3 Espécies de Omissão Legislativa

<sup>38</sup>BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit.*, p. 34.

<sup>39</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais. Uma reconstrução teórica a luz do princípio democrático*. In BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 310.

<sup>40</sup>PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 82.

Segundo a doutrina, a omissão legislativa poderá ser total, parcial ou deliberativa, sendo a última dotada de maior controvérsia quanto à possibilidade de controle desta, as quais serão detalhadas nos tópicos que se seguem.

### 3.3.1 Omissão Total

Como já mencionado, a constituição impõe expressamente dever ao legislador de regulamentar a norma constitucional em determinados casos, sendo que o não fazer configura-se omissão inconstitucional.

A ausência de lei regulamentadora, que foi imposta ao legislador para a concretização da ordem fundamental, é o que se denomina omissão total que impede a aplicação da norma constitucional ou, ao menos, reduz substancialmente sua eficácia.

Ressalte-se que alguns projetos de lei, de acordo com sua complexidade, necessitam de prazos alongados para sua conclusão, sendo assim, a omissão se dará apenas quando escoado o prazo razoável, vejamos:

Essas peculiaridades da atividade parlamentar – que afetam inexoravelmente o processo legislativo – não justificam, todavia, uma conduta manifestamente desidiosa das Casas legislativas; conduta, esta, que pode pôr em risco a própria ordem constitucional<sup>41</sup>.

Nos casos de omissão total ou absoluta, o que se intenta é deflagrar o processo legislativo, pois não há lei no ordenamento jurídico que regule o assunto. A jurisprudência majoritariamente tem aceitado apenas esta espécie de omissão como objeto a ser controlado pelo poder judiciário, sob o argumento de que após a deflagração do processo legislativo, não cabe mais falar em omissão<sup>42</sup>.

Configurada a omissão abrem-se três possibilidades<sup>43</sup>, reconhecer a auto-aplicabilidade da norma, para que esta incida diretamente no caso concreto dispensando-se a regulamentação infraconstitucional; declarar a existência da omissão, constituindo em mora o órgão

---

<sup>41</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Op.cit.*, p. 408.

<sup>42</sup>*Ibid.*, p.407.

<sup>43</sup>BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit.*, p. 35.

legislador; ou editar a norma faltante para o caso concreto, através da integração da norma, nos termos do artigo 4º da lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”<sup>44</sup>.

Tradicionalmente, a possibilidade mais utilizada vinha sendo a segunda, sob o argumento da preservação ao princípio da separação do poderes, porém, com a virada jurisprudencial do STF ocorrida no ano de 2007, admitiu-se a aplicação da analogia para integrar o texto constitucional.

A doutrina prevê ainda outras formas de omissão de grande relevância para o ordenamento jurídico e a efetividade das normas constitucionais: a omissão parcial e a omissão em deliberar.

### 3.3.2 Omissão Parcial

A omissão parcial não se confunde com a omissão total, pois nesta houve deflagração do processo legislativo enquanto na outra não, porém, em que pese edição da lei, esta foi insuficiente para garantir a plena eficácia da norma constitucional ou deixou de observar o princípio da isonomia ao excluir categoria da incidência da norma.<sup>45</sup>

Deve-se diferenciar ainda o controle de constitucionalidade em virtude de ação e o controle da omissão constitucional. No primeiro, há norma, embora esta não se encontre de acordo com seu parâmetro, seja formalmente, por desrespeito ao rito processual ou a iniciativa de lei, seja materialmente, em virtude da incompatibilidade de seu conteúdo com a Constituição. No segundo, o controle da omissão, porém, há a aferição da ausência de norma capaz de suprir a lacuna deixada pelo constituinte, cujo dever de integração foi atribuído ao legislador. Segundo de Hely Lopes Meirelles:

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

---

<sup>44</sup>BRASIL. Decreto-lei 4.657 de 4 de set. de 1942.. Lei de Introdução ao Código Civil. *Lex*: Mini Código organizado por Yussef Said Cahali. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. , p.225/228.

<sup>45</sup>BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit.*, p. 37.

omissão - acabam por ter o mesmo objeto, formal e substancialmente; isto é, a inconstitucionalidade da norma, em razão de sua incompletude<sup>46</sup>.

Por este motivo, embora haja quem defenda que a forma de controle da lei tida como incompleta seria a declaração de sua inconstitucionalidade por ação, tal tese, segundo a parte da doutrina não merece prosperar, pois, neste caso, o quadro seria agravado, visto que, ao invés de uma lei incompleta, restaria uma lacuna legal<sup>47</sup>, como asseverou Hely Lopes Meirelles:

É certo que a declaração de nulidade, não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão. Uma cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade, tal como já admitido pela Corte Constitucional alemã em algumas decisões. A soma de duas omissões não gera uma ação ou afirmação, mas uma “omissão ao quadrado”. Ou, Marx: a soma de dois “erros” não dá um acerto, mas um “erro ao quadrado”.<sup>48</sup>

Sendo assim, entende-se ser possível que o Poder Judiciário pronuncie-se quanto à omissão parcial, sem que seja necessário declarar a inconstitucionalidade da norma. Esse entendimento propiciou o desenvolvimento de uma nova técnica de controle de constitucionalidade: a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

Nesta, a norma é reconhecida como inconstitucional, porém, permanece sendo aplicada enquanto não haja a produção de uma nova norma ou mudança fática na situação que a tornou inconstitucional<sup>49</sup>.

A técnica permite, portanto, o reconhecimento da omissão, sem que para isso seja necessário retirar a eficácia da norma, prevenindo, assim, uma situação de dupla omissão.

### 3.3.3 Omissão Deliberativa

---

<sup>46</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Op.cit.*, p. 411.

<sup>47</sup>BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit.*, p. 38.

<sup>48</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Op.cit.*, p. 411.

<sup>49</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, p.387.

A deliberação legislativa comporta as fases de discussão e votação do projeto de lei nas duas casas do congresso, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Por vezes, os projetos de lei permanecem anos aguardando votação das casas legislativas, configurando-se, para boa parte da doutrina em mais uma espécie de omissão legislativa.

Cabe aqui ressaltar, assim como nos demais casos de omissão, a necessidade de um maior prazo deliberativo quando estiverem na pauta projetos de leis complexos, cuja votação dependa de grande amadurecimento e debates sobre o tema, não havendo que se falar nesses casos em omissão deliberativa.

Porém, não sendo o caso de demora justificada, há que se reconhecer a inércia do legislador. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles ressaltou entendimento do STF, como se observa no trecho transcrito da obra do autor:

(...)julgando a ADIn n. 3.682, entendeu o STF que a *inertia deliberandi* (discussão e votação) também configura omissão passível de vir a ser reputada inconstitucional se os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação.

Apesar da decisão supracitada, em regra, o STF entende que a omissão legislativa deixa de existir quando o processo legislativo for deflagrado<sup>50</sup>, tornando dificultosa a configuração da omissão deliberativa pela jurisprudência.

Independente da espécie de omissão, a Constituição da República de 1988 previu instrumentos capazes de saná-las, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

### **3.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**

---

<sup>50</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Op.cit.*, p. 407.

Fruto do poder constituinte originário, pois inserida na Constituição em seu texto original, desde a sua promulgação, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão possui previsão no artigo 103 parágrafo 2º da CRFB<sup>51</sup> e tem como objetivo garantir a eficácia da norma constitucional que reclame a produção de norma infraconstitucional para produzir seus efeitos por completo, caso a norma regulamentadora não seja produzida em tempo razoável.

Como já estudado, o cabimento desta ação será possível somente nos casos em que se vislumbre o descumprimento de um dever constitucional do legislador em editar leis exigidas pelo poder constituinte, isto porque, nem toda ausência de lei sobre determinado tema será considerada omissão inconstitucional.

Como exemplo de omissão inconstitucional é possível citar o dever imposto no artigo 7º, inciso XI, que prevê a participação nos lucros da empresa como um direito do empregado, conforme dispuser a lei, sendo certo que, até hoje, tal lei ainda não foi editada, obstando a efetividade da constituição.

Mister esclarecer que não se pretende infringir a separação dos poderes e adentrar na seara política da produção de leis, tendo em vista que este não é o papel do poder judiciário, o que se pretende, como acentua Luis Roberto Barroso, é impedir a inefetividade das normas constitucionais, preservando-se a norma fundamental do Estado:

Naturalmente, não se deve acreditar na juridicização plena da política, sendo certo que um espaço relevante relacionado aos meios e modos de realização da vontade constitucional deve ser reservado ao processo majoritário, conduzido pelos agentes públicos eleitos. Mas nos extremos, quando a inefetividade se instala, frustrando a supremacia da Constituição, cabe ao Judiciário suprir o déficit de legitimidade democrática da atuação do legislativo<sup>52</sup>.

O procedimento de tal ação encontra-se previsto na lei 9.868/99 e é semelhante ao previsto pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, embora com pequenas diferenças, entre elas, a não obrigatoriedade da oitiva do Advogado geral da União, pois, como cediço, não há lei cuja presunção de constitucionalidade precise ser defendida, salvo em se tratando de omissão parcial, quando a lei existe embora seja insuficiente.

---

<sup>51</sup>BRASIL BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *Lex: Mini Código* organizado por Yussef Said Cahali. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. O artigo citado da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assim dispõe: “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”.

<sup>52</sup>BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit.*, p. 236/237.



Ressalte-se que não há prazo para a propositura da Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão, cabendo avaliar se já houve o transcurso de prazo razoável que enseje a declaração da mora legislativa.

A lei 9868/99 previu a possibilidade de concessão de medida cautelar<sup>53</sup> em sede de ações diretas, entretanto, entende-se pela impossibilidade de concessão de tal medida, “pois, se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, o mesmo se dará quanto ao exame preliminar”<sup>54</sup>.

Porém, tal posicionamento deriva do entendimento quanto aos efeitos da decisão em sede de controle da omissão, conforme leciona Hely Lopes Meirelles:

Essa orientação parte de uma premissa – ainda hoje dominante no tribunal – segundo o qual a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão limita-se a reconhecer a inadimplência do dever constitucional de legislar. Parece que essa posição não corresponde à natureza complexa da omissão, especialmente nos casos de omissão parcial<sup>55</sup>.

O doutrinador ensina ainda que nos casos de omissão parcial, admitindo-se como possível utilização da técnica de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, não haveria óbice em deferir medidas cautelares, tal como ocorre na ação direta de inconstitucionalidade genérica, suspendendo a aplicação da lei, cautelarmente, antes do julgamento de mérito da ação.

Além disso, tendo em vista tratar-se de processo objetivo, no qual não há um direito subjetivo, o que se busca tutelar, na verdade, é a ordem jurídica constitucional, motivo pelo qual seus efeitos serão diferentes em relação às ações cujos processos são subjetivos, pois se estenderão a todos e não somente as partes, até porque como será analisado não há partes, mas sim legitimados<sup>56</sup>.

### 3.4.1 Legitimidade Ativa e Passiva

---

<sup>53</sup>A doutrina entende que a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, na verdade, possuiria natureza de antecipação de tutela, pois a concessão da medida traria efetividade, antecipando os efeitos do pedido final.

<sup>54</sup>MORAES, Alexandre. *Constituição Brasileira Interpretada*. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 1.504.

<sup>55</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op.cit.*, p. 417.

<sup>56</sup>BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit.*, p. 881.

A legitimidade ativa para sua propositura vem disposta taxativamente no artigo 103, caput, da Constituição Federal<sup>57</sup>, abaixo transcrito:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Como se observa no referido artigo, somente os legitimados acima indicados podem apresentar a referida ação, sendo a competência para processar e julgar atribuída ao STF, no artigo 102, I, a, da CRFB, ratificando seu papel de corte constitucional ao lhe atribuir o exercício de órgão judicante no controle de constitucionalidade. A legitimação para a causa dos elencados no artigo supracitado é extraordinária, pois não se postula em causa própria, mas sim no interesse de todos.

Peculiaridade há com relação à divisão entre os legitimados, delineada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois, com exceção da mesa da Assembléia Legislativa, do Governador de Estado e da Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, todos os demais serão legitimados universais, para os quais está dispensada a demonstração de interesse jurídico para a causa.

Para os legitimados que não se enquadram na classificação de universais, caberá a demonstração da pertinência temática, ou seja, “a existência de relação entre a omissão inconstitucional que se pretende ver reconhecida e suas respectivas atribuições ou áreas de atuação”.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *Lex*: Mini Código organizado por Yussef Said Cahali. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 83.

<sup>58</sup>BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit.*, p. 243.

Com relação ao assunto, cabe trazer crítica tecida por Flávia Piovesan com relação à interpretação restritiva realizada pela suprema corte, ao limitar a legitimidade de alguns sujeitos, sem que haja previsão constitucional nesse sentido:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é instrumento de tutela de direito objetivo e, por isso, não há que se exigir dos entes do artigo 103 a comprovação de interesse jurídico específico, no âmbito estritamente processual. Caso contrário, estar-se-ia a converter um instrumento de defesa de direito objetivo em verdadeiro instrumento de defesa de direito subjetivo, o que seria uma distorção jurídica.<sup>59</sup>

No entanto, a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal é pela necessidade de demonstração da pertinência temática dos legitimados assinalados.

Com relação à legitimidade passiva, esta será atribuída ao órgão que possuía a obrigação de produzir o comando legislativo, mas foi omisso no seu dever, cabendo segundo alguns doutrinadores a responsabilização deste caso permaneça em mora durante muito tempo, através do ajuizamento de uma ação de reparação de danos pelos interessados<sup>60</sup>.

### 3.4.2 Efeitos da decisão

Ponto de grande importância e muito controvertido na doutrina e jurisprudência é a atribuição de efeitos a decisão proferida em sede de Ação Direta por Omissão, isto porque encontra óbice no princípio da separação dos poderes e na falta de legitimidade do poder judiciário, em virtude da dificuldade contra-majoritária, pois os membros do STF não são escolhidos por processo eleitoral majoritário.

Ademais, haverá diferença de acordo com a espécie de omissão, total ou parcial, pois na primeira não há norma enquanto na segunda a norma existe, embora não seja suficiente para garantir a efetividade da constituição.

Com relação à omissão total, o Supremo Tribunal Federal tradicionalmente tem se posicionado pela declaração da mora legislativa, dando ciência ao órgão competente para editar a norma faltante nos caso de omissão inconstitucional legislativa, conforme prevê literalmente o artigo 103, §2º da CRFB.

<sup>59</sup>PIOVESAN, Flávia C. *Op.cit.*. p. 101.

<sup>60</sup>PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade Do Estado Legislador*. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Tal declaração, assim como as demais ações em controle abstrato, possui eficácia *erga omnes* e vinculante, porém, com relação ao tempo os efeitos não retroagiriam, pois a mora legislativa não se deu desde a promulgação da norma constitucional, mas sim após o decurso de prazo razoável, motivo pelo qual atribui-se efeitos a partir de quando se observar a configuração da mora legislativa<sup>61</sup>.

Até recentemente, não se atribuía prazo para editar a norma, pois se entendia que somente o Poder Legislativo poderia editar a lei, em virtude do princípio da separação dos poderes, entretanto, em 2007 o STF proferiu decisão<sup>62</sup> que declarou a mora legislativa e estipulou prazo razoável para a edição da lei. Embora tal prazo não tivesse o condão de estabelecer qualquer tipo de sanção ou responsabilidade, tratou-se de inovação no entendimento do Tribunal.

Contudo, a falta de caráter prático da decisão obtida através da propositura da ADI por omissão fez com que o instituto fosse pouco utilizado e alvo de críticas, tal como a formulada por Luis Roberto Barroso:

A reduzida valia da mera *ciência* dá ao instituto um efeito essencialmente moral ou político, próprio para quem busca uma declaração de princípios, mas insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional, quando vulnerado na sua supremacia, Por essa razões autora diversos propõem uma redefinição do alcance do controle abstrato das omissões inconstitucionais.<sup>63</sup>

O entendimento jurisprudencial tem se alterado nesse aspecto, tomando como exemplo a decisão proferida pelo STF em sede de Mandado de Injunção<sup>64</sup>, instituto que será estudado a frente, na qual o tribunal estabeleceu um regramento provisório para conferir eficácia à norma constitucional e permitiu sua aplicação em caráter geral, embora não tenha sido formulada em sede de controle abstrato, sendo certo que tal medida também poderá ser adotada em eventual Ação Direta por Omissão.

No caso de omissão parcial, como já exposto, seria possível a declaração da inconstitucionalidade da lei que é insuficiente, porém, tal providência seria prejudicial, pois ao invés de possibilitar a isonomia, criaria uma lacuna legal.

Outra possibilidade seria a declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, com a ciência do poder competente para a edição do ato normativo, no entanto,

---

<sup>61</sup>BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit.*, p. 1199.

<sup>62</sup>BRASIL; STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.682/MT, Min Relator: Gilmar Mendes. Mato Grosso. Publicação: 6 de setembro de 2007.

<sup>63</sup>BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit.*, p. 253.

<sup>64</sup>BRASIL. STF. Mandado de Injunção nº 712/PA, Min. Relator: Eros Grau.Pará.

embora inovadora, não garante a solução da ausência de norma, pois sua produção dependerá da deliberação legislativa.

Terceira opção seria a prolação de sentença aditiva, que estende os efeitos de uma norma editada para uma categoria à outra, com o objetivo de garantir a isonomia entre estas.

No intuito de conferir efetividade ao instituto e conciliá-lo com o princípio da separação dos poderes, Flávia Piovesan formulou proposta no sentido de atribuir prazo para o poder legislativo suprir a norma faltante e, em não cumprindo, permitir que o STF disponha provisoriamente sobre a matéria, até que o legislador regule-a, vejamos:

A título de proposição, sustenta-se que mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o legislador omissor suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo poderia corresponder ao prazo de apreciação em “regime de urgência” que, nos termos do artigo 64, parágrafo 2º. Do texto, é de quarenta e cinco dias. Pois bem, finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Essa decisão normativa do Supremo tribunal federal, de caráter temporário, viabilizaria, desde, logo, a concretização de preceito constitucional. Estariam então conciliados o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas.<sup>65</sup>

Contudo, não obstante as soluções formuladas, e a virada jurisprudencial com relação ao instituto do Mandado de Injunção, a seguir analisado, majoritariamente o STF permanece obstando e efetividade do instituto ao conferir efeitos meramente declaratórios a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com fundamento no respeito ao princípio separação dos poderes.

### **3.5 Mandado de Injunção**

---

<sup>65</sup>PIOVESAN, Flávia C. *Op.cit.*. p. 108/109.

Instituto inédito criado pelo Constituinte de 1988<sup>66</sup>, o Mandado de Injunção, embora guarde semelhança com o *writ of injunctio* do direito anglo-saxônico<sup>67</sup>, que possui objetivos mais amplos ao se prestar a tutela de direitos públicos e privados, encontra-se previsto no artigo 5º, LXXI, da CRFB, e possui natureza jurídica de remédio constitucional, que assim dispõe:

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<sup>68</sup>.

Como se extrai do texto constitucional, o remédio possui finalidade de sanar a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, tal como o instituto estudado anteriormente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, porém, dispõe que será sanada a omissão com relação às liberdades constitucionais inerentes a nacionalidade, soberania e cidadania. Pergunta-se: qual a extensão de tais direitos?

O tema é controvertido e há três grandes correntes emblemáticas: uma mais restritiva, que entende que o rol de direitos, cuja omissão seria tutelada pelo mandado de injunção seriam tão somente aqueles constantes no artigo 5º da carta constitucional<sup>69</sup>; uma corrente intermediária defende que o rol de direito na verdade identifica-se com os direitos fundamentais<sup>70</sup>, ultrapassando o artigo quinto e alcançando todo o título II da CRFB; enquanto a corrente mais ampla defende que o rol estender-se-ia por todos os direitos inerentes as liberdades públicas, sendo estes não só os fundamentais, mas todos os previstos na constituição<sup>71</sup>.

Pelo entendimento mais amplo, que se entende mais escorreito neste trabalho, o objeto do mandado de injunção é, portanto, “assegurar o exercício de qualquer direito constitucional não regulamentado e dar prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, também quando não regulamentadas”<sup>72</sup>.

Importante salientar que a Constituição da república previu direitos auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis, pela classificação clássica, no primeiro caso, desnecessária a regulamentação infraconstitucional, porém, no segundo, só será possível exercê-lo após a edição da norma regulamentadora. Nas palavras de André Puccinelle Junior:

<sup>66</sup>ANASTÁCIO, Rachel Bruno. *Mandado de Injunção*. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2003.

<sup>67</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Op.cit.*, p. 260

<sup>68</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *Lex*: Mini Código organizado por Yussef Said Cahali. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 83.

<sup>69</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op.cit.*, p. 319.

<sup>70</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Op.cit.*, p. 260.

<sup>71</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Op.cit.*, p. 245.

<sup>72</sup>ANASTÁCIO, Rachel Bruno. *Op.cit.*, p. 35.

Fácil notar, portanto, que os direitos previstos em normas constitucionais auto-aplicáveis ou em normas de eficácia limitada já regulamentadas não desafiam mandado de injunção. Quando não satisfeitos, podem ser reclamados por meio de mandado de segurança ou ação congênere, porquanto, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que “se a omissão do legislador inexistente, não é caso de injunção, mas sim de mandado de segurança”<sup>73</sup>.

Nesse diapasão, cumpre esclarecer que o Mandado de Injunção, tal como pacificado pela jurisprudência, é norma constitucional auto aplicável, ou seja, embora até hoje, passados vinte anos desde a promulgação da Constituição, ainda não exista norma infraconstitucional regulamentando a aplicação do instituto este não possui sua aplicabilidade obstada, pois se trata de norma auto-aplicável, motivo pelo qual adotou-se a lei do mandado de segurança, por analogia, para regular seu procedimento no que couber.

Com relação a competência para processar e julgar o *writ*, a Constituição Federal previu competência originária ao STF e ao STJ, nos artigos 102, I, “q” e 105, I, “h”, respectivamente. Nos casos não previstos a estes, caberá aos demais tribunais e juízes, na forma da lei 1533/51, que regulamentou o mandado de segurança. Na esfera estadual admite-se a impetração do remédio nos termos da lei de cada Estado.

Desta forma, caberá a apreciação a qualquer juízo, de acordo com as regras constitucionais de competência e não somente ao STF, tal como ocorre na ADI por omissão. Por este motivo, contra a decisão que denegar o mandado de injunção proferida pelos tribunais superiores, consoante artigo 102, II, a, CRFB, caberá recurso ordinário ao Supremo, tendo em vista sua função precípua da guarda da constituição, mesmo em sede de controle difuso, como no caso.

O procedimento para o Mandado de Injunção, como exposto, é semelhante ao do mandado de segurança, o que leva a doutrina a defender a impossibilidade de concessão de honorários advocatícios e a impossibilidade de dilação probatória, devendo a inicial ser instruída com todos os documentos necessários. Além disso, a doutrina admite a medida liminar, desde que presentes os seus pressupostos, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, embora o STF tenha rechaçado tal entendimento.

Tendo em vista a aplicação da Lei 1.533/51, por analogia, há quem defenda a possibilidade de impetração de Mandado de Injunção coletivo se presentes os mesmos requisitos exigidos para o mandado de segurança, sendo tal tese uma construção doutrinária, pois não previsto na Constituição Federal. O Supremo optou pela tese e admite o Mandado de

---

<sup>73</sup>PUCINELLI JÚNIOR, André. *Op.cit.* p. 173.

Injunção coletivo, sendo legitimadas as mesmas entidades previstas para a impetração do mandado de segurança coletivo.

### 3.5.1 Legitimidade Passiva e Ativa

Podem impetrar Mandado de Injunção a pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, que seja titular de direito e esteja impedido de exercê-lo em virtude da ausência da norma infraconstitucional regulamentadora. As entidades de classe poderão impetrá-lo através da modalidade coletiva no qual atuarão como substitutos processuais de seus membros, e o Ministério Público, consoante previsão do artigo 6º, VIII da Lei Complementar 75/93<sup>74</sup>.

Porém, há quem defenda a impossibilidade de tutelar direito difuso em Mandado de Injunção, embora se admita para direito coletivo, levando a crer pela inconstitucionalidade do artigo supra mencionado que confere legitimidade ao *parquet*, pois, como leciona Flávia Piovesan “caso se admitisse a tutela também de direito difuso, o instrumento do mandado de injunção estaria, até certo ponto, a se confundir com o instrumento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.<sup>75</sup>

Com o mesmo posicionamento, manifesta-se André Puccinelli, pela defesa da legitimidade do Ministério Público tão somente com relação aos direitos coletivos, mas nunca para os difusos:

Possibilitar a regulamentação judicial com eficácia *erga omnes* de interesses difusos que são, por sua própria natureza, indivisíveis e titularizados por um contingente indeterminado de pessoas, equivaleria a romper todas as fronteiras da doutrina da separação dos poderes, não importa se mais ou menos elásticas, para investir o Poder Judiciário em poderes normativos de alcance geral, libertando-o das marras que o prendem para dirimir controvérsias individuais ou grupais<sup>76</sup>.

Por outro lado, a atual discussão a respeito da abstratização do controle difuso<sup>77</sup>, com a possibilidade de conferir eficácia *erga omnes e vinculante*, ultrapassando as partes

---

<sup>74</sup>BARROSO, Luis Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 126.

<sup>75</sup>PIOVESAN, Flávia C. *Op.cit.* p. 144.

<sup>76</sup>PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Op.cit.* p. 181.

<sup>77</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit.* p.382.



processuais, às decisões proferidas, por exemplo, em Mandado de Injunção, vai de encontro ao argumento trazido acima.

Luis Roberto Barroso<sup>78</sup>, embora opine pela eficácia *inter partes* do instituto, defende a tutela dos direitos difusos pela via da injunção, citando como exemplo o artigo 150, §5º da Constituição que prevê a informação aos consumidores a respeito dos impostos sobre as mercadorias, na forma da lei, que até hoje não foi editada. Como se observa, a controvérsia a respeito da legitimidade ativa do Ministério Público, encontra origem nos efeitos da decisão proferida no Mandado de Injunção, que será analisada a diante.

A respeito da legitimidade passiva, segundo jurisprudência majoritária do STF, esta será do órgão legislativo que possuía o dever de legislar e ficou inerte, porém, esta não é a melhor posição, segundo alguns doutrinadores, pois, nas palavras de Luis Roberto Barroso, “o objeto da ação é a efetivação do direito subjetivo e não a declaração em tese da omissão de determinado órgão. Como consequência, o sujeito passivo da ação deveria ser ocupado pela pessoa a quem incumbiria a eventual satisfação da pretensão”.<sup>79</sup>

Sobre o tema há quem defenda uma terceira possibilidade que seria a formação de litisconsórcio passivo para que figurem no pólo passivo ao mesmo tempo o órgão legislativo e a pessoa a qual incumba o dever de satisfazer a pretensão<sup>80</sup>. Tal posição parece a mais acertada, pois permite ao mesmo tempo a tutela do direito subjetivo e a efetivação da constituição, porém, foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>81</sup>.

### 3.5.2 Efeitos da decisão

---

<sup>78</sup>BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas Constitucionais - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 252.

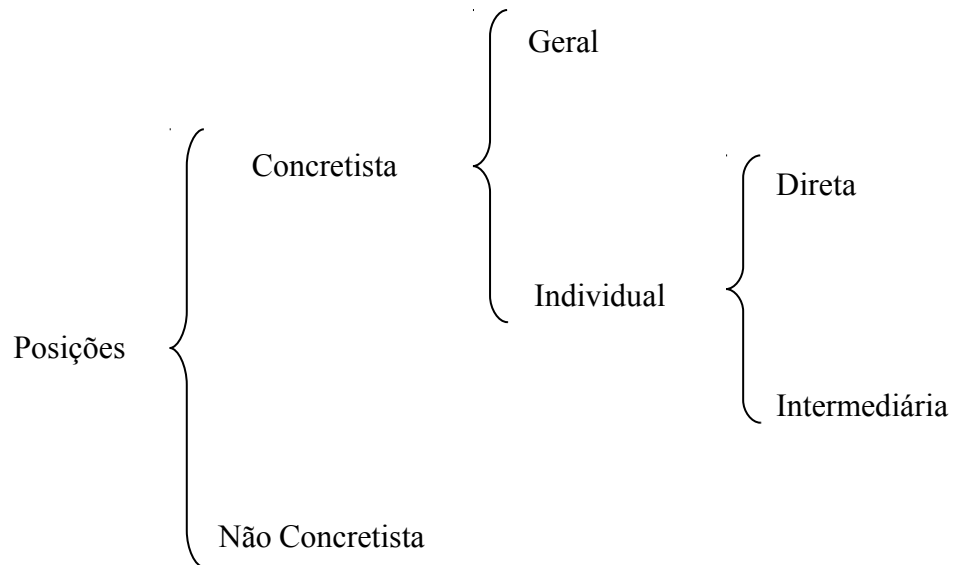
<sup>79</sup>BARROSO, Luis Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 124.

<sup>80</sup>ANASTÁCIO, Rachel Bruno. *Op.cit.*, p. 91.

<sup>81</sup>BRASIL. STF. MI-AgR 345 / SP. São Paulo. Agravo regimental no Mandado de Injunção. Relator(a): Min. Octavio Galloti. Publicação 13/12/1991 que assim dispõe: “Não cabe agravo regimental contra despacho que indefere liminar, em mandado de injunção. Neste não há, igualmente, lugar para a citação, como interveniente, ou terceiro interessado, dos particulares, bem como para o litisconsórcio passivo entre estes e a autoridade competente para a elaboração da norma reguladora”.

A decisão proferida em sede de Mandado de Injunção é a questão mais controvertida com relação ao tema, por isso, far-se-á necessária a análise das diversas correntes doutrinárias formadas levando-se em consideração a natureza da decisão e a extensão de seus efeitos. Muito relevante é a indagação feita por Luis Roberto Barroso: “Destina-se ele a obter o suprimento judicial da norma faltante ou a estimular a produção da norma pelo órgão competente?”.<sup>82</sup>

Buscando responder tais indagações, diversos doutrinadores formularam teorias que podem ser exemplificadas por dois grandes gêneros que se dividem em espécies, conforme quadro sinótico<sup>83</sup> abaixo:



### 3.5.2.1 Corrente Concretista

<sup>82</sup>BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas Constitucionais - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 247.

<sup>83</sup>MORAES, Alexandre. *Curso de Direito Constitucional*. 17ªed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 158.

Pela posição concretista, o Poder Judiciário declarará a existência da omissão legislativa e implementará o exercício do direito obstado enquanto não for editada lei regulamentadora, porém, com a edição da lei a decisão judicial deixará de ser aplicada, pois possui caráter provisório. Segundo tal posição, a natureza jurídica da decisão seria constitutiva<sup>84</sup>. Esta corrente divide-se em duas outras, a concretista geral e a concretista individual.

Os que defendem a corrente concretista geral ressaltam que deve o judiciário regulamentar o direito obstado pela ausência de norma, sendo os efeitos da decisão *erga omnes*, ou seja, ultrapassariam as partes do Mandado de Injunção, atingindo a todos. Tal posição é alvo de constantes críticas, sob o fundamento de infringir o princípio da separação dos poderes, encontrando, portanto, poucos defensores podendo-se citar Vicente Greco Filho<sup>85</sup>.

Porém, com a virada jurisprudencial ocorrida em 2007 no Supremo Tribunal Federal, a corrente ganhou força, em especial no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, pelo STF<sup>86</sup>, que tratavam da omissão constitucional referente à ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, a ser estudada no capítulo posterior.

Por outro lado, os filiados a corrente concretista individual, embora defendam a concretização do direito constitucionalmente assegurado, entendem que o caráter da decisão deve ser *inter partes*. Entre os defensores da citada corrente, encontra-se Flávia Piovesan, entre outros doutrinadores. Cabe ressaltar que a posição aqui explicitada divide-se em duas subespécies, como demonstrado no quadro acima, a concretista individual direta e a intermediária.

A posição concretista individual direta caracteriza-se pela imediata implementação do direito da parte, independente da concessão de prazo para que o legislador supra a omissão, o que importaria na distinção dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão com relação ao writ de injunção e é defendida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio e por Flávia Piovesan, cujas palavras serão aqui colacionadas:

Ora, faltaria qualquer razoabilidade ao constituinte se criasse dois instrumentos jurídicos com idêntica finalidade. A duplicidade de instrumentos jurídicos afastaria a logicidade e coerência do sistema constitucional, mesmo porque não haveria sentido em centrar a legitimidade ativa no caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nos entes elencados pelos incisos I a IX do artigo 103 e, ao mesmo tempo,

<sup>84</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Op.cit.*, p. 256.

<sup>85</sup>GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. *Apud*, PIOVESAN, Flávia C. *Op.cit.*, p. 130.

<sup>86</sup>BARROSO, Luis Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 141.

admitir a ampla legitimidade do mandado de injunção, que poderia ser impetrado por qualquer pessoa, se ambos os instrumentos apresentassem efeitos idênticos<sup>87</sup>.

Como visto, pela corrente, não há como se atribuir os mesmos efeitos aos dois institutos, sendo assim, imperioso conferir ao Mandado de Injunção efeitos concretos, através de decisão constitutiva do direito, com efeitos *inter partes*.

Pela tese concretista individual intermediária, entretanto, admite-se a efetivação do direito pelo Poder Judiciário, porém, somente após o término do prazo estabelecido na decisão judicial que declarou a mora legislativa, sem que seja tempestivamente suprida a omissão. Trata-se de uma junção entre a corrente concretista individual e a corrente não concretista. Entre seus defensores encontra-se o doutrinador Alexandre de Moraes, sendo esta tese formulada pelo Ministro Neri da Silveira, no intuito de adequar os efeitos do Mandado de Injunção ao princípio da separação dos poderes<sup>88</sup>.

#### 3.5.2.1.1 Críticas formuladas a corrente concretista.

Muitos doutrinadores e operadores do direito criticam a posição concretista dos efeitos da sentença proferida no Mandado de Injunção, em especial a concretista geral, ao conferir eficácia da decisão para todos, baseados em duas premissas: primeiro, a violação ao princípio da separação dos poderes e segundo, por ausência de legitimidade democrática do poder judiciário em substituir-se ao legislador.

Ainda que exista a preocupação com a possibilidade do Poder Judiciário cometer arbítrios diante da ampliação de seus poderes, os defensores da concretização afirmam não haver violação a separação dos poderes nem tampouco haver ausência de legitimidade, pois se trataria aqui do sistema de freios e contra pesos previsto na própria da Constituição da República, como observa Mauro Cappelletti:

o ideal da estrita separação de poderes teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados. Esse ideal significou, assim, até a época relativamente recente, e mesmo hoje, em não poucos países, a existência de um legislativo totalmente não controlado<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup>PIOVESAN, Flávia C. *Op.cit.*, p. 133.

<sup>88</sup>MORAES, Alexandre. *Op.cit.*, p. 161.

A ampliação da atuação do poder judiciário, segundo leciona o autor supracitado, é parte do processo de engrandecimento dos Poderes Executivo e Legislativo, conforme se observa na passagem a seguir transcrita:

(...) apenas um *Big Judiciary* pode se erigir como guardião adequado e contrapeso eficaz. Quase desnecessário repisar a observação de que se a concepção da jurisdição como função meramente declarativa passiva e mecânica é fictícia e sempre frágil, ainda mais evidentemente frágil e fictícia resultará quando um “grande judiciário” estiver empenhado na tarefa de composição de controvérsias de tal amplitude. O caráter criativo, dinâmico e ativo de um processo jurisdicional, cujos efeitos devem, por definição, ultrapassar em muito as partes fisicamente presentes em juízo, não pode deixar de aparecer com grande proeminência<sup>90</sup>.

Em defesa da corrente concretista e contrário às críticas formuladas, Luis Roberto Barroso assim pronunciou-se:

Ainda em relação ao tema, cabe uma última observação acerca da legitimidade do estabelecimento judicial de um regramento temporário nos casos de omissão legislativa. Tal possibilidade não deve ser vista como violação a separação dos poderes, por pelo menos dois motivos. Em primeiro lugar, pelo fato de a própria Constituição ter instituído o mandado de injunção para o controle das omissões inconstitucionais, sendo certo que a doutrina já defendia que o efeito normal da decisão deveria ser o suprimento da omissão(...). Em segundo lugar, veja-se que poderes constituídos em geral, incluindo o legislador, estão submetidos à Constituição. No caso, o principal fator de legitimação da atuação do Judiciário é a omissão de outro poder, que tinha como efeito a paralisação da eficácia de normas constitucionais. O provimento do mandado de injunção serve justamente para evitar a eternização dessa situação de desrespeito à força normativa da Constituição. Finalmente, veja-se que a adoção de um regime temporário não impede a atuação superveniente do Poder Omissor, que pode abandonar a inércia e dar ao tema tratamento específico, afastando o regime que haja sido instituído pelo Judiciário<sup>91</sup>.

Desta forma percebe-se que a regulação provisória do direito constitucional, impedido de ser exercido por ausência de norma infraconstitucional, confere ao judiciário a possibilidade de regulação do instituto através de sentenças aditivas<sup>92</sup> sem que para tanto esteja usurpando poder do Legislativo, pois, como ensina Flávia Piovesan: “toda interpretação é criativa, implicando, inevitavelmente em um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional”<sup>93</sup>.

Embora pertinente, cumpre ressaltar a necessidade de estabelecer certo controle ao ativismo judicial, sendo certo que este deve recair sobre a argumentação, ou seja, imperioso que o magistrado fundamente sua decisão em obediência ao disposto no artigo 93, IX da

<sup>89</sup>CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 53.

<sup>90</sup>*Ibid*, p. 61.

<sup>91</sup>BARROSO, Luis Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Op. Cit, p. 145.

<sup>92</sup>BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit.*, p. 1.212.

<sup>93</sup>PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas*. Op cit.p. 140.

CRFB de 1988, para que possa ser contestada em seus argumentos e para que esta se legitime na sociedade.

O Professor Marcos Paulo Veríssimo, professor da faculdade de direito da Fundação Getúlio Vargas, em texto publicado no sítio “Supremo Tribunal Federal em debate” defende o ativismo Judicial e estabelece como controle a fundamentação jurídica das decisões:

Não conheço nenhuma ditadura em que o Judiciário tenha sido fundamental. O papel político da Justiça e o embate entre os poderes são fenômenos das democracias". Uma certa dose de ativismo judicial talvez seja impossível evitar num sistema constitucional como o brasileiro. O essencial é que ele seja informado pela razão jurídica, e não pela ideologia ou pelas crenças particulares de cada ministro. Isso, a sociedade precisa vigiar<sup>94</sup>.

Após o exposto, passa-se a análise da corrente não concretista.

### 3.5.2.2 *Corrente Não Concretista.*

O segundo gênero é o denominado não concretista que, ao contrário do concretista, não sofreu divisão em espécies e preconiza a natureza declaratória da decisão do Mandado de Injunção, ao reconhecer a mora em legislar, e a natureza mandamental, ao determinar que o órgão omissor cumpra sua obrigação, para que esse venha a suprir a falta de norma infraconstitucional, sem, contudo, estabelecer qualquer instrumento de coação para tanto.

Tal posição foi seguida pela maioria dos Ministros do STF, tendo como precedente o Mando de Injunção 107, porém, como leciona Luis Roberto Barroso, “a Corte esvaziou as potencialidades do novo remédio. Invocando, assim, uma visão clássica e rígida do princípio da separação dos poderes, promoveu a equiparação do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão”<sup>95</sup>, visão essa severamente criticada pela doutrina, como aqui exposto.

A equiparação dos efeitos do remédio constitucional aos da ação utilizada em controle abstrato permaneceu majoritária durante muitos anos, embora viesse sofrendo temperamento

---

<sup>94</sup>VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Análise do Ativismo Judicial (ou jurisdicional) do Supremo Tribunal Federal. *Revista Veja*. 27 de agosto de 2008. Disponível, em: <http://supremoemdebate.blogspot.com/2008/08/anlise-sobre-o-ativismo-judicial-ou.html>. Acesso dia 27 de out. 2008 às 17:21h.

<sup>95</sup>BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit.*, p. 124.

pelo STF em alguns casos, admitindo-se a responsabilização pelas perdas e danos sofridos pelo impetrante, em virtude da omissão legislativa, tal como se deu no MI 284-3, ao dispensar nova comunicação ao congresso nacional, já cientificado em outro Mandado de Injunção anterior para editar a norma prevista no artigo 8º, §3º do ADCT, permitindo-se o ajuizamento de ação reparatória nos termos do citado artigo, mesmo sem a lei regulamentadora.<sup>96</sup>

A inefetividade que vinha sendo conferida ao Mandado de Injunção chegou a estimular Luis Roberto Barroso a propor a extinção do instituto, sob o fundamento de que prescinde de impetração de Mandado de Injunção a realização de direitos subjetivos constitucionalmente previstos, cabendo ao juiz integrar a norma constitucional, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>97</sup>. Porém, o próprio autor reconheceu a utilidade prática do instituto, em virtude da nova posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

A grande virada jurisprudencial do STF se deu recentemente, em 2007, conforme será analisado no capítulo a seguir, quando o Supremo Tribunal Federal adotou definitivamente a corrente concretista, embora em alguns casos tenha optado por conferir efeitos *erga omnes* e em outros efeitos *inter partes*.

#### **4 A TRAJETÓRIA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

---

<sup>96</sup>BRASIL. STF. Mandado de Injunção n. 283-5/DF. Brasília. Min. Relator: Celso de Mello. Publicação: 26 de junho de 1992 que assim dispôs: “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, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à 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 transitório”

<sup>97</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Mandado de Injunção: o que foi sem nunca ter sido uma proposta de reformulação*. Revista de Direito da Procuradoria Geral Municipal do Rio de Janeiro. Vol. 3 n. 3. Jan/jun 1998, p. 53 a 59.

Para melhor compreender a omissão inconstitucional, mister analisar a posição dos ministros do Supremo Tribunal Federal e sua modificação ao longo dos anos de vigência da carta constitucional de 1988.

Com relação a esta forma de controle de constitucionalidade recentemente prevista em nosso ordenamento constitucional ainda restam muitas controvérsias quanto ao tema, o que leva a crer que ainda serão vistos muitos debates a este respeito, bem como modificações a respeito do entendimento hoje aplicado pela corte brasileira.

Os institutos previstos pela carta constitucional como forma de controle são a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, no plano abstrato, e o Mandado de Injunção, no plano concreto, estudados no capítulo anterior, sendo que estes experimentaram transformações, que serão aqui sucintamente expostas.

#### **4.1 O Supremo Tribunal Federal e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, instrumento do controle abstrato de constitucionalidade, no qual se pretende declarar a omissão do legislador em produzir a Lei reclamada pela CRFB, foi pouco manejado pelos operadores do direito o que, conseqüentemente, gera pouca discussão no âmbito jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, não havendo, portanto, grandes modificações com relação ao posicionamento da corte, permanecendo a natureza declaratória e mandamental da decisão.

Em sua obra, Helly Lopes Meirelles salienta a dificuldade em realizar um estudo mais profundo acerca do tema, tendo em vista que no banco de dados do STF não há diferenciação numérica desta ação com relação à ação direta genérica. Pela tabela colacionada em seu livro, percebe-se que desde a vigência da constituição até o mês de março de 2008, foram propostas menos de uma centena de ações diretas por omissão, demonstrando a pouca eficácia do instrumento<sup>98</sup>.

A reduzida quantidade possivelmente se deve ao efeito conferido a decisão da presente ação que, como já estudado, apenas declara a mora do legislador e dá ciência a este para que

---

<sup>98</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Op.cit.*, p.396.



supra a omissão, nada impedindo a inércia do órgão legislativo. Outro motivo para a pouca utilização da ação é a legitimidade restrita para a propositura da ADI por omissão, atribuída somente às pessoas e entidades enumeradas no artigo 103, incisos I a IX da CRFB.

Embora haja pouca produção jurisprudencial, é possível citar alguns pronunciamentos marcantes do Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, a admissão de liminar em sede de ADI quando houver omissão parcial, conforme saliente Hely Lopes Meirelles:

(...) na liminar referente a ADIN nº 336 concedida parcialmente para suspender os efeitos de dispositivos específicos da Constituição do estado de Sergipe até o julgamento final da ação, o STF inaugurou o jurisprudência no sentido de que a concessão da liminar pode ocorrer nos caso de omissão parcial<sup>99</sup>.

Cumprido esclarecer que a liminar foi concedida no bojo de uma ADI genérica, pois, como já estudado neste trabalho monográfico, a omissão parcial comporta ao mesmo tempo uma inconstitucionalidade por ação e por omissão. Entendia-se, assim, que haveria a possibilidade de suspender os efeitos da lei, em virtude de sua omissão, embora, como já exposto, esta não seja solução mais eficaz.

Em contra partida, o autor leciona que o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se pelo não cabimento de medida liminar quando se estiver diante de omissão total, conforme se extrai do trecho transcrito:

Nas ADIn n. 529 e 525, julgadas em 1991, o STF enfrentou dilema entre a declaração de inconstitucionalidade por ação de uma norma e a inconstitucionalidade por omissão da mesma norma. Também nesses precedentes, firmou posicionamento no sentido de que quando se trata de omissão total não cabe liminar<sup>100</sup>.

Nesse mesmo sentido, confira-se trecho da ementa do acórdão proferido pelo Tribunal Pleno do STF, a respeito da impossibilidade de concessão de medida cautelar e a respeito dos efeitos meramente declaratórios da sentença:

O Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos (e não de omissões) inconstitucionais, um juízo de exclusão, que consiste em remover, do ordenamento positivo, a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na Carta Política. - A suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que está em mora constitucional<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> *Ibid.*, p.413.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p.413.

<sup>101</sup> BRASIL. STF. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.267/DF. Distrito Federal. Min. Relator: Celso De Mello. Publicação: 19 de maio de 1995.

Outra inovação se deu, conforme leciona Gilmar Mendes, através do reconhecimento da omissão pela inércia em deliberar e votar um projeto de lei.

(...) julgando a ADI 3.682, entendeu o STF que a *inertia deliberandi* (discussão e votação) também configura omissão passível de vir a ser reputada inconstitucional se os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação. No caso fixou-se prazo de dezoito meses para o Congresso nacional adotar todas as providências necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4º, da Constituição (EC n. 15/1996), devendo contemplar as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão<sup>102</sup>.

Em recente julgamento, atentando para a problemática da omissão, o STF manifestou-se pela adoção da técnica de decisão da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. O caso versava sobre a criação de um Município sem que tenha sido editada a Lei Complementar prevista na Constituição como pré-requisito para tanto. Preocupado com o efeito no mundo fático, o STF declarou a inconstitucionalidade e conferiu prazo para que o congresso edite a lei, para que se reconheça o Município, sem extingui-lo, confira-se trecho da ementa.

Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: o desmembramento de parte de Município e sua conseqüente adição a outro. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A integração da gleba objeto da lei importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento do desmembramento de gleba de um Município e sua integração a outro, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 6.066, de 14 de agosto de 1.997, do Estado do Pará<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit.*, p. 1192.

<sup>103</sup> BRASIL. STF. Ação Direta De Inconstitucionalidade n.3689/PA. Pará. Min Relator : Eros Grau. Publicação: 29 de junho de 2007.

Pelo exposto, percebe-se que embora tenha havido alguma evolução jurisprudencial, a suprema corte permanece adstrita à mesma posição com relação aos efeitos da ADI por omissão, sendo estes meramente declaratórios.

Maior relevância há no estudo da evolução jurisprudencial da corte com relação ao Mandado de Injunção, que passará a ser analisado no próximo tópico.

## **4.2 O Supremo Tribunal Federal e o Mandado de Injunção**

O Mandado de Injunção, remédio constitucional previsto no art. 5º, inciso LXXI da CRFB, utilizado para conferir concretude a um direito constitucionalmente previsto cujo exercício esteja sendo obstado em virtude de ausência de lei infraconstitucional que o regulamente, foi freqüentemente equiparado à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, porém, ao longo dos anos sofreu temperamento e evoluiu significativamente, em especial com relação aos seus efeitos.

Não se pretende aqui conferir ao remédio constitucional o status de pacificador inequívoco dos conflitos, em especial com relação aos direitos sociais, pois, como será analisado, por vezes o exercício da regulamentação provisória do STF causará restrição ao direito subjetivo ao invés de permitir sua total fruição.

Entretanto, não há como negar a evidente evolução jurisprudencial que conferiu aplicabilidade ao remédio constitucional supracitado e finalmente diferenciou-o da ação manejada em controle abstrato, a ADI por omissão.

No precedente mais citado pela doutrina, o Mandado de Injunção n.107, foi suscitada questão de ordem na qual firmou-se a idéia de sua auto-aplicabilidade, conforme se observa pelo trecho extraído da ementa do acórdão:

Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. - 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 5., lxxi, dos quais o exercício esta 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 de ciência dessa declaração, para que adote as providencias necessárias, a semelhança do que

ocorre com a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, par-2., 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 inconstitucional. - assim fixada a natureza desse mandado, e ele, no âmbito da competência desta corte - que está devidamente definida pelo artigo 102, i, 'q' -, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe e analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator<sup>104</sup>.

Dirimida a questão quanto a sua auto-aplicabilidade, restava controvérsia quanto aos seus efeitos que, nas palavras de Gilmar Mendes “o tribunal entendeu, e assim firmou sua jurisprudência, no sentido de que deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade por omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas”.<sup>105</sup>

O entendimento permaneceu este, embora tenha sido abrandado ao longo dos anos, como se pode observar através do julgamento do Mandado de Injunção n. 283 que permitiu àqueles que possuísem o exercício do direito constitucionalmente assegurado no artigo 8º, §3º do ADCT, limitado em virtude da omissão inconstitucional, poderiam propor ação reparatória prevista no texto constitucional, em virtude das perdas e danos causados pelo período ditatorial, independente da edição de lei nesse sentido.

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-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de

<sup>104</sup> BRASIL. STF. Questão de Ordem no Mandado de Injunção n.107/DF. Distrito Federal. Min Relator: Moreira Alves. Publicação: 21 de setembro de 1990.

<sup>105</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit.*, p. 1209.

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 prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.<sup>106</sup>

A decisão inaugurou a possibilidade de o STF conferir aplicabilidade imediata a um dispositivo da constituição de eficácia limitada, quando houver excessiva demora na edição da lei que deveria regulamentá-lo.

Caso semelhante se deu no julgamento do Mandado de Injunção n. 232, quando o STF reconheceu a mora do Congresso Nacional em editar a lei que garantiria a imunidade tributária prevista no artigo 195, §7º da CRFB, que isentava as entidades beneficentes de assistência social do pagamento das contribuições previdenciárias e conferiu ao impetrante a imunidade independente da edição da lei. Ressalte-se que, hoje, o instituto foi regulado pela Lei 8.212/91, com as alterações da Lei 9.732/98.

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. 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, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida<sup>107</sup>.

Pela decisão acima, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal adotou tese diferente da inicialmente adotada, passando a conferir maior efetividade ao instituto. Embora relevante, permaneceu o estado de omissão quando não houvesse a possibilidade de conferir apenas o direito, ou seja, quando fosse necessária a produção da lei em si, tal como se dava no caso da greve dos servidores públicos, cuja decisão marcou a virada jurisprudencial da corte.

### **4.3 A Decisão Proferida no Mandado de Injunção 712 e o Impacto Sobre o Direito de Greve dos Servidores Públicos**

<sup>106</sup> BRASIL.STF.. Mandado de injunção n.283/DF. Distrito Federal. Min. Relator: Sepúlveda Pertence. Publicação: 14 de novembro de 1991.

<sup>107</sup> BRASIL. STF. Mandado de Injunção n.232/RJ. RIO DE JANEIRO. Min. Relator: Moreira Alves. Publicação:27 de março de 1992.

Após anos de omissão inconstitucional reconhecida diversas vezes pela Suprema Corte, o direito de greve dos servidores públicos finalmente obteve pronunciamento eficaz do STF, embora, como se verá adiante, tenha, de certa forma, restringido o acesso da categoria à greve.

A corte optou por proferir sentença aditiva nos julgamentos dos Mandados de Injunção 670, 712 e 708, STF no sentido de conferir regulamentação à greve dos servidores públicos através da aplicação analógica da Lei n. 7.783/89, Lei de Greve aplicável aos trabalhadores celetistas.

Todavia, merece destaque a decisão do Ministro Carlos Velloso no MI 631, no qual, embora voto vencido, já defendia a aplicação analógica da Lei 7.783/89 a greve dos servidores públicos por considerar que a Constituição determina ao juiz que este deve, no julgamento de Mandado de Injunção, “elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público”.<sup>108</sup>

Porém, somente com o julgamento do MI 712 é que a virada jurisprudencial ocorreu, conferindo-se ao Mandado de Injunção sua eficácia constitucionalmente prevista, garantindo-se ao juiz a possibilidade de conferir regulamentação do direito obstado pela omissão legislativa.

Cabe destacar trecho do *writ* supracitado que delimitou os limites e possibilidade do instituto que vinha sendo renegado pelos constitucionalistas até o momento, no voto do Ministro Gilmar Mendes proferido no MI 712:

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, esse Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece no controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> BRASIL. STF. Mandado de Injunção n.631/MS Mato Grosso do Sul. Min. Relator: Ilmar Galvão. Publicação: 02 de agosto de 2002.

<sup>109</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit.*, p. 1215.

Sendo assim, assentou-se na corte o entendimento que não se estaria usurpando função do Poder Legislativo, nem tampouco infringindo o princípio da separação dos poderes, mas tão-somente exercendo atribuição conferida pela própria constituição, através do art. 5º, LXXI.

A decisão ratificou o caráter provisório da regulamentação feito por sentença de perfil aditivo pelo Tribunal, sendo certo que com a edição posterior da lei reclamada pelo texto Constitucional esta prevalecerá.

A grande controvérsia reside, portanto, em alguns pontos: a questão da tipologia conferida a norma do artigo 37 VII da CRFB; o efeito *erga omnes* conferido pelo STF em sentença proferida em sede de controle difuso via Mandado de Injunção; e o fato da aplicação analógica da Lei de Greve aos servidores públicos possibilitar, por exemplo, o corte ao ponto dos servidores, o que reduziria a mobilização da categoria, consoante será demonstrado.

O direito de greve previsto no artigo nono da Constituição possui status de direito fundamental, tendo em vista encontrar-se previsto no rol do título II da CRFB, embora haja controvérsia, como já estudado, por este motivo, em tese, seria norma de aplicabilidade imediata, embora possa ter seus efeitos contidos. Porém, o STF, ao julgar procedente o MI 712, filiou-se a corrente que defende a aplicabilidade limitada da referida norma, dependendo de norma infraconstitucional para que o direito seja exercido.

Outro ponto controverso da decisão cinge-se no fato do Mandado de Injunção ser remédio constitucional que possui efeito entre as partes, sendo este um dos diferenciadores entre o citado instituto e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, como estudado no capítulo anterior. Se assim não fosse, estar-se-ia admitindo a regulamentação abstrata requerida apenas por uma pessoa ou categoria.

Por outro lado, há quem defenda a tese consagrada no MI 712, quanto aos efeitos *erga omnes* atribuídos ao Mandado de Injunção, sob os mesmos argumentos defendidos pelo Supremo Tribunal Federal na ocasião<sup>110</sup>.

Tais argumentos são a segurança jurídica, a economia processual, haja vista que a regulamentação do direito apenas às partes poderia ferir o princípio da isonomia, como também causaria um efeito cascata de ajuizamentos de ações a respeito do mesmo tema, bem

---

<sup>110</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *A Construção de uma Garantia Constitucional: A Compreensão da Suprema Corte Quanto ao Mandado de Injunção*. Lúmen Iuris: Rio de Janeiro, 2005.

como o reconhecimento de uma inércia inconstitucionalmente relevante para toda a sociedade.

No que diz respeito à aplicação temporária da Lei 7.783/89 aos funcionários públicos, não houve consenso, vencendo esta posição por maioria, tendo como defensores o relator, Ministro Eros Grau, e os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Cezar Peluso e Ellen Gracie. Foram contrários a esta postura, e vencidos, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

A decisão vencedora arbitrou a aplicação da Lei de Greve no que seja compatível e mediante definição de parâmetros pelo próprio Tribunal, tendo em vista a natureza diferenciada dos serviços públicos, especialmente no que tange ao caráter de essencialidade e ao princípio da continuidade do serviço prestado à sociedade.

Neste sentido, o relator Min. Eros Grau votou que “a norma, na amplitude que a ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende conjunto integrado pelos artigos 1º ao 9º, 14, 15 e 17 da Lei 7.783/89, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos (...)”.

Já o Min. Gilmar Mendes expôs que “o Judiciário, no caso concreto, deve, mediante o requerimento dos interessados, definir os contornos desta manifestação para que as paralisações não afetem os serviços essenciais”<sup>111</sup>.

Na mesma linha de idéias, o Min. Celso de Mello votou:

(...) em ordem a viabilizar, desde logo, nos termos e com as ressalvas e temperamentos preconizados por Suas Excelências (Min. Eros Grau e Min Gilmar Mendes), o exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve, até que seja colmatada, pelo Congresso Nacional, a lacuna normativa decorrente da inconstitucional falta de edição da lei especial a que se refere o inciso VII do art. 37 da Constituição da República<sup>112</sup>.

De maneira contrária, o Min. Ricardo Lewandowski entendeu que não deveria aplicar a lei em questão aos funcionários públicos, até porque, aceitando esta situação, estar-se-ia negando o objeto do próprio Mandado de Injunção, já que não haveria omissão legislativa a respeito do tema reclamado. Ainda assim, entendeu que “não se mostra factível o emprego da Lei 7.783/89 para autorizar-se o exercício do direito de greve por parte dos servidores do

<sup>111</sup> BRASIL. STF. Mandado de Injunção nº 712/PA, Pará. Min. Relator: Eros Grau. Voto do Ministro Gilmar Mendes.

<sup>112</sup> BRASIL. STF. Mandado de Injunção nº 712/PA, Min. Relator: Eros Grau. Pará. Voto do Ministro Celso Melo.



Poder Judiciário do Estado do Pará, inclusive fazendo tabula rasa de disposição legal nela contida que expressamente veda tal hipótese”<sup>113</sup>.

Diante deste polêmico julgamento, um entendimento contrário à postura adotada pelo Supremo surge no sentido de que não pode ser aplicada a referida lei ao funcionário público, pois há um dispositivo que veda expressamente esta hipótese; porque, quando foi publicada em 1989, havia a exigência de Lei Complementar, não podendo ser tal lei aproveitada neste momento só por ter a exigência se modificado para Lei Ordinária; a Lei de Greve exige negociação para deflagração do movimento, o que, no serviço público, não é possível; e por não haver empregador no pólo contrário, levando prejuízo à sociedade e não ao patrão.

Por outro lado, uma posição favorável à solução dada pela Suprema Corta tem como argumento o fato de que, pelo texto constitucional atual, é possível a aplicação por analogia da lei em debate, pois só se exige lei ordinária, e não mais lei complementar, dentre todos os outros argumentos compatíveis com os expressos nos votos dos ministros.

A questão atualmente debatida, entretanto, versa sobre a efetiva fruição do direito a greve conferida aos servidores públicos, pois, como já exposto, aplica-se analogicamente a Lei de Greve, não obstante as peculiaridades existentes com relação ao serviço público.

Reportagem publicada na Folha de São Paulo, da autoria de Julianna Sofiafernando Nakagawada, demonstra que a decisão do STF na verdade restringiu o direito fundamental da categoria em deflagrar a greve, em virtude da Lei de Greve permitir o corte ao ponto.

Governo avalia que STF acabou com 90% das greves do funcionalismo.

Com a decisão do STF (Supremo Tribunal Federal) de estender ao funcionalismo a Lei de Greve do setor privado, acabou a pressa do governo federal em enviar um projeto para o Congresso para regulamentar o direito de greve no serviço público. A Folha apurou que, na avaliação do Executivo, a aplicação da lei no setor público acabará com 90% das greves, já que as regras autorizam o corte do ponto dos grevistas. Hoje, esse é o principal problema do governo ao lidar com as paralisações. Embora uma portaria do Ministério do Planejamento estabeleça o desconto dos dias parados, os próprios gestores boicotam a determinação. Nos raros casos em que isso não acontece, os sindicatos obtêm na Justiça decisões impedindo o corte do ponto, uma vez que não há previsão legal para isso. O STF determinou que a Lei de Greve seja aplicada ao setor público porque, passados quase dez anos da promulgação da Constituição, o governo não regulamentou o dispositivo que trata das paralisações no serviço público. A decisão vale até que uma lei seja aprovada dispondo sobre o assunto. No Palácio do Planalto, o entendimento é que a extensão da lei ao funcionalismo colocou o governo em uma situação "cômoda". Como as regras são duras, agora passará a ser interesse dos servidores "correr" com a regulamentação do direito de greve no funcionalismo. Até então, os sindicatos vinham se recusando a tratar do assunto e criticavam a proposta elaborada pelo Executivo. Na última versão do projeto, o governo não só estabeleceu o corte do ponto, como abriu a porta para a

---

<sup>113</sup> BRASIL.STF. Mandado de Injunção nº 712/PA, Min. Relator: Eros Grau.Pará. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

contratação de servidores temporários para substituir os grevistas. Além disso, está previsto que pelo menos 40% dos serviços essenciais deveriam ser mantidos em funcionamento. Para levar o projeto adiante, o governo precisaria superar não só a oposição dos servidores como administrar problemas internos. Vários ministros -entre eles Carlos Lupi (Trabalho) e Luiz Dulci (Secretário Geral)- vinham minando a proposta e defendiam ampliar os debates sobre o assunto. No Congresso, a própria base governista, principalmente o PT, tem restrição ao projeto. O ministro Paulo Bernardo (Planejamento) disse que a decisão do STF é muito positiva e terá aplicação imediata, assim que for publicada no "Diário Oficial". Ele já pediu à AGU (Advocacia Geral da União) um parecer orientando o ministério sobre a aplicação das regras. "Deveremos ter uma audiência com o presidente Lula para fazer uma avaliação conjunta do assunto", disse o ministro. Já o ministro Luiz Marinho (Previdência), mais sintonizado com o movimento sindical, afirma que os ministros do Supremo não resolveram a questão: "Não houve decisão sobre o direito de negociação coletiva", afirma Marinho. Os servidores querem que o governo ratifique uma convenção da Organização Internacional do Trabalho que trata da negociação coletiva no setor público. Ex-ministro do Trabalho, Marinho iniciou as discussões entre governo e centrais sindicais sobre greve no funcionalismo. A proposta que saiu das negociações foi reformulada pela AGU e pelo Planejamento. Marinho disse ontem que é favorável ao corte de ponto e defende urgência para fechar o projeto de regulamentação: "Hora parada é hora cortada", afirma<sup>114</sup>.

A restrição ao direito se deu, pois a lei 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos, prevê em seu artigo 44, I a possibilidade de corte a remuneração de um dia de trabalho do servidor em virtude de falta injustificada. Diante dessa previsão, entendeu-se que os servidores que aderissem as greves poderiam sofrer cortes ao ponto.

Todavia, ao contrário do alegado, não se pode confundir o exercício do direito de greve, um direito fundamental, com a falta injustificada, pois tal atitude configuraria uma punição pelo exercício da greve, interpretação esta que contraria os princípios constitucionais.

O STF deve buscar a prevalência da interpretação constitucional que priorize os direitos fundamentais, no sentido de viabilizá-los e não de obstá-los, não podendo a mora do legislador causar entraves ao exercício do direito de greve, através da imputação de faltas injustificadas aos grevistas.

Contudo, ainda que a decisão proferida pela corte constitucional brasileira tenha causado efeitos de certa forma prejudiciais, não há como negar a importância do precedente e a evolução jurisprudencial quanto a sua aplicação, pois, como leciona Vanice Regina Lírio do Valle:

Se o instituto não correspondeu – ainda - às expectativas, isso há de funcionar como um elemento de motivação, como um desafio intelectual, como de resto tem se dado

---

<sup>114</sup> NAKAGAWADA, Julianna Sofiafernando. Governo avalia que STF acabou com 90% das greves do funcionalismo. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 27 de out. de 2007. Disponível em: <http://supremoemdebate.blogspot.com/2007/10/governo-avalia-que-stf-acabou-com-90.html>. Acesso em 29 de out. de 2008 às 11:10h.

no âmbito do Supremo Tribunal Federal, para que se busquem novos caminhos emancipatórios<sup>115</sup>.

Sendo assim, não obstante a mudança necessária quanto à atribuição de efetividade ao instituto do Mandado de Injunção, o Supremo Tribunal Federal deve adotar com parcimônia a formulação de sentenças aditivas, pois, embora tenha poder de sanar a inefetividade da Constituição provocada pela inércia do legislativo, não pode pretender substituir-se ao debate político.

---

<sup>115</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *A Construção de uma Garantia Constitucional: A Compreensão da Suprema Corte Quanto ao Mandado de Injunção*, *Op.cit*, p. 98.

## 5 CONCLUSÃO

A omissão legislativa ao longo dos vinte anos de vigência da Constituição é alvo de constantes debates no intuito de conferir a carta constitucional sua efetividade máxima em respeito a sua supremacia, determinada pela mudança de paradigma no ordenamento jurídico, conferindo às normas constitucionais maior importância, sobrepondo-se as normas de direito privado.

A formulação de uma teoria de freios e contrapesos mitigou o princípio da separação dos poderes, conferindo maior elasticidade às funções de cada um dos três poderes do Estado, através da previsão de funções típicas e atípicas aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Em virtude disto, o constituinte previu a possibilidade do Poder Judiciário exercer controle sobre o Poder Legislativo através da instituição de um sistema de controle de constitucionalidade, no qual o judiciário poderá declarar a nulidade de uma norma que deixar de atender as disposições constitucionais ou declarar a inconstitucionalidade da mora em legislar, quando a Lei Maior reclamar a lei infraconstitucional não editada em tempo razoável.

No controle da omissão legislativa, previram-se dois institutos, o Mandado de Injunção, via controle difuso, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, para a realização do controle abstrato de iniciativa taxativa na constituição.

Os institutos possuem a finalidade de impedir a mora legislativa quando se tratasse de lei exigida pela norma constitucional, necessária a regulamentação de um direito assegurado na carta.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal permaneceu durante muitos anos com postura excessivamente conservadora, atribuindo ao controle de constitucionalidade da omissão legislativa efeitos destituídos de aplicabilidade fática, tal como o mero reconhecimento da mora e a ciência ao órgão omissor.

Todavia, o intenso debate doutrinário e acadêmico a respeito dos institutos ocasionou a formulação de uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cujo objetivo era conciliar o princípio da separação dos poderes e a concretude das normas constitucionais.

As doutrinas, alemã e italiana, foram grandes fontes de inspiração para a busca de solução, através da importação de técnicas de decisão, como a sentença aditiva e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

Com a internalização de tais teorias, o Supremo Tribunal Federal passou a conferir maior eficácia à decisão em sede de controle de constitucionalidade por omissão, culminando no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, no ano de 2007, nos quais aplicou-se analogicamente a norma editada para uma categoria à outra para garantir o exercício ao direito de greve aos funcionários públicos.

A decisão abriu portas para o debate jurisprudencial da nova visão a respeito da inconstitucionalidade por omissão e com relação ao ativismo judicial do STF e seus limites, entretanto, ainda há confusão quanto às duas ações previstas, a ADI por Omissão e o Mandado de Injunção, em especial quanto ao seu alcance, pois vem se conferindo efeitos *erga omnes* a ambos.

É certo que a jurisprudência do STF ainda terá muito que evoluir, em especial com relação ao maior debate com os titulares do direito para que se possa conferir de fato a eficácia pretendida, qual seja, a fruição desimpedida do direito obstado pela ausência de norma regulamentadora.

Porém, pode-se afirmar que ao permitir a utilização de uma espécie de sentença aditiva, contribuiu-se muito para a conferência de utilidade ao instituto do Mandado de Injunção e para a evolução da teoria da omissão inconstitucional, inaugurando uma fase de maior efetividade das normas constitucionais, ao permitir que o judiciário assumira papel mais ativo em relação aos outros poderes.

Foi possível concluir, portanto, que é possível sanar as omissões inconstitucionais, preservando-se a ordem jurídica constitucional, através da conciliação do ativismo do Supremo Tribunal Federal nesses casos, com o princípio da separação dos poderes consagrado pela carta constitucional, desde que seja observada a forma traçada na própria Lei maior, pois, assim como somente a Constituição pode conferir poderes, também será o único instrumento capaz de limitá-lo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANASTÁCIO, Rachel Bruno. **Mandado de Injunção: Em Busca da Efetividade da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2003.

BANCHET, Gustavo e MOTTA, Sylvio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Campus, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Mandado de Injunção: o que foi sem nunca ter sido uma proposta de reformulação**. Revista de Direito da Procuradoria da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 3, v. 2, p. 53-59, jan./jun./1998.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas Constitucionais - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Lex: Mini Código** organizado por Yussef Said Cahali. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.21/207.

BRASIL. Decreto-lei 4.657 de 4 de set. de 1942.. Lei de Introdução ao Código Civil. **Lex: Mini Código** organizado por Yussef Said Cahali. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. , p.225/228. .

BRASIL. Lei 9868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. . **Lex: Mini Código** organizado por Yussef Said Cahali. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. , p.1.388/1.392. .

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** n.3660/MS. Min. Relator:. Gilmar Mendes. Mato Grosso do Sul.Publicação: 09 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>

BRASIL; Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** n. 3.682/MT, Min Relator: Gilmar Mendes. Mato Grosso. Publicação: 6 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta De Inconstitucionalidade** n.3689 / PA. Pará. Min Relator : Eros Grau. Publicação: 29 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Mandado de Injunção** n.345 / SP. São Paulo Min. Relator: Octavio Galloti. Publicação 13 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>

BRASIL. STF. **Mandado de Injunção** n. 283-5/DF. Distrito Federal. Min. Relator: Celso de Mello. Publicação: 26 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>

BRASIL.STF. **Mandado de injunção** n.283/DF. Distrito Federal. Min. Relator: Sepúlveda Pertence. Publicação: 14 de novembro de 1991. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>

BRASIL. STF. **Mandado de Injunção** n.631/MS Mato Grosso do Sul. Min. Relator: Ilmar Galvão. Publicação: 02 de agosto de 2002. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>

BRASIL.STF. **Mandado de Injunção** n° 712/PA. Pará. Min. Relator: Eros Grau.

BRASIL. STF. **Mandado de Injunção** n.232/RJ. Rio de Janeiro. Min. Relator: Moreira Alves. Publicação: 27 de março de 1992. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>

BRASIL. STF. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade** n.267/DF. Distrito Federal. Min. Relator: Celso De Mello. Publicação: 19 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>

BRASIL. STF. **Questão de Ordem no Mandado de Injunção** n.107/DF. Distrito Federal. Min Relator: Moreira Alves. Publicação: 21 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (trad. João Baptista Machado). 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 1988.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre. **Constituição Brasileira Interpretada**. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2007

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **É o STF um tribunal Constitucional?** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 1, n. 3, jul/set. 2007, p. 75-92.

NAKAGAWADA, Julianna Sofiafernando. Governo avalia que STF acabou com 90% das greves do funcionalismo. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 27 de out. de 2007. Disponível em: <http://supremoemdebate.blogspot.com/2007/10/governo-avalia-que-stf-acabou-com-90.html>. Acesso em 29 de out. de 2008.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A Omissão Legislativa Inconstitucional E A Responsabilidade Do Estado Legislador**. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2007

SADEK, Maria Teresa Aina. Ativismo judiciário a pleno vapor. **O Estadão** . Suplemento “Aliás”, 1º de set. de 2008. Disponível em: [http://www.estadao.com.br/suplementos/not\\_sup233898,0.htm](http://www.estadao.com.br/suplementos/not_sup233898,0.htm). Acesso em 07 de out. de 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002



SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais. Uma reconstrução teórica a luz do princípio democrático**. In a Nova Interpretação Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **A Construção de uma Garantia Constitucional: Compreensão da Suprema Corte Quanto ao Mandado de Injunção**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Análise do Ativismo Judicial (ou jurisdicional) do Supremo Tribunal Federal. **Revista Veja**. 27 de agosto de 2008. Disponível, em: <http://supremoemdebate.blogspot.com/2008/08/anlise-sobre-o-ativismo-judicial-ou.html>. Acesso dia 27 de out. 2008.