

EFICÁCIA CONCRETISTA DAS DECISÕES DO STF EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

7

Possibilidade do Judiciário suprir as omissões do Estado

*Effectiveness of federal decisions of the Supreme Court
in action unconstitutionality by omission: possibility of the Judiciary
of the State recognize the omissions*

TAGORE TRAJANO DE ALMEIDA SILVA

Mestre e Doutorando em Direito Público da UFBA. Professor de Direito Ambiental e Constitucional do Centro Universitário Jorge Amado/Unijorge. *Visiting Scholar da Michigan State University (MSU/USA)*. Membro-fundador da Asociación Latinoamericana de Derecho Ambiental. Pesquisador Visitante da University of Science and Technology of China (USTC/China). Pesquisador do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direito Ambiental e Direito Animal – Nipeda/UFBA. Presidente do Instituto Abolicionista Animal – IAA.

VICTOR VENDRAMINI LANGERHORST

Advogado.

Recebido em: 08.02.2012
Aprovado em: 28.02.2012

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: O presente trabalho visa fazer uma reflexão sobre a jurisprudência atual do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Perpassando discussão sobre jurisprudência constitucional, força normativa da constituição, jurisdicionalização das demandas sociais, classificações doutrinária das normas constitucionais, síndrome da ineficácia das normas, além de traçar um paralelo com o mandado de injunção. Através de uma análise crítica busca-se, então, evidenciar os principais temas e teorias do paradigma constitucional atual.

PALAVRAS-CHAVE: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Inconstitucionalidade por omissão – Eficácia das normas – Corrente concretista.

ABSTRACT: This work brings to light a scientific reflection on the current jurisprudence of the Supreme Court in place of direct action of unconstitutionality by omission. Passing by discussion of constitutional jurisprudence and normative force of the constitution, jurisdictionalization social demands, classifications of doctrinal constitutional syndrome, ineffective standards, and draws a parallel with the injunction. Through a critical analysis to search an alternative to the current paradigm.

KEYWORDS: Direct action of unconstitutionality by omission, unconstitutionality by omission – Efficiency standards – Concretist theory.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Jurisdição constitucional: 2.1 Força normativa; 2.2 Jurisdicionalização das demandas sociais – 3. Classificação das normas constitucionais: 3.1 Classificação em *self-executing* e *not self-executing*; 3.2 Classificação de José Afonso da Silva; 3.3 Classificação de Luís Roberto Barroso; 3.4 Síndrome da ineficácia das normas constitucionais – 4. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão: 4.1 Conceito, objeto e origem; 4.2 Posição não concretista: 4.2.1 Posição concretista; 4.2.2 Posição concretista geral; 4.2.3 posição concretista individual; 4.3 O posicionamento do STF; 4.4 ADIn por omissão e princípio da separação dos Poderes; 4.5 ADIn por omissão e princípio da democracia; 4.6 ADIn por omissão e princípio da força normativa da Constituição – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O grande paradoxo da efetividade das normas constitucionais consiste em como dotar de eficácia os mecanismos de efetivação das mesmas, previstos em outras normas constitucionais. Vale dizer que o desafio à Constituição trata-se de transcender da abstração de dever ser para o mundo fático, influenciando a realidade.

A partir de breve análise de jurisdição constitucional, força normativa da Constituição, jurisdicionalização das demandas sociais, fenômeno da omissão constitucional e eficácia das normas constitucionais, busca-se estudar o instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e os efeitos de suas decisões, visando uma pesquisa crítica sobre os fatores determinantes do modelo de controle de constitucionalidade por omissão atual. Para tanto, deve-se fazer comparação da ação de inconstitucionalidade por omissão com a evolução jurisprudencial ocorrida no mandado de injunção, que passara da corrente

não concretista para a corrente concretista, tendo em vista que foram institutos historicamente iguais, no direito pátrio, que buscava a ineficácia de ambos. Muito embora sejam institutos substancialmente diferentes.

Desde logo, deve-se expor que o presente trabalho possui como hipótese básica o entendimento de que, a não adoção da posição concretista é o reflexo de uma exegese equivocada sobre os princípios da separação dos poderes e da democracia, pois a concretização da Constituição, por meio do controle abstrato via ação direta de inconstitucionalidade por omissão, trata-se do exercício de uma função atípica do Poder Judiciário, oriunda do sistema de freios e contrapesos, como meio de concretização dos ditames do Poder Constituinte Originário, para o aperfeiçoamento dos institutos democrático pátrios, em respeito ao princípio da força normativa da Constituição.

Com esse objetivo, o corpo do artigo foi dividido em três tópicos, primeiramente, a compreensão do que seja jurisdição constitucional, depois analisando a importância das classificações das normas constitucionais e, por fim, adentrando na seara da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Cada tópico possui subdivisões: em relação à jurisdição constitucional, faz-se relevante o estudo do que seja a teoria da força normativa e seus reflexos no processo de jurisdicionalização das demandas sociais; em relação à classificação das normas constitucionais, por razão de importância histórica, começa-se pela análise da classificação em *self-executing* e *not self-executing*, passando para classificação mais completa de José Afonso da Silva e, por último, levantando-se a crítica sobre síndrome da inefetividade das normas constitucionais; em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, inicia-se com o conceito, definição de seu objeto e trazendo sua origem, vencida essa etapa, parte-se para o estudo dos posicionamentos, começando com a posição não concretista, partido para a posição concretista que se subdivide-se em: posição concretista geral e posição concretista individual. No mesmo subtópico, será exposto o posicionamento do STF de forma cronológica, por fim serão analisados de forma crítica as seguintes relações entre: ADIn por omissão e princípio da separação dos poderes, ADIn por omissão e princípio da democracia, ADIn por omissão e princípio da força normativa da Constituição.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Compreende-se por jurisdição constitucional a função responsável pela remoção e solução de conflitos de natureza constitucional, enquanto a jurisdição ordinária cuidaria de todos os demais conflitos, ostentando uma natureza re-

sidual.¹ Assim, onde há defesa da Supremacia da Constituição, também existe jurisdição constitucional, independente do órgão que a realize.²

Enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade política-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. Portanto, o significado da Constituição depende da hermenêutica que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes da prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional.³

Kelsen justifica a existência de um tribunal constitucional ao afirma que, embora seja uma grande tentação confiar a anulação dos atos irregulares ao próprio órgão os produziu, seria ingenuidade política contar com o Poder Legislativo (ou Poder Executivo) para anular uma lei votada por ele próprio. Dessa forma, não é com o Parlamento que se pode contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele, e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.⁴

Isso decorre do fato de a Constituição não ser unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de irregularidade de procedimento de elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formuladas na Constituição, quando exceder os limites estabelecidos por essa.⁵

A supremacia constitucional possui gênese no próprio Poder Constituinte, do ponto de vista dogmático. A partir dessa premissa, a Constituição, como norma fundamental e pressuposto de validade de todo o ordenamento jurídi-

-
1. Crítica tal divisão, Lenio Luiz Streck, nos seguintes termos: “Essa separação metafísica denuncia, em certa medida, o modelo frágil de jurisdição constitucional que praticamos no Brasil, o que inexoravelmente redundará em um conceito frágil acerca da Constituição, fenômeno que não é de difícil de constatar a partir de uma análise acerca do grau de (in)efetividade do texto constitucional em vigor” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 28).
 2. CUNHA JR., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 375-376.
 3. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 27.
 4. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 150.
 5. Idem, p. 132.

co, possuiria como embasamento Poder distinto dos poderes que institui. Isso ocorre com o surgimento do pensamento *moderno*, que é construído a partir da separação do *poder constituinte* dos *poderes constituídos*, assegurando-se primazia hierárquica ao primeiro.⁶ O caso *Marbury vs. Madison*⁷ teve a primeira decisão, na qual a Suprema Corte norte-americana afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação à lei interpretada como inconstitucional; para tanto, Marshall desenvolveu o argumento acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria.⁸

A ideia de inconstitucionalidade, portanto, decorre da hierarquia das normas jurídicas, em vista disso as normas inferiores haurem seu fundamento de validade nas normas superiores. Como na ordem jurídica interna a Constituição é a norma jurídica suprema, a matriz de todas as outras manifestações normativas do Estado, qualquer norma que a venha diretamente contrariar é tida como inconstitucional, expondo-se à invalidação.⁹ Esse pensamento é esboçado no âmbito da filosofia do Direito por Hans Kelsen, ao estabelecer que o fundamento de validade de uma norma só poderia ser outra norma hierarquicamente superior, que teria como fundamento último norma *pressuposta*, visto que não pode ser posta por autoridade, que teria que deter competência estabelecida por norma mais elevada. Essa norma foi denominada como norma fundamental (*Grundnorm*), pelo positivista austríaco.¹⁰⁻¹¹

6. NEVES, André Luiz Batista. *Introdução ao controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 16.

7. Embora tenha sido o caso historicamente mais importante, em vista da política envolvidas (o ex-presidente, John Adams, contra o novo presidente, Thomas Jefferson), não foi o primeiro sobre esse assunto, como bem pontua Luís Roberto Barroso (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27-28): “de fato, havia precedente identificáveis em períodos iversos da história, desde a Antiguidade, e mesmo no Estados Unidos o argumento já havia sido deduzido no período colonial, com base no direito inglês, ou em cortes federais inferiores e estaduais. Além disso, no plano teórico, Alexander Hamilton, no *Federalista* n. 78, havia exposto analiticamente a tese, em 1788. Nada obstante, foi com *Marbury vs. Madison* que ela ganhou o mundo e enfrentou com êxito resistências políticas e doutrinárias de matizes diversos”.

8. BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 27.

9. CUNHA JR., Dirley da. *Op. cit.*, p. 113.

10. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 215-239.

11. Nesse diapasão, pode-se afirmar que a concepção de validade de Kelsen é sintática: a norma é um signo, meio para outro signo, e a relação signo/signo, norma/norma, é uma

A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por o seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como particular do geral – normas de conduta através de uma operação lógica.¹² De forma mais clara, essa norma base não é positivamente verificável, visto que não é *posta* por outro poder superior qualquer, mas sim *suposta* pelos juristas para poder compreender o ordenamento, dessa forma, trata-se de uma *hipótese* ou um *postulado* ou um *pressuposto* do qual se parte no estudo do direito.¹³

A norma fundamental (*Grundnorm*), em tempos hodiernos, principalmente no ordenamento pátrio, deve ser tida como a Constituição Federal, mesmo posta e não pressuposta, criando, a partir dela, a ideia piramidal¹⁴ do ordenamento jurídico. Ou seja, o conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria eleva-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta.¹⁵

Outrossim, a doutrina traz outros pressupostos para a existência do controle de constitucionalidade, além da supremacia da Constituição: a existência de uma Constituição formal, a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental e a instituição de, pelo menos, um órgão com competência para o exercício dessa atividade de controle.¹⁶⁻¹⁷

relação de validade. Assim, identificar a validade de uma norma significa, pois, verificar sua relação de subordinação em face de outra norma. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

12. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 221.
13. Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 201.
14. Em que pese imperar o pós-positivismo na filosofia do Direito atual, não se deve olvidar que o controle de constitucionalidade baseia-se, em seu sistema de compatibilidade vertical, no positivismo kelseniano, mas com fulcro na completude desse trabalho, faz mister a ressalva de Tercio Sampaio Ferraz Junior (op. cit., p. 185): "(...) a posição pragmática é de que o sistema do ordenamento, não se reduzindo a uma (única) unidade hierárquica, não tem estrutura de pirâmide, mas estrutura circular de competência referidas mutuamente, dotada de coesão".
15. Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 279.
16. Cunha Jr., Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 37.
17. Por último, deve se fazer a ressalva que, jurisdição constitucional não se confunde com controle de constitucionalidade, trata-se de relação de gênero e espécie. Assim

A compreensão da Constituição como norma jurídica dotada de supremacia decorre da ideia de força normativa do texto constitucional, idealizada principalmente por Konrad Hesse, que será analisado no tópico subsequente.

2.1 Força normativa

A grande mudança paradigmática ocorreu ao longo do século XX, quando foi atribuída a norma constitucional o *status* de norma jurídica. Superou-se, dessa forma, o modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.¹⁸

Nesse diapasão, a Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.¹⁹

Para tanto é necessário que a Constituição converter-se-á em força ativa fazendo-se presente na consciência geral – particularmente, nas consciências dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*).²⁰ Ressalte-se que a pretensão de eficácia, posta numa Constituição,

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 para atribuição de sentido a norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade, essa última hipótese é o controle de constitucionalidade, é, portanto, uma forma de exercício da jurisdição constitucional. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 25.

18. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262.

19. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991. Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*, p. 15.

20. *Idem*, p. 19.

possui como fatores limitadores as condições fáticas e históricas que demarcam o contexto que se dirige a sua ordenação, numa relação interdependente.²¹⁻²²

Conclui Konrad Hesse sobre a indagação de se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.²³ Pois a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política, assim o cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos.²⁴

Já que, conforme o caráter estrutural das normas constitucionais são as vigas mestras para a organização do Estado e da sociedade, assim a Constituição não é lugar do miúdo, do conjuntural, do efêmero, do acessório e do irrelevante. Adversamente, é sede natural do permanente, do importante, do principal e do respeitante a estrutura.²⁵

Todo movimento teórico surge embasado de circunstâncias/necessidades fáticas que lhe permite emergir, não poderia ser diferente em relação à força normativa da Constituição, que teve como gênese a jurisdicionalização das demandas sociais, estudadas a seguir.

2.2 Jurisdicionalização das demandas sociais

Não se deve olvidar que, no constitucionalismo liberal, a omissão dos poderes públicos era a melhor garantia de respeito à esfera individual do cida-

21. DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 257.

22. Dessa forma, a força normativa da Constituição é o resultado da realização da pretensão de eficácia, remetendo à apreciação das possibilidades e dos limites da realização da Constituição no âmbito do contexto fático-político que lhe é inerente. Idem, *ibidem*.

23. HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 19.

24. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997. Título original: *Die offene Gesellschaft DER Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation*, p. 23.

25. MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. vol. 1, p. 386.

dão. Porém, essa concepção perde todo o sentido quando o Estado, já sobre as vestes do Estado do Bem-Estar Social, assume, jurídica e politicamente, a responsabilidade de assegurar um grau ótimo na realização das necessidades sociais, de tal modo que a intervenção dos poderes públicos representa, nesse novo paradigma de Estado, uma condição indispensável à efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo, os sociais ou de segunda dimensão, contra os quais a omissão dos poderes apresenta-se como uma das mais odiosas formas de violação da supremacia da Constituição.²⁶

Dessa forma, faz-se mister distinguir os tipos de inconstitucionalidade, primeiramente a inconstitucionalidade por ação é, indubitavelmente, a mais perceptível, tratando-se de uma conduta comissiva, por meio de ato normativo administrativo ou legislativo contrário à Constituição, ou seja, é uma perfeita relação de causalidade.²⁷

Ao seu turno, a inconstitucionalidade por omissão trata-se de um dos temas mais polêmicos do Direito Constitucional, isso graças ao desenvolvimento relativamente recente da Teoria da Omissão Inconstitucional, que inicialmente foi tida como uma excentricidade da Lei Fundamental de Bonn.²⁸

Destaca-se que, em 1911, ressaltava Kelsen que a configuração de um dever do Estado de editar determinada lei se afigurava inadmissível. Anteriormente, reconhecera Georg Jellinek que a impossibilidade de formular pretensão em face do legislador constituía *communis opinis*. Sob o império da Constituição de Weimar (1919) negava-se, igualmente, a possibilidade de se formular qualquer pretensão contra o legislador.²⁹

Outrossim, como marco inicial da relevância da inconstitucionalidade por omissão foi o término da Segunda Grande Guerra, com a qual um novo estágio de configurou. Aquelas prescrições, quanto ao agir do Estado, que se revestiam do caráter de compromissos políticos, sujeitos aos controles políticos previstos para a organização democrática do exercício do poder (máxime mediante o processo eleitoral e organização partidária), passaram a ser vistas, também,

26. CUNHA JR., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público* cit., p. 114.

27. Dessa forma, trata-se de um fazer, um ato positivo, que cria algo contrário aos preceitos constitucionais (inconstitucionalidade material), ou é o gerar em divergência ao processo legislativo estabelecido no texto constitucional (inconstitucionalidade formal).

28. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1186.

29. Idem, *ibidem*.

como deveres jurídicos fundamentadores de direito público subjetivos, de igual alcance (conquanto natureza diversa) dos direitos públicos subjetivos tradicionais. E aqui, por consequência, esboçou-se, também, a inconstitucionalidade *nova*, a denominada *inconstitucionalidade por omissão*.³⁰⁻³¹

Pode-se afirmar que, a Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático de *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade*, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada *omissão do legislador*.³² Tornando a tradicional técnica da declaração da nulidade ou cassação, desenvolvida pela Corte Constitucional alemã, fundamentalmente inepta para solver os problemas decorrentes da chamada omissão inconstitucional, nos casos de se identificar um imediato dever constitucional de legislar (*Verfassungsauftrag*).³³

Para entender esse *silêncio legislativo* a conceituação não deve originar-se de forma naturalística, no sentido de algo que produz modificações no mundo externo, mas como um fenômeno jurídico. Para tanto, o agente omissor deverá estar juridicamente obrigado a realizar um fazer, oportunidade na qual, permanece inerte. Dessa forma, a omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conectar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para fundamento a uma omissão inconstitucional.³⁴

Deve-se levar em consideração a ponderação sobre o lapso temporal, já que a ausência ou insuficiência da norma legal não pode ser separada de determinado tempo histórico, assinalado pela necessidade de produção legislativa e cuja duração, maior ou menor, ou será pré-fixada – muito raramente – pela

30. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 87.

31. Dessa forma, o marco histórico do novo direito constitucional, como já dito, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália; para o Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ajudou a protagonizar. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo...* cit., p. 245.

32. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1377.

33. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentário à Lei 9.868, de 10.11.1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 551.

34. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1021.

Constituição ou dependente da natureza das coisas (ou seja, da natureza da norma não constitucional não exequível por si mesma confrontada com as situações da vida, inclusive a situação que, à sua margem, esteja, por ação, o legislador ordinário a criar).³⁵

Visto o posto, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, em vista do caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção de *força normativa* da Constituição, fundamente um sensível deslocamento, por vezes, do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional, em vista da inércia daqueles. Graças ao surgimento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado poder/tensão passou para o Poder Executivo, assim no Estado Democrático de Direito há (ou devia haver) uma modificação desse perfil. Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização de mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.³⁶

Nessa oportunidade, faz-se mister estudar a classificações das normas constitucionais, proposta pela doutrina, para identificar, qual a espécie normativa que pode sofrer da síndrome da ineficácia, ou seja, requerem complementação legislativa *a posteriori* para lhe prover de efetividade no mundo dos fatos.

3. CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

3.1 *Classificação em self-executing e not self-executing*

A classificação das normas constitucionais em *self-executing* (autoaplicável) e *not self-executing* (não autoaplicável), possui como origem a doutrina e jurisprudência norte americana, em vista das diversas formas com que a Constituição substancia os elementos que determinam a aptidão para produzir efeitos imediatos ou não dos seus dispositivos normativos.

Essa classificação teve como principal pensador Thomas M. Cooley, o qual a conceitua do seguinte modo:

“Pode-se dizer que uma norma constitucional é autoexecutável, quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar direito outorgado, ou executar o dever imposto; e que não é aplicável, quando mera-

35. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, Constituição e inconstitucionalidade*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. t. II, p. 521.

36. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 32.

mente indica princípios, em estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei.”³⁷

Ante o exposto, embora a classificação *sub examine* tenha contribuído de forma grandiosa ao desenvolvimento da compreensão da aplicação das normas constitucionais, alcançando indelével espaço histórico e inegável que se encontra defasada, em dissonância com a verdade dos fatos. Pois, a doutrina norte-americana não fornece uma visão ordenada e científica dos vários efeitos jurídicos das normas programáticas, característica marcante das Constituições modernas.³⁸ Em vista disso, encontra-se superada, entre as diversas classificações propostas pela doutrina, entre as quais, a idealizada por José Afonso da Silva possui maior aceitação, que será desenvolvida no tópico subsequente.

3.2 Classificação de José Afonso da Silva

Prima facie, o referido autor discorda da classificação norte-americana em sua premissa inicial e fundamental, afirma que, não há norma constitucional alguma destituída eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, impondo sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta a plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.³⁹

Em vista disso, baseando-se na doutrina e jurisprudência italianas, José Afonso da Silva propõe a classificação tríplice, no seguinte molde: I – normas constitucionais de eficácia plena; II – normas constitucionais de eficácia contida; III – normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Essa última subdivide-se em declaratórias de princípios institucionais ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos.

As normas de eficácia plena outorgam imediatamente, sem necessidade de qualquer regramento ulterior, tanto o desfrute imediato e positivo de certos benefícios, quanto à possibilidade de exigi-los, se acaso forem negados.⁴⁰

37. COOLEY, Thomas M. apud SILVA, José Afonso da. *Aplicação das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 74.

38. CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 157.

39. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 81.

40. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010.

Normas de eficácia contida, por sua vez, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.⁴¹⁻⁴²

As normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses (refere-se aos interesses que o constituinte quis dar expressão normativa) após a normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, normas integrativas, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não essenciais, ou, melhor não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionados.⁴³

Como dito anteriormente, as normas constitucionais de eficácia limitada divide-se em: declaratórias de princípios institucionais ou organizativos e declaratórios de princípios programáticos.

As normas constitucionais de princípios institucionais ou organizativos aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuição de órgãos, entidades ou institutos para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei.⁴⁴⁻⁴⁵

Vale ressaltar que, essa espécie normativa subdivide-se em: impositivas e facultativas. A primeira impõe ao legislador em termos peremptórios sua tarefa típica de legislar, e a segunda, apenas lhe forme-se a possibilidade de regulamentar a situação, não podendo, o legislador, sequer censurado moral ou politicamente se não a tomar, até porque, nesse caso, sequer cabe declaração de inconstitucionalidade por omissão. Fica, porém, vinculado ao texto constitucional se resolver disciplinar os interesses ou instituições consignados à sua discricção.⁴⁶

41. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 116.

42. Tal previsão decorre de lei integradora conceitos de genéricos etc. que lhe podem reduzir a eficácia. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 239.

43. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 83.

44. *Idem*, p. 126.

45. Ou seja, dependem de lei para dar corpo a instituições, pessoas órgãos, previstas na norma constitucional. TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 25.

46. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 134.

As normas constitucionais de princípios programáticos são fruto do rompimento das teorias constitucionais do liberal para o social, como notório, nesse momento o Estado tão somente promover os direitos fundamentais de primeira dimensão, ou seja, os mandamentos que lhe impõe a inércia em detrimento da liberdade individual do cidadão, para um papel central na sociedade, onde exerce a função de promover os direitos fundamentais de segunda dimensão, compreendidos como a saúde, educação entre outro. Essas normas trazem princípios norteadores na gestão das funções estatais, mas palavras de José Afonso da Silva:

“Muitas normas são trazidas no texto supremo apenas em princípios, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as normas constitucionais de princípios programáticos.”⁴⁷

Mais claramente, são as que estabelecem um programa constitucional a ser desenvolvido mediante legislação integrativa da vontade do constituinte.⁴⁸ Muito embora sejam normas voltadas para o futuro desenvolvimento dos fins do Estado, possuem imperatividade regulando condutas de sujeitos públicos e privados, além de gerar a inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais que lhe sejam contrárias.

Vale consignar que, mesmo tendo a classificação de José Afonso da Silva contribuído de forma extraordinária para a doutrina nacional, sua tese não termina a esvai o assunto por completo, pois até certo ponto, tem servido de fundamento para legitimar a síndrome da ineficácia das normas constitucionais.

3.3 *Classificação de Luís Roberto Barroso*

Primeiramente, ao propor essa classificação, não possuiu como pretensão o referido autor a substituição das classificações já existentes, advertindo que, em verdade, não se trata da criação de novas categorias, mas da ordenação das já existentes na teoria das normas jurídicas, articulando-as em função do conteúdo e finalidade predominantes.⁴⁹

A referida classificação é tríplice com as seguintes denominações: Normas Constitucionais de Organização; Normas Constitucionais Definidoras de Direito; e Normas Constitucionais Programáticas.

47. Idem, p. 136.

48. TEMER, Michel. Op. cit., p. 25.

49. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 89.

As Normas Constitucionais de Organização comportam uma certa variedade de conteúdos, quando estabelecem o Estatuto da Organização do Estado, partilham atribuições, criam órgãos e disciplinam a aplicação de outras normas.⁵⁰

Por sua vez, as Normas Constitucionais Definidoras de Direito são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo os jurisdicionados no poder de exigir do Estado, ou de eventual destinatário da norma, prestação positiva ou negativa, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados.⁵¹

Por fim, a terceira classificação compõe-se das Normas Constitucionais Programáticas, identificável por traçarem fins públicos a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, sem especificar, no entanto, as condutas a serem seguidas para o atingimento do fim colimado.⁵²

3.4 Síndrome da ineficácia das normas constitucionais

Superando-se a etapa de compreensão das diversas formas que a doutrina classifica as normas constitucionais. Faz-se mister, nesse trecho, a ressalva que, as normas de eficácia limitada, na classificação de José Afonso da Silva ou as normas de constitucionais de definidoras de direito e programáticas, na classificação de Luís Roberto Barroso, são as normas que sofrem dos males da síndrome de ineficácia das normas constitucionais, quando não complementadas pela legislador ordinário.

Visto isso, percebe-se que a ineficácia das normativas resulta da inaplicação das normas jurídica em razão, exclusivamente lógica, da carência de elementos próprios às regras jurídicas em geral. É curioso notar que este fenômeno foi tão pouco reconhecido pelos primeiros estudiosos do direito constitucional que a ineficácia foi transformada em regra.⁵³

Antecipou-se o Constituinte pátrio em criar mecanismos para combater tal anomalia jurídica, são esses o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, institutos esses que possuem como intuito sanar as omissões do poder público, pois, como demonstrado acima, somente essas carecem de complementação legislativa para produzirem plenamente seus efeitos. Pois hoje não se admite que a ineficácia seja o timbre da Constituição.⁵⁴

50. Idem, p. 93.

51. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição* cit., p. 244.

52. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas* cit., p. 113.

53. MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, p. 390.

54. Idem, p. 391.

4. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

4.1 Conceito, objeto e origem

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão⁵⁵ é o instituto jurídico criado pelo Poder Constituinte Originário para sanar, em sede de controle de constitucionalidade abstrato e com eficácia *erga omnes*, a ausência de norma infraconstitucional suplementar de dispositivo constitucional de eficácia limitada ou restrita. Ou seja, trata-se de mecanismo de defesa abstrata da constituição que se destina a combater a inércia legislativa.⁵⁶

Não se deve olvidar que, a Constituição Federal de 1988, sob influência da Constituição portuguesa de 1976, criou a ação de inconstitucionalidade para resolver, em sede abstrata, o grave problema da inatividade do poder público, o que se reconduz a solucionar, em última instância, a própria inação dos órgãos estatais que ameaça comprometer a efetividade da Constituição.⁵⁷ A finalidade última é colmatar todas as lacunas inconstitucionais, para que, algum dia, todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena e possam irradiar, com sua máxima eficácia, efeitos normativos.⁵⁸

Guarda semelhança, principalmente ideológica, com o mandado de injunção.⁵⁹ O mandado de injunção, consoante sua clara definição constitu-

55. Art. 103, § 2.º, da CF: “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”.

56. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331.

57. CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional* cit., p. 386.

58. PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 113.

59. Esse, por sua vez, criou controvérsias sobre sua origem, na doutrina pátria, parte dela afirma ter o mandado de injunção origem no direito norte-americano de um instituto denominado *injunction*, que pode ser usado de forma negativa, impedindo que servidor público execute-se lei inconstitucional, e de forma positiva, pelo qual o funcionário é notificado, não a abster-se da aplicação da lei e sim a executar um ato em proveito de um particular. RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Remédios constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, ação popular/ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, petição e certidão, inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: WVC – Gestão Inteligente Ltda., 1998. p. 39-40. Porém a maior parte da doutrina afirma tratar-se de instituto novo sem similitude no Direito Comparado. OLIVEIRA, Francisco Antônio. *Mandado de injunção (da inconstitucionalidade por omissão)*. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 143.

cional,⁶⁰ constitui ação especial de controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do poder público, quando a inércia estatal inviabiliza o desfrute de algum direito fundamental,⁶¹ principalmente as prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.⁶²

Conforme o exposto, pode-se identificar um binômio *conditio sine qua non* poder-se-ia caracterizar a existência de omissão sanável pelo mandado de injunção, (a) a existência de um direito constitucional, relacionado às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou à cidadania; e (b) a falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique a fruição deste direito. Ausente um dos dois pressupostos, o caso não será de mandado de injunção.⁶³

Outrossim, afirma Gilmar Mendes que a diferença fundamental entre os dois institutos reside no fato de que, no enquanto o mandado de injunção destina-se à proteção de direito subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico.⁶⁴

Dessa forma, cabe analisar as possibilidades dos dois institutos em conjunto e de suas situações presentes na jurisprudência da Suprema Corte, por questões didáticas, as correntes serão denominadas conforme idealizado por Alexandre de Morais.

4.2 Posição não concretista

Posição que implica limitação do mandado de injunção e da ADIn por omissão apenas como instrumentos de notificação do Poder indevidamente inerte. Ou seja, o órgão julgador apenas e tão somente declararia a existência

60. “Art. 5.º (...)

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.”

61. CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional* cit., p. 767.

62. É necessário apenas fazer a ressalva que essa soberania vincula-se, por obvio, a soberania popular positivado no art. 14 da Carta Magna.

63. MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 325.

64. MENDES, Gilmar Ferreira. *A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restrito ou limitativo no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 425.

da mora legislativa, e dando ciência a esse de sua própria inércia, produzindo, assim, uma sentença de natureza *meramente declaratória*.⁶⁵

De acordo com que foi posto, é de cognição clara a falta de contemporaneidade desse entendimento, no qual nega total eficácia à norma constitucional, estando em sentido oposto a qualquer movimento concretista da Constituição, inviabilizando o pleno funcionamento das instituições democráticas que dela emanam. Apenas servindo como embasamento teórico para a proliferação do descaso do Poder Legislativo, com as questões mais nobres presentes na Constituição.⁶⁶

4.2.1 *Posição concretista*

Pela *posição concretista*, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção e ADIn por omissão, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente.⁶⁷ Possuindo como premissas a efetividade das normas constitucionais e a concretização do princípio do acesso à Justiça.⁶⁸

Essa posição subdivide-se em: concretista geral ou individual. As quais serão abordadas nos tópicos seguintes.

4.2.2 *Posição concretista geral*

Conforme essa teoria, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente.⁶⁹ Dessa

65. MAZZEI, Rodrigo Reis. *Ações constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 228.

66. Nesse diapasão, Luís Roberto Barroso afirmava que, nesse quadro, o mandado de injunção torna-se uma complexidade desnecessária. Esse entendimento também pode se estender para a ADIn por omissão. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição* cit., p. 262.

67. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 179.

68. DONIZETTI, Elpidio. *Ações constitucionais: mandado de segurança; mandado de injunção, ações de controle de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC, ADPF); ação civil pública; ação popular; reclamação constitucional; ação de improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 124.

69. MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 179.

forma, pode-se afirmar que se trata de sentença com caráter *constitutivo erga omnes*, no qual seus efeitos escapam à regulamentação do caso concreto.⁷⁰

Interessante ressaltar, ainda, a extensão possível dos efeitos advindos de decisão em mandado de injunção e na ADIn por omissão. O que se evidencia é a possibilidade de as decisões deles surtirem efeitos não somente em razão do interesse jurídico de seus impetrantes, estendendo também seus efeitos normativos para os demais casos que guardem similitude.⁷¹

Em face da importância dessa corrente, como será visto adiante, é interessante nesse ponto, trazer as cristalinas palavras de Elpídio Donizetti, ao afirmar que:

“Pela posição *concretista geral*, a decisão proferida em sede de mandado de injunção além de permitir o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa concedida pela norma constitucional, alcança efeitos gerais (*erga omnes*). Assim, o Poder Judiciário expediria uma normatividade geral, a qual ultrapassaria a figura do impetrante para alcançar todos os que estiverem em situação equivalente.”⁷²

4.2.3 Posição *concretista individual*

Nessa corrente a ação *sub examine* deverá possuir decisão de mérito com natureza constitutiva *inter partes*, favorecendo tão somente o autor da ação, em vista dos efeitos inflexivelmente *erga omnes*, e do fato do controle de constitucionalidade concentrado não possuir partes, essa corrente só é capaz de ser aplicada no mandado de injunção. Os defensores dessa teoria afirmam que, caso aplica-se efeitos *erga omnes*, a Justiça estaria legislado pelo Congresso Nacional, evento vedado por ter a Constituição mantido a independência dos Poderes⁷³ Essa posição subdivide-se em duas formas de concretização:

Pela primeira, *concretista individual direta*, o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente a o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor.⁷⁴ Em face da função do Poder Judiciário, no mandado de injunção, de a resolução da omissão constitucional apresentada

70. MAZZEI, Rodrigo Reis. Op. cit., p. 224.

71. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1397.

72. DONIZETTI, Elpídio. Op. cit., p. 125.

73. OLIVEIRA, Francisco Antônio. Op. cit., p. 147.

74. MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 182.

no ao caso concreto. Assim o órgão judicial não estaria legislando, mas resolvendo um litígio concreto individual, sem efeitos *erga omnes*,⁷⁵ visto que ao juiz natural da causa é atribuído o poder-dever de integrar a ordem jurídica, produzindo para o caso concreto sujeito à sua jurisdição a regra faltante.⁷⁶⁻⁷⁷

Pela segunda, *concretista individual intermediária*, posição idealizada pelo Min. Néri da Silveira, após julgar a procedência do mandado de injunção, fixa ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora. Ao término desse prazo, se a inércia permanecer, o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor.⁷⁸

4.3 O posicionamento do STF

Igualando os dois institutos, historicamente dominou, na jurisprudência do STF, a posição Não Concretista, emitindo tão somente decisões meramente declaratórias que, objetivavam cientificar o Poder Legislativo da mora em seu dever.⁷⁹

No caso específico da ADIn por omissão, a Suprema Corte limitou-se a exegese literal do texto da Carta Magna, dessa forma, em relação ao órgão administrativo omissor, o STF lhe dará ciência para adoção de providências necessárias em 30 dias ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo STF, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o inte-

75. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Remédios constitucionais*. São Paulo: Manole, 2004. p. 276.

76. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição* cit., p. 260.

77. Também vale pontuar, posicionamento dentro dessa corrente José Joaquim Calmon de Passos, que prega por um controle do STF nas concretizações dos Juízes de menor hierarquia funcional. Dessa forma, o Supremo “supre” a falta de norma, para a inconstitucionalidade por omissão, e, suprida a falta, o juiz competente, no caso concreto, na lide em que a questão se consubstanciou, aplica aos fatos (que já verificou) o direito que incidiu, inclusive o preceito constitucional. Com o alcance definido pelo STF CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Op. cit.

78. Como pode ser exemplificado pela ementa do MI 488/RS, julgado em 05.09.1994 e possuiu como relator o Min. Marco Aurélio: Ementa: “Mandado de injunção. Exclusão do INSS da relação processual. Falta de regulamentação do inc. V do art. 203 da CF. Mora do Congresso Nacional. Deferimento, em parte, do mandado de injunção, para reconhecer a mora do Congresso Nacional, dando-se a este ciência para que seja regulamentado o inc. V do art. 203 da CF”.

79. MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 182.

resse público envolvido, permitindo-se assim, futura responsabilização do Poder Público administrativo, caso a omissão permaneça. Por seu turno, nesse entendimento, em relação ao Poder Legislativo, deveria dar ciência ao Poder Legislativo tendo esse a oportunidade e conveniência de legislar, no exercício de função que lhe é precípua.⁸⁰ Pois, caso contrário, entende parte da doutrina, que estaria o STF atuando como legislador positivo,⁸¹ o que é vedado pela própria Constituição.⁸²

Tal posicionamento revela-se como grave violação ao princípio da força normativa da Constituição, que será análise em tópico *a posteriori*. Em vista que, a partir da simples interpretação literal e isolada daquele preceito constitucional não há como realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte, já que nada garante que o poder público omissor, comunicado da decisão, irá suprir a sua omissão. Nesse caso, conclui-se que a garantia da efetividade da Constituição continuará sem garantia.⁸³

Nesse diapasão, não haveria nenhuma utilidade existiria nesse instituto, Luís Roberto Barroso confirma que no aspecto objetivo, em nada modifica o ordenamento jurídico a procedência da ADIn por Omissão, no posicionamento adotado, mas faz ressalvas que, ângulo subjetivo, os efeitos se produzem em relação a todos e com caráter vinculante. Isso significa que, em um processo no qual uma das partes invoque como argumento ou como fundamento do pedido o fato de existir omissão inconstitucional na matéria, declarada pelo STF, não poderá o órgão jurisdicional trabalhar sobre premissa diversa. Quanto aos efeitos temporais, como assinalado, não há analogia precisa com os da declaração de inconstitucionalidade por ação, que como regra ao momento de ingresso do ato no mundo jurídico. No caso de omissão, é preciso aguardar um período ra-

80. *Idem*, p. 777.

81. Por razão de pretensão de completude do presente trabalho, consigna-se aqui o entendimento de legislador negativo, para Hans Kelsen, na obra *Jurisdição constitucional* cit., p. 152-153): “(...) poder-se-ia interpretar a anulação das leis por um tribunal tanto como uma repartição do poder legislativo entre dois órgãos, quanto como uma intromissão no poder legislativo”, adotando-se a primeira hipótese, conclui que, “enquanto o legislador só esta preso à Constituição no que concerne a procedimentos – e, de forma excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas a princípios e diretrizes gerais –, a atividade de legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição”.

82. DONIZETTI, Elpídio. *Op. cit.*, p. 163.

83. CUNHA JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática* cit., p. 35.

zoável para sua caracterização.⁸⁴ Esse posicionamento levanta diversas críticas na doutrina pátria.⁸⁵

Esse entendimento poderia se aplicado conforme leciona Walber da Moura Agra, deveria ser estipulado um determinado lapso temporal para que o poder ou órgão omissor regulamentasse a situação. Findo esse prazo, provisoriamente, deveria o STF regulamentar a situação para permitir o exercício do direito na Constituição.⁸⁶

Explicando esse entendimento, Flávia Piovesan afirma que, no esforço de conciliar o princípio da prevalência da Constituição com o princípio da separação dos poderes, na medida em que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, é oferecido prazo razoável para o legislador adotar as providências cabíveis. Somente na hipótese de não suprimento da omissão é que poderia o STF, se for o caso, expedir decisão normativa provisória, a fim de tornar viável o preceito constitucional. Essa posição seria consonante com o sistema constitucional, bastando apenas uma reflexão sobre o art. 62 da CF,⁸⁷ na qual permite ao Presidente da República produzir medida provisória com força de lei, manifestação clara de uma função atípica.⁸⁸

84. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 270.

85. Como exemplifica Uadi Lammêgo Bulos ao afirmar que o indispensável seria que norma constitucional expressa dotasse a sentença que reconhece a inércia legiferante de eficácia normativa. Assim, enquanto perdurasse a omissão, total ou parcial, o Judiciário disciplinaria, *pro tempore*, a matéria. Não se trata de transformar os Ministros do Supremo em legisladores. É uma questão de bom senso: evita-se que um direito inalienável, algo imprescindível à vida humana, que esteja dependendo de lei, a qual não se sabe quando virá, não pereça pelo descaso ou desinteresse daqueles que têm o dever de legislar, mas não o fazem, seja qual for o motivo ou justificativa. BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 331.

86. AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 105.

87. “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.
(...)”

§ 3.º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7.º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.”

88. PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 127.

Porém, em face de uma mutação constitucional⁸⁹ gerada pela mudança de composição da Suprema Corte, tal entendimento deve-se ser compreendido como de acordo com a constituição, primeiramente em sede de mandado de injunção, em vista dos princípios da democracia e da separação dos poderes que serem a seguir abordados, Mas também em vista da eficácia imediata dos direitos fundamentais, mandamento positivado no art. 5.º, § 1.º, da Lei Máxima, que não será aprofundado por não fazer parte do objetivo desse trabalho.

O primeiro passo ocorrera em 30.08.2007, no julgamento no MI 721/DF, com a modificação da composição do Plenário, a Corte Suprema fez emergir novo paradigma, ao adotar inicialmente a posição Concretista Individual Direta.

Em momento posterior, o STF proferiu decisões posicionando-se de forma Concretista Geral, nos julgamentos dos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA. O maior marco foi a parte da ementa do MI 670/ES, da greve dos policiais do Espírito Santo, julgado em 25.10.2007, que teve como relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, em que, primeiramente, fixando prazo caso o legislador se manifestasse, em ato contínuo, estabelecendo que a lei dos servidores privados deverá reger greves promovidas por servidores públicos.

Tal modificação levanta o seguinte questionamento se seria possível a aplicação do posicionamento concretista geral à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em vista do fato de que essa ação possui o mesmo objeto que o mandado de injunção, as normas constitucionais de eficácia restrita.

Por certo período de tempo, a jurisprudência da STF aparentou acatar os anseios da doutrina. Seguindo o modelo adotado no mandado de injunção, no julgamento da ADIn 2.240/BA, realizado no dia 09.05.2007, pode-se deixar a entender que o STF estava prestes a adotar uma posição que misturava a Concreta Individual Intermediária (ao fixar prazo), e a Concreta Geral (em face do efeito *erga omnes* da ADIn por Omissão), decidindo sobre a constitucionalidade de lei estadual (Lei 7.619/2000), que criava o município de Luís Eduardo Magalhães, constituiu em mora o Poder Legislativo para a regulamentação do art. 18, § 3.º, da CF, e impondo prazo para suprir a carência de lei complementar.

Porém, em vista à eminente e inevitável desobediência do prazo pelo poder omissor, a cúpula do Judiciário, retornou a posição Não Concretista, re-

89. Na definição de Dirley da Cunha Jr.: "(...) cuida-se de processo não formal de mudança das Constituições rígidas, por vai de tração, costumes, interpretação judicial e doutrinária" (*Curso de direito constitucional cit.*, p. 251).

tratando-se no julgamento da ADIn 3.682, em 11.09.2008. Mesmo assim, o Congresso Nacional pacifica a questão, convalidando os Municípios já criados com a EC 57, de 18.12.2008 que acrescentou o art. 96 ao ADCT. Retomando o instituto um efeito essencialmente moral ou político, próprio de que busca uma declaração de princípios, mas insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional, quando vulnerado na sua supremacia.⁹⁰

Esse retrocesso se deve a uma interpretação equivocada e ultrapassada sobre o princípio da separação dos poderes e o princípio da democracia. Em virtude daquele, o Poder Judiciário estaria, ao suprir a lacuna normativa, usurpando função do Poder Legislativo. No segundo caso, entende-se que, os ministros do STF não foram eleitos pelo povo para que possam expedir leis em sentido amplo, ou seja, não teriam legitimidade. Esse entendimento é consolidado na jurisprudência como mostra o Gilmar Mendes o STF deixou assentado, na decisão proferida no MI 107, que a Corte não esta autorizada a expedir uma norma para o caso concreto ou a editar norma geral e abstrata, uma vez que tal conduta não se compatibiliza com os princípios constitucionais da democracia e da divisão de Poderes.⁹¹

O Direito Comparado, também, não apresenta solução imediata, como afirma José Joaquim Gomes Canotilho, a operatividade prática da inconstitucionalidade por omissão está longe de ser satisfatória no ordenamento português.⁹² Já Jorge Miranda destaca que na Alemanha, na Áustria, na Itália, na Espanha, têm utilizado sentenças *aditivas*, *criativas* ou *apelativas*, a partir da apreciação da inconstitucionalidade por ação, faz verdadeira apreciação da inconstitucionalidade não já por aquilo que prescreve, mas sim por aquilo que não prescreve.⁹³ No caso alemão, o *Bundesverfassungsgericht* teve oportunidade, logo no início de sua judicatura, que não estava autorizado a editar normas para o caso concreto ou substituir o legislador, determinando qual dispositivo ele deveria editar.⁹⁴ Porém, tais entendimentos não concretista é incompatível com os fins visados pelo legislador constituinte brasileiro ao positivar o instituto em questão.

90. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., p. 290.

91. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 1348.

92. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 354.

93. MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 511.

94. MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 428.

4.4 ADIn por omissão e princípio da separação dos Poderes

O primeiro pensador a identificar a existência dos três poderes foi Aristóteles, em seu livro *A política*,⁹⁵ afirmando que todo governo possui três poderes, que deveriam ser acomodados de maneira mais conveniente pelo legislador. O primeiro deles seria o de deliberar sobre os negócios do Estado; o segundo corresponderiam a todos as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las; o terceiro abrange os cargos de jurisdição.⁹⁶ Aristóteles considerava injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência.⁹⁷

Porém foi Montesquieu que afirma que esses poderes devem ser separados como forma de controle, pois conforme o contexto histórico de sua época, afirmara que não haveria liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do de Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto ao com o Legislativo, o poder de vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter força de um opressor.⁹⁸ Por óbvio, conforme o contexto histórico de seu tempo, dando atribuições tão restritas ao Estado, Montesquieu não estaria preocupado em assegurar-lhe a eficiência, parecendo-lhe mais importante a separação tripartida dos poderes para garantia da liberdade individual.⁹⁹

É imperioso consignar que essa teoria teve acolhida e foi consagrada numa época em que se buscavam meios para *enfraquecer* o Estado, uma vez que não se admitia sua interferência na vida social, a não ser como vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos.¹⁰⁰

95. Vale ressaltar a existência no âmbito jurídico do princípio da justeza ou da conformidade funcional, que tem "(...) como finalidade exatamente impedir que o intérprete-concretizador da Constituição o sistema de repartição e divisão das funções constitucionais, para evitar que a interpretação constitucional chegue a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido, como é o caso da separação dos poderes." (CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional cit.*, p. 218).

96. ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 127.

97. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 217-218.

98. MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 165.

99. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 219.

100. *Idem*, p. 216.

Esse entendimento foi superado, pois atualmente, a separação dos poderes se assenta na *independência e na harmonia* entre os órgãos do Poder político. Isso significa que, não obstante a independência orgânica, no sentido de não haver entre eles qualquer subordinação ou dependência no que tange ao exercício de suas funções, a Constituição Federal instituiu um mecanismo de controle mútuo, onde há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.¹⁰¹

Nessa linha, o princípio da divisão como forma e meio de limite do poder (divisão dos poderes e balança de poderes) assegura uma medida jurídica ao poder do Estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídica-subjetiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder.¹⁰²

Pois se deve superar a ideia de exclusividade no exercício das funções que são atribuídas a cada Poder como idealizou Montesquieu; mas, sim, a *predominância* no seu desempenho. Isso significa que, na clássica tríplice funcional, as funções legislativas, executivas e judiciárias são exercidas *predominantemente*, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Ao lado dessas funções predominantes, denominadas de funções “típicas”, há outras, chamadas de funções “atípicas”, que são realizadas, não prioritariamente, mas sim subsidiariamente, por aqueles poderes como meios garantidores de sua própria autonomia e independência.¹⁰³

Assim sendo, a ideia de separação dos poderes não pode ser dissociada da ideia de controle recíproco de origem norte-americano, denominado *checks and balances* (sistema dos freios e contrapesos), que geram as funções atípicas, as quais, como visto alhures, consiste no exercício, funções típicas de outro Poder.

Visto isso, é manifesto que, o Princípio da Tripartição não é absoluto, como afirma José Joaquim Gomes Canotilho, a ordenação funcional separada deve entender-se também como *ordenação controlante-cooperante de funções*.¹⁰⁴ Como mais um dos efeitos da adoção do sistema de freios e contrapesos, o Po-

101. CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional cit.*, p. 875.

102. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição cit.*, p. 250.

103. CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional cit.*, p. 507.

104. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição cit.*, p. 251.

der Judiciário poderia suprir a carência legislativa de forma excepcional e controlada, pois estaria o mesmo limitado as normas constitucionais de eficácia restrita, e de forma subsidiária, já que só se manifestaria caso provocado e em vista da inércia do Poder Legislativo. Além de ser por tempo determinável, já que o Poder Legislativo, ao legislar sobre o assunto, afastaria a regulamentação precária da Suprema Corte.

No mesmo diapasão, defende Walber da Moura Agra, na íntegra:

“Cumprindo a missão de garantir a regulamentação da Constituição não está o Poder Judiciário exorbitando suas funções porque a novel estruturação do princípio da separação de poderes não é mais feita baseada em função primordial, mas no escopo de cumprir a Lei Maior. Assim, cada um dos poderes pode suplementar a competência de outro desde que haja omissão e que seja para cumprir um mandamento constitucional.”¹⁰⁵

De acordo com Luís Roberto Barroso, que afirma ser este um falso problema, de caráter puramente ideológico. Ao ângulo jurídico, a separação dos Poderes se reduz a uma questão de direito positivo, o que equivale a dizer que o constituinte, sem nenhuma limitação que não as decorrentes do próprio sistema que deseja implantar, pode dispor livremente sobre o raio de competência dos órgãos constitucionais que institui. Aliás, a análise deste princípio magno do liberalismo, desde a sua origem, passando pelo direito comparado – especialmente a atividade criadora da jurisprudência norte-americana – e vindo até a experiência brasileira quanto às sentenças normativas da Justiça do Trabalho, revela que ele está longe de apresentar uma “rigidez dogmática”.¹⁰⁶

4.5 ADIn por omissão e princípio da democracia

Prima facie, deve-se entender por princípio da democracia, conforme teoria clássica, que todo poder emana do povo,¹⁰⁷ que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira.¹⁰⁸ Dessa forma, no Estado Constitucional Democrático o legislador está obrigado, normativo-

105. AGRA, Walber de Moura. Op. cit., p. 104.

106. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas* cit.

107. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 289.

108. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 213.

-constitucionalmente, à emanção das leis necessárias à concretização das imposições constitucionais,¹⁰⁹ visto que, não é o titular do poder, mas um mero administrador do mesmo.

A doutrina, por vezes, defende o esvaziamento da eficácia da ADIn por omissão com base no princípio da democracia, afirmando que, não parece subsistir dúvida de que a concretização da Constituição há de ser efetivada, fundamentalmente, mediante a promulgação de lei. Os princípios da democracia e do Estado de Direito (art. 1.º, *caput*, CF) têm na lei instrumento essencial. Não se trata apenas de editar normas reguladoras das mais diversas relações, mas de assegurar a sua legitimidade mediante a aprovação por órgão democraticamente eleito.¹¹⁰

Porém, olvidam os militantes dessa tese que a Constituição Federal de 1988 foi fruto de um Poder Constituinte Originária que se manifestou de forma democrática, por meio de uma Assembleia Constituinte, eleita pelo povo.

Tal Poder deve ser entendido conforme a teoria desenvolvida pelo abade Emmanuel Joseph Sieyès, ao afirmar que as leis constitucionais se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Essas leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte.¹¹¹ Vale contextualizar que, o poder constituinte da Nação, entendido agora como poder reconstituente, informado pela ideia criadora e projetante da instauração de uma nova ordem política plasmada numa Constituição.¹¹²

Enquadrando-se no caso brasileiro, pode-se afirmar que, em meados dos anos 80, o país vivia um típico “momento constitucional”, caracterizado pela efervescência política e pela genuína mobilização popular em prol do “recomeço”. Esta era a verdadeira fonte de autoridade da Assembleia Constituinte, e

109. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador...* cit., p. 338.

110. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1352.

111. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?* 3. ed. Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. Título original: *Qu'est-ce que le Tiers État?*, p. 94.

112. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 73.

não a EC 26. Por isso, a Assembleia “livre e soberana” de 1987/1988 traduziu autêntica expressão do poder constituinte originário.¹¹³

Visto o posto, caso o STF ao suprir a lacuna legislativa, estaria concretizando os *mandames* do próprio Poder Constituinte Originário. Por este ter gerado uma Constituição de forma democrática, tal Corte estaria realizando a soberania popular manifestada de forma indireta pela Assembleia Constituinte de 1988, atuando assim, estaria concretizando o Princípio da Democracia, e não o violando.

De outra forma, pode-se afirmar que, o Poder Judiciário estaria satisfazendo o princípio da supremacia e eficácia da Constituição, sem violar a tão invocada liberdade política de legislar do Poder Legislativo. O Poder Judiciário não obrigaria o Poder Legislativo a legislar. Este não perderia, por conseguinte, a sua autonomia. O Poder Judiciário apenas estaria fazendo cumprir a vontade constituinte, ou seja, realizando, na sua plenitude, a vontade constituinte, concretizando o preceito constitucional carente de regulamentação.¹¹⁴

Não se tem dúvida, portanto da viabilidade dessa solução, trata-se de uma manifestação da *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.¹¹⁵ A não ser assim, a Constituição e, com ela, toda comunidade jurídica e operadores do direito ficarão reféns da boa vontade do legislador, que certamente não terá boa vontade se invocar a experiência do passado.¹¹⁶

Nesse diapasão, pode-se afirmar que, a atuação supletiva do Poder Judiciário, dispondo sobre a matéria que cumpria aos demais órgãos originariamente dispor, efetivando as normas constitucionais, é a garantia de realização do supremo direito fundamental à efetivação da constituição. Insista-se neste ponto: não há lesão ou ameaça ao equilíbrio entre os Poderes; o Poder Judiciário somente realiza a integração, suprimindo as omissões do poder público, para efetivar as normas constitucionais carentes de regulamentação e exatamente por não terem sido regulamentadas.¹¹⁷

Também se manifesta em prol dessa atuação ativa do Poder Judiciário frente às omissões do poder legislativo, como forma ratificação do sistema democrático, Luís Roberto Barroso, defende:

113. SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 84.

114. CUNHA JR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público* cit., p. 548.

115. HESSE, Konrad. Op. cit., p. 19.

116. CUNHA JR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público* cit., p. 551.

117. Idem, p. 550.

“No tocante à legitimidade desta atuação *criativa* do Poder Judiciário, inexistente qualquer razão para infirmá-la. Já deixamos consignado que em uma democracia é não apenas possível, como desejável, que parcela do poder público seja exercida por cidadãos escolhidos com base em critérios de capacitação técnica e idoneidade pessoal, preservados das disputas e paixões políticas. A falta de emanção popular do poder exercido pelos magistrados é menos grave do que o seu envolvimento em campanhas eletivas, sujeitas a animosidades e compromissos incompatíveis com o mister a ser desempenhado.”¹¹⁸

4.6 ADIn por omissão e princípio da força normativa da Constituição

Dito anteriormente, a interpretação meramente gramatical do art. 103, § 2.º, da CF/1988 viola gravemente o princípio da força normativa da Constituição, pois negar eficácia concreta à ADIn por omissão é o mesmo que negar eficácia a própria Constituição.

Primeiramente, deve-se destacar que a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Dessa forma, a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.¹¹⁹

Dessa forma, a aplicação do princípio da força normativa da Constituição, na interpretação constitucional, deve-se dar primazia às soluções que, densificando as suas normas, as tornem eficazes e permanentes.¹²⁰ Pois, a interpretação constitucional tem caráter criativo, já que o conteúdo da norma interpretada apenas fica completo com o próprio ato interpretativo.¹²¹

Isso ocorre, pois, embora fruto de um impulso político (poder constituinte originário), a Constituição, uma vez posta em vigência, é um documento jurídico. E as normas jurídicas tem caráter imediato ou prospectivo, não são

118. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas* cit., p. 163.

119. HESSE, Konrad. Op. cit., p. 22-23.

120. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997. p. 91.

121. BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 46.

opiniões, meras aspirações ou plataforma política.¹²² Caso contrário, como pregava Ferdinand Lassalle, que entendia os problemas constitucionais não como problema de *direito*, mas de *poder*; fazendo com que a verdadeira Constituição só poderia ter por base os fatores reais de poder; privando a qualquer constituição escrita de valor ou durabilidade caso não evidenciasse fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social; resumidamente, seria somente uma folha de papel.¹²³

Neste sentido, surge a necessidade de o Poder Judiciário se libertar de certas noções arraigadas e assumir, dentro dos limites do que seja legítimo e razoável, um papel mais ativo em relação à concretização das normas constitucionais. Para tanto, precisa superar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.¹²⁴

Visto o posto, a efetivação da Constituição, impõe-se defender *um plus* àquele efeito literal previsto no § 2.º do art. 103 da CF, necessitado de uma decisão com *efeitos de solução*, após estabelecer prazo e o mesmo ser desrespeitado, que, longe de vulnerar o princípio da divisão de funções estatais, logra conciliar o princípio da autonomia do legislador e o princípio da prevalência da Constituição, que se traduz na exigência condicional do efetivo cumprimento das normas constitucionais.¹²⁵

Entendimento esse, também compartilhado José Afonso da Silva, *in verbis*:

“Não há de se limitar à mera ciência sem consequência. Se o Poder Legislativo não responde ao mandamento judicial, incidirá em omissão ainda mais grave. Pelo menos terá que dar alguma satisfação ao Judiciário. É certo que se não o fizer, praticamente nada se poderá fazer, pois não há como obrigar o legislador a legislar. Por isso é que, no caso de inconstitucionalidade por omissão, propugnáramos por uma decisão judicial normativa, para valer sentença normativa teria esse efeito.”¹²⁶

Por último, cabe a ressalva do Dirley da Cunha Jr., ao levantar limites ao dever suplementar/criativo do Poder Judiciário como não poder dispor norma-

122. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição* cit., p. 238.

123. LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

124. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição* cit., p. 247.

125. CUNHA JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática* cit., p. 220.

126. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

tivamente sobre matérias constitucionais que envolvam, por exemplo, projetos de Códigos e projetos de leis restritivas de direitos, como as definidoras de condutas de códigos e imposições tributárias. Muito menos sobre projetos de leis de princípio s institutivo, como aqueles que dispõem sobre certas organizações (Conselho da República ou de Defesa Nacional, Advocacia-Geral da União, por exemplo).¹²⁷ Além do que, faz-se manifesto que o Poder Judiciário jamais seria apto a suprir determinadas normas constitucionais como os objetivos fundamentais presentes no art. 3.º da CF,¹²⁸ como erradicar a pobreza, garantir o desenvolvimento nacional entre muitos outros. Porém determinados normas constitucionais como o art. 18, § 4.º, da CF,¹²⁹ que já foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 2.240/BA, analisada acima) poderia ser perfeitamente complementada pelo STF, seja restabelecendo a redação originária da CF até o surgimento da referida Lei Complementar Federal ou estabelecendo critérios provisórios usando como base o direito comparado, as Constituições brasileiras anteriores, as peculiaridades da sociedade brasileira atual etc. Nesse diapasão, procura-se demonstrar ser plenamente possível aplicação da cláusula da medida do possível em sede de ADIn por omissão, o que não é razoável é negar a esse instituto toda e qualquer eficácia prática.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho apresentado terá cumprido sua finalidade se restar demonstrada a necessidade ou ao menos possibilidade de entender viável o surgimento de um novo paradigma aos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

127. CUNHA JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática* cit., p. 221.

128. “Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

129. “Art. 18.

(...)

§ 4.º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.”

Pois conforme a argumentação trazida, pode-se entender o posicionamento concretista geral na ADIn por omissão como manifestação de uma função atípica do Poder Judiciário, em vista da necessidade de consolidação dos ditames elaborados pelo Poder Constituinte Originário, dotados de força normativa, como meio de aperfeiçoamento do sistema democrático positivado na Constituição de 1988.

O objetivo não é demonstrar uma certeza de modificação jurisprudência futura e imediata na ADIn por omissão, visto que a tendência é a continuação do paradigma posto (posição não concretista), mas apenas demonstrar a existência, em sede doutrinária, do suporte teórico mínimo que viabilize essa mudança (posição concretista geral), na medida de sua possibilidade.

Sendo assim, pode-se concluir que:

1. Jurisdição Constitucional trata-se da defesa da supremacia do texto constitucional efetuada por qualquer órgão do Poder Judiciário. Possui como embasamento teórico a força normativa da Constituição, que visa dar caráter jurídico, e não meramente político ao texto constitucional.

2. Tal teoria ganha grande relevo, em vista da jurisdicionalização das demandas sociais que impõem deveres ao Estado, que propicia o surgimento de uma teoria sobre as omissões constitucionais, na ausência de atuação do daquele.

3. Determinadas espécies normativa constitucionais não possuem os suportes teóricos mínimos aptos a possibilitar sua aplicação de forma imediata, necessitando de legislação infraconstitucional posterior. Denominada como normas constitucionais de eficácia limitada (orgânicas e programáticas) por José Afonso da Silva, sofrem da síndrome da ineficácia em vista da inércia do legislador pátrio. Para evitar isto, o Constituinte positivou os institutos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

4. Existe, no ordenamento jurídico, suporte teórico mínimo capaz de legitimar o posicionamento Concretista Geral na ADIn por Omissão, como manifestação de uma função atípica do Poder Judiciário, dever subsidiário de concretização da Constituição, imposto pelo Poder Constituinte Originário, como forma de desenvolvimento do sistema democrático, em respeito a força normativa da Constituição e seu caráter jurídico.

5. Já que seria uma distorção interpretativa que um instituto, criado para efetivar normas constitucionais, seja mais uma das normas, presentes na Constituição, sem eficácia jurídica.

6. REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997.
- CUNHA JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2006.
- _____. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DONIZETTI, Elpidio. *Ações constitucionais: mandado de segurança; mandado de injunção, ações de controle de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC, ADPF); ação civil pública; ação popular; reclamação constitucional; ação de improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997. Título original: *Die offene Gesellschaft DER Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation*.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991. Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentário à Lei 9.868, de 10.11.1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. vol. 1.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. *Ações constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restrito ou limitativo no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- _____; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Método, 2010.
- _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____; _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Ed., 1998.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, Constituição e inconstitucionalidade*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. t. II.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NEVES, André Luiz Batista. *Introdução ao controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Remédios constitucionais*. São Paulo: Manole, 2004.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio. *Mandado de injunção (da inconstitucionalidade por omissão)*. São Paulo: Ed. RT, 1993.

- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Remédios constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, ação popular/ação civil pública, mandado de injunção, habeas data petição e certidão, inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: WVC – Gestão Inteligente Ltda., 1998.
- SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?* 3. ed. Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. Título original: *Qu'est-ce que le Tiers État?*
- SILVA, José Afonso da. *Aplicação das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A limitação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão como mecanismo de resolução da omissão inconstitucional e a discussão sobre a responsabilidade civil do ente omissor, de Dalton Santos Morais – *RePro* 171/193;
- Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, de Roque Antonio Carrazza – *RDCI* 3/120;
- Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a ação de inconstitucionalidade por omissão, de Patricia Micheli Folador – *RDCI* 71/228;
- Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica, de Paulo Eduardo Garrido Modesto – *RDCI* 12/173; e
- O controle de constitucionalidade das omissões administrativas por via de ação direta, de Reinaldo Pereira e Silva – *RT* 885/69.