

A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO APTO PARA DAR FORÇA À CONSTITUIÇÃO

THE UNCONSTITUTIONAL OMISSION AND THE EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTION: JUDICIALIZATION AS AN INSTRUMENT SUITABLE FOR STRENGTHENING THE CONSTITUTION

Eliana Franco Neme¹
Larissa BeschizzaCione²

RESUMO

Este trabalho tem por propósito trazer ao debate a ineficiência do sistema brasileiro de controle das omissões constitucionais. A ideia de uma Constituição Dirigente que possa permanentemente voltar seus olhos para o futuro fica fragilizada quando os poderes instituídos não conseguem superar a omissão. Ainda que exista expressa previsão para o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, vários obstáculos foram criados nos últimos 30 (trinta) anos, e a “síndrome da inefetividade das normas constitucionais” permanece sendo uma doença a atingir as prerrogativas dos cidadãos brasileiros.

Palavras-chave: Omissão; inconstitucionalidade; mandado de injunção

ABSTRACT

This paper aims to bring to the debate the inefficiency of the Brazilian system of control of constitutional omissions. The idea of a governing constitution that can permanently turn its eyes to the future is weakened when the instituted powers fail to overcome omission.

¹Mestre e Doutora em Direito Constitucional. Professora da Universidade de São Paulo - USP - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto na área de Direito Público com ênfase em direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Professora do Centro Universitário de Bauru, no Centro de Pós Graduação em direito, Cursos de Mestrado e Doutorado incluídos na área de concentração: "Sistema Constitucional de Garantia de Direitos". Tem experiência na área de Direito, especialmente em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direito, constitucional, constituição federal, constituição e Brasil, direitos humanos em juízo, direitos humanos nas cortes internacionais, tribunais internacionais e jurisprudência internacional. Trabalha atualmente com o sistema constitucional de proteção das minorias e com Sistema constitucional de Proteção dos Animais. Email: elianafranconeme@uol.com.br

²Mestranda no Programa Direito e Desenvolvimento da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Possui graduação em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (2003), e mestranda na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-USP. Atualmente é advogada - Cione Advocacia (SP). É especialista em Direito de Família e Sucessões, e em Responsabilidade Civil Médica e Odontológica. Email: laracione@yahoo.com.br

Although there is an express provision for the injunction and the Direct Action of Unconstitutionality by default, several obstacles have been created in the last thirty (30) years, and the "syndrome of ineffectiveness of constitutional norms" remains an illness to reach the prerogatives of Brazilian citizens.

Keywords: Omission; unconstitutionality; injunction order

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Trinta anos após sua promulgação a Constituição Federal de 1988 permanece sob os holofotes no palco principal da relevância política nacional. Não é possível ler jornal, assistir TV ou acessar as redes sociais sem que questões jurídicas constitucionais sejam verificadas. A atividade do Supremo Tribunal Federal é acompanhada de perto por milhões de brasileiros, e são poucas as disputas nacionais (sejam elas jurídicas ou sociais) em que o fundamento constitucional esteja esquecido. Se tem um primeiro grande mérito o texto de 88 certamente “democratizou” a cultura constitucional no Brasil, algo impensável sob a égide do texto anterior e também nos que lhe antecederam. Ocorre que a “popularização” da Constituição traz, também, a consequente busca pela sua efetividade, e o protagonismo do poder judiciário, especialmente do supremo Tribunal Federal.

Por certo a situação relata não pode de forma maniqueísta ser avaliada como boa ou ruim, mas o fato é que o excesso de demandas e o sobre carregamento do Judiciário em alguns momentos acaba por tornar a efetivação dos valores constitucionais ainda mais difícil. Por outro lado, existem situações em que a produção de efeitos de normas constitucionais fica condicionada, com exclusividade à atuação do Poder Judiciário. Pois é justamente sobre este ponto que pretendemos nos ater neste texto, a situação de omissão inconstitucional, onde a inércia do judiciário *per si* causa o descumprimento da Constituição. A omissão, nesta situação, é tão severa e fere tão gravemente a ideia do constituinte que a própria Constituição tratou de trazer um “remédio” individual apto a proporcionar sua cura, o Mandado de Injunção, facultando ainda ao Supremo Tribunal Federal sua apreciação por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, demonstrando clara, evidente, e inquestionável preocupação com os direitos fundamentais, e, especialmente, com a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

2. CAPACIDADE DE PRODUÇÃO DE EFEITOS DA NORMA E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

A intervenção do Judiciário nas atividades do Estado, especificamente nas situações em que há omissão constitucional, é previsão expressa da Constituição Federal de 1988. Isso porque a chamada “síndrome da inefetividade das normas” atinge a alma da Constituição, e a ideia de que existem valores supremos que não podem se condicionar à ação ou omissão do legislador,

De fato o texto de 1988 deixa claro logo em suas letras iniciais que vivemos em um Estado Democrático de Direito, e é o povo, com seus direitos fundamentais protegidos, titular e destinatário de suas atividades. Neste sentido assegura Luis Guilherme Marinoni:

Compreender a lei a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da ideia de que esses direitos dependam de lei, pois hoje são as leis que tem sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretações que a eles estejam adequadas. Isso obviamente representa uma reação contra o princípio da supremacia da lei e contra o absolutismo do legislador. A força normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com que a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislador, agora esta submetida à vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais.(MARINONI, 2017, p, 97/98)

A ideia que aqui desenvolvemos parte do pressuposto que deixar de dar cumprimento à Constituição é medida de amesquinamento de suas pretensões enquanto texto dirigente, que a proteção da dignidade humana e o projeto de desenvolvimento nacional com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses são nossos princípios fundamentais e vetores para a interpretação de todo sistema normativo, político, administrativo e jurisdicional, e determinadores de comportamento ativo das instituições sempre que, em alguma medida, houver seu descumprimento por ação ou omissão do Estado. Por esse viés é possível defender a ideia que a atividade do juiz no enfrentamento das questões relacionadas à omissão constitucional, nada mais é que o dever institucional de respeitar e dar cumprimento à Constituição.

Dessa forma, sempre que o legislador deixa de cumprir seu papel, que é, em primeira instância, o de assegurar a vontade do Constituinte e normatizar o exto

Constitucional ele está a violar a vontade do povo, e a deixar nosso sistema doente. Assim, deixar de dar cumprimento aos comandos normativos constitucionais, é inconstitucional. Essa consciência trouxe ao texto a previsão de medidas de controle dessas omissões violadoras dos direitos fundamentais, para a “doença” que criada pela inefetividade das normas existe a possibilidade do controle difuso pelo Mandado de Injunção, e, no modelo concentrado, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ambos instrumentos previstos na primeira versão do texto de 1988.

Antes de enfrentar com maior profundidade as ações que constitucionalmente asseguram a proteção em relação às omissões inconstitucionais é preciso que possamos determinar quais são essas normas, quais são as normas que por omissão do legislador deixam de produzir os efeitos pretendidos pelo Constituinte. Estamos a falar, então, da capacidade que as normas têm para produzir os efeitos almejados pelo seu criador, é falar em eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, tema indispensável para o desenvolvimento deste trabalho.

A Constituição de um Estado estrutura as relações de poder nele dominantes: o poder político, representado pelos governantes, deputados, senadores e demais agentes políticos; o poder social, representado pelos estratos organizados da sociedade; o poder econômico, representado pelos detentores do capital, e o poder intelectual, representado pela consciência e cultura gerais. Todas essas relações fáticas de poder são chamadas de Constituição real de um país ou Constituição em sentido político, sociológico, econômico e cultural. Em contraposição a essa Constituição real há a conhecida Constituição jurídica, constituída pelas normas limitadoras da atuação do Estado, estatuidoras dos princípios constitucionais básicos e promovedoras dos direitos fundamentais (HESSE, 1991, p. 9)

A força normativa da Constituição é, assim, a pretensão de eficácia que as normas das Constituições Jurídicas possuem, que vai determinar permanente e continuamente a sua máxima aplicação e efetivação, como forma de garantir a implementação dos valores consagrados pela própria Constituição. Reitera a ideia de que a Constituição é a norma fundamental e reconhece sua força vinculante, afastada da ideia de uma carta de intenções ou um roteiro com aspirações políticas e programáticas.

O reconhecimento da Constituição como norma jurídica e da pretensão de lhe dar força normativa incontestável, eficácia e aplicabilidade imediata não impediu que a doutrina se esmerasse em categoriza-las com um sistema de gradação apto a classifica-las

diferentemente, de acordo com as gradações e possibilidades de produzir efeitos, disseminando a ideia de que existem distintos graus de normatividade e eficácia.

Discorrendo sobre a capacidade das normas de produzir efeitos Jose Afonso da Silva informa que as “as normas constitucionais têm eficácia e valor jurídico diversos uma das outras” ressaltando que algumas delas dependem de regulamentação normativa para atingir os efeitos pretendidos pelo Constituinte. (SILVA, 1968, p. 75).

Essa é a razão da abordagem neste trabalho, são justamente as normas que dependem da atividade do Estado para conseguir produzir os efeitos pretendidos pelo constituinte o grande celeiro do ativismo judicial. É essa equação: a força normativa da Constituição x Eficácia Limitada das Normas constitucionais o grande dilema das questões relacionadas ao ativismo judicial, condições próprias para a tempestade perfeita, pois apesar de sabermos que todas as instituições estatais estão aptas e obrigadas a dar real cumprimento aos valores constitucionais, é de fato o Legislativo o grande responsável pela criação das normas jurídicas capazes de propiciar a efetividade pretendida pela Constituição, que por sua vontade incumbiu o Judiciário de resolver essas questões, em caso de inercia legislativa.

É importante lembrar que este tema “eficácia das normas constitucionais” apresenta diversos posicionamentos doutrinários. Não queremos aqui esgotar o tema, mas trazer dados consistentes para a construção de um trabalho que transpassa a questão do ativismo judicial e realizar o embasamento necessário para se identificar o âmbito de atuação do fenômeno da omissão inconstitucional.

Há de se diferir inicialmente a ideia de eficácia, aplicabilidade, validade, vigência, vigor e existência. Eficácia é a aptidão de produzir efeitos jurídicos, ou seja, norma eficaz é aquela apta a produzir efeitos na ordem jurídica. Em relação à aplicabilidade, esta significa a qualidade do que é aplicável; norma aplicável é aquela que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos, sendo norma aplicável o mesmo que norma juridicamente eficaz (eficácia é potencialidade; aplicabilidade é realizabilidade, praticidade). Norma jurídica válida, para o autor, é aquela que foi produzida conforme as regras estabelecidas (devido processo legislativo, atendimento às normas organizativas, não ofensa às normas constitucionais). Norma vigente, enfim, é aquela que se encontra viável ao fenômeno da subsunção. (SILVA NETO, Manoel Jorge e. O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional. São Paulo: LTR, 1999).

A análise da questão não é preocupação exclusiva da doutrina nacional, e a doutrina estrangeira também enfrenta essa questão. Apenas como exemplo a teoria americana

desenvolvida pelo Juiz da Suprema Corte Thomas Cooley faz a divisão das normas em normas constitucionais *self-executing* e normas constitucionais *not self-executing*. Pela bipartição o autor informa a singela situação de que algumas normas são autoexecutáveis e outras não. A se ressaltar que seus estudos foram fundamentados no texto constitucional americano. No Brasil foi Rui Barbosa quem apresentou as ideias do autor americano e amparou com fundamento na doutrina e na legislação pátrias a bipartição classificatória. (COOLEY, Thomas M. apud SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. p. 73.).

Por sua vez Vezio Crisafulli, trouxe relevante contribuição para a teoria da eficácia das normas constitucionais, foi este autor italiano que reconheceu a relevância das normas programáticas deflagrando a construção de um pensamento replicado na doutrina portuguesa com a ideia de uma Constituição Dirigente. Para o autor as normas constitucionais são classificadas em normas de eficácia plena (autoexecutáveis), de eficácia limitada de legislação (dependem da atuação do legislador), e normas de eficácia limitada programática (realização dos objetivos fundamentais), evidenciando que todas as normas possuem eficácia (SILVA NETO, 2013).

Se o autor americano foi apresentado por ser o primeiro a trazer essa distinção, o jurista italiano nos acrescenta na medida em que ao reconhecer as normas de eficácia limitada, as diferencia, atribuindo à normas de eficácia limitada e conteúdo programático, atrelada a realização dos objetivos fundamentais de um Estado.

Adequando-nos à doutrina de José Afonso da Silva podemos em breve apresentação sintetizar a tese do professor com as seguintes colocações em relação à classificação das normas constitucionais em razão da sua capacidade de produzir efeitos:

a) normas constitucionais de eficácia plena: seriam aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os seus efeitos essenciais, todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, incidindo diretamente sobre a matéria que lhes foi objeto. São aquelas normas que já nascem fortes, tão fortes que não podem ser enfraquecidas por qualquer comportamento normativo, político, judicial ou administrativo. Essas normas não são objeto deste estudo na medida em que não geram a chamada “síndrome da ineficácia das normas constitucionais”;

b) normas constitucionais de eficácia contida: também são normas que incidem imediatamente e produzem ou podem produzir todos os “efeitos queridos”, sendo que há meios que permitem conter a sua eficácia a certos limites circunstanciais. São as normas que iniciam sua trajetória no campo da eficácia da mesma forma que as normas de eficácia plena,

diferenciando-se delas pelo fato de permitirem interferência em seu campo de atuação, podendo ter sua capacidade reduzida. São as normas fortes que podem ser enfraquecidas (sempre com a preservação de seu núcleo) por atividade normativa;

c) normas constitucionais de eficácia limitada: normas que não produzem os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade suficiente;

d) normas programáticas: normas que instituem verdadeiros programas de ação social, econômica, religiosa e cultural, com a imposição do dever de legislação e de desenvolvimento constante, contínuo e renovável.

Ainda que saibamos que esta classificação é base para a compreensão dos sistemas jurídicos como um todo, é necessária, pois consegui delimitar com precisão o campo de atuação do Judiciário na tutela das omissões. E, mesmo depois de cinquenta anos da primeira edição do livro, e de severas críticas e novas classificações, continua a servir como base para as decisões do Supremo Tribunal Federal.

De fato, são justamente as normas programáticas as que carecem de maior cuidado do legislador infra constitucional, pois são elas que tratam dos temas aptos a forçar a atividade da administração num e noutro sentido. Ao deixar de regulamentá-las o legislador fere de morte o propósito do texto e inviabiliza o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

3. O CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL: REGULAÇÃO TARDIA E DESNECESSÁRIA DISCRICIONARIEDADE DA LEI.

Ainda que o constituinte tenha demonstrado bastante preocupação com a inefetividade da Constituição de 1988, coube ao legislador infraconstitucional regulamentar a matéria. Não é preciso dizer que quase precisamos propor um Mandado de Injunção para regulamentar o Mandado de Injunção, especialmente porque a lei que regula a matéria só foi criada no ano de 2016. De verdade, a necessidade de regulamentação do Mandado de Injunção não pode ser confundida com a questão relacionada à aplicabilidade do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal decidiu que essa norma constitucional reguladora do Mandado de Injunção, seria dotada de aplicabilidade imediata,

independentemente de regulação em legislação ordinária³. Determinou ainda a Suprema corte que até que fosse criada legislação específica, o que só ocorreu em 23 de Junho de 2016, fossem aplicadas as normas reguladoras do Mandado de Segurança no que cabível⁴.

Mesmo destino coube à regulamentação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no texto constitucional depreendida da interpretação conjunta dos artigos 102 e 103, parágrafo 2º teve sua regulamentação iniciada apenas com a modificação da lei 9.868/99 pela lei 12.063/09. Esta demora deixa evidente que não estava (está) o legislador preocupado em dar vazão às possibilidades estabelecidas pela Constituição, e que a existência de uma Constituição Dirigente talvez não seja uma escolha acertada para o modelo brasileiro.

Ainda assim estão hoje instrumentos aptos para o controle da inconstitucionalidade por omissão regulados por lei, mas esta situação não tem o poder de resolver as questões relacionadas à “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.

3.1 A CONSTRUÇÃO NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A ideia de proteção em relação à falta de eficácia da Constituição Federal, como já dito, veio ancorada em dois sistemas de controle. Ao considerar que esta omissão é inconstitucional o constituinte de 1988 criou mecanismos de defesa no modelo difuso e no modelo coletivo. O controle difuso da inconstitucionalidade por omissão vem previsto no capítulo dos direitos fundamentais da Constituição Federal, especificamente no artigo 5º inciso LXXI, no bloco final, que a doutrina convencionou denominar “remédios constitucionais”.

O dispositivo do texto informa que “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”, esclarecendo, de início, que não é qualquer omissão que pode ser tutelada por Mandado de Injunção, mas apenas aquelas que inviabilizem. É de se ressaltar que a inicial compreensão

³O Parecer 149, de 1991, da Secretaria Federal de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, subscrito por Inocêncio Mártires Coelho, Gilmar Ferreira Mendes, Nelson Saldanha e outros, considerou corretamente que, “embora a posição firmada pelo STF tenha sido a da autoaplicabilidade do Mandado de Injunção e, consequentemente, a da desnecessidade da edição de lei regulamentadora do dispositivo constitucional pertinente, o próprio colegiado, através do voto do ministro relator, aceitou a hipótese de uma norma de hierarquia infraconstitucional vir a discipliná-lo”. Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 44, n. 178, jul./dez. 1991, p. 180.

⁴MI-QO 107, rel. min. Moreira Alves, julgado em 23/11/1989; MI 20, rel. min. Celso de Mello, julgado em 19/5/1994.

sobre essa inovação constitucional, redutora de suas possibilidades e condicionando a possibilidade do Mandado de Injunção aos direitos de primeira dimensão foi modificada com a ampliação da proteção do writ para todos os direitos fundamentais.

De fato, dentro do precário pacto social formado pelo constituinte de 1988 grande parte das questões controversas teve solução delegada ao legislador infraconstitucional, assim, tanto as normas constitucionais ditas de “organização” como por exemplo as que regulam a criação de municípios (artigo 18 parágrafo 4º) e ordenam os transportes aéreos, aquático e terrestre (artigo 178), como as que regulam direitos sociais, como a participação nos lucros e resultados (artigo 7º, XI). As expressões “nos termos da lei”, “a lei definirá” e, “a lei regulará” são encontradas com frequência no texto constitucional, sinalizando que sua efetivação está em grande parte atrelada a atividade legislativa.

Além disso, esse novo remédio colocou na pauta os debates a respeito de seu capó de abrangência. Na decisão de Mandado de Injunção o judiciário resolveria a questão, dado solução ao caso concreto (posição concretista), simplesmente declararia a mora e cientificaria o Legislativo sobre a omissão constitucional (posição não-concretista), ou cientificaria o Legislativo sobre a mora com um prazo para elaboração da norma, que caso não fosse cumprido, aí sim, autorizaria a atividade solucionadora do caso concreto pelo juiz (posição intermediária).

Sobre o tema, inicialmente o STF decidiu em voto do Ministro Moreira Alves no MI 107 que entendeu que o Mandado de Injunção não abre possibilidade para a uma tutela jurisdicional mandamental ou constitutiva, mas simplesmente uma declaração de omissão constitucional. No mesmo julgamento o voto vista vencido do Ministro Carlos Velloso no sentido do caráter substancial do Mandado de Injunção, que não poderia ter seus efeitos equiparados ao da Ação Direta por Omissão, na medida em que a questão posta fundamentava-se em direito subjetivo do cidadão. Há de se ressaltar que a primeira posição (não concretista) acabava por ser uma simples recomendação feita pelo judiciário ao legislativo, na medida em que inexistia (e inexistiu) qualquer forma de cogência em relação a este comportamento.

Posteriormente no ano seguinte e no MI 283 o STF com relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence avançou para a posição intermediária, determinando que a falta da norma reguladora que inviabilizava o direito contido no parágrafo 3º do artigo 8º do ADCT deveria ser resolvida no prazo de 60 dias, caso contrário teria o requerente direito à indenização contra a União, inclusive com perdas e danos.

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

Mais tarde, em 2008, o STF com a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e regulamentando Direito de Greve dos servidores públicos civis (art.37, VII) decidiu o MI 708 de maneira concretista, registrando *que*:

o STF não pode se abster de reconhecer que assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. A mora Legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do Direito de Greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial.

Com este raciocínio o STF inverteu seu procedimento e determinou que se aplicassem aos servidores públicos civis a lei 7783/89 que regula a greve na iniciativa privada até que houvesse o adimplemento da obrigação legislativa determinada pela Constituição, o que não ocorreu até agora.

Por certo outras ações igualmente importantes auxiliaram na construção de um remédio constitucional apto para sanar, em definitivo, a inercia do legislador⁵ mas o que pretendemos aqui é demonstrar que, paradoxalmente, a ação constitucional introduzida pelo texto de 1988 com a finalidade de enfrentar a falta de efetividade das normas constitucionais, veio também, ela própria, dotada de baixíssima efetividade, e a situação só se reverteu a partir da construção mais assertiva (ou positiva) do Supremo Tribunal Federal.

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal mantém em seu endereço eletrônico informações sobre as ações em que houve provimento pelo STF e ainda há omissão legislativa. Pode-se observar que as questões são importantes e a omissão ocorre ainda hoje, quase 30 (trinta) anos após a promulgação da Constituição⁶⁷.

	Relator	Data do julgamento
MI 788	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 795	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 796	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 797	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009

⁵ MI 712, MI 721, MI 232, todos julgados pelo STF.

⁶ Pagina acessada em 20/09/2018.

<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>

⁷⁷Decisões em que se declarou a mora do Poder Legislativo e cuja matéria ainda se encontra pendentes de disciplina.

VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

MI 808	Britto	Min. Carlos	15/4/2009
MI 809	Lúcia	Min. Cármen	15/4/2009
MI 815	Britto	Min. Carlos	15/4/2009
MI 825	Britto	Min. Carlos	15/4/2009
MI 828	Lúcia	Min. Cármen	15/4/2009
MI 841	Lúcia	Min. Cármen	15/4/2009
MI 850	Lúcia	Min. Cármen	15/4/2009
MI 857	Lúcia	Min. Cármen	15/4/2009
MI 879	Lúcia	Min. Cármen	15/4/2009
MI 905	Lúcia	Min. Cármen	15/4/2009
MI 927	Lúcia	Min. Cármen	15/4/2009
MI 938	Lúcia	Min. Cármen	15/4/2009
MI 962	Lúcia	Min. Cármen	15/4/2009
MI 998	Lúcia	Min. Cármen	15/4/2009
MI 758	Aurélío	Min. Marco	1/7/2008
MI 670	Corrêa	Min. Maurício	25/10/2007
MI 708	Mendes	Min. Gilmar	25/10/2007
MI 712		Min. Eros Grau	25/10/2007
MI 721	Aurélío	Min. Marco	30/8/2007
ADI 3682	Mendes	Min. Gilmar	9/5/2007
MI 695	Sepúlveda Pertence	Min.	1/3/2007
ADI 3276		Min. Eros Grau	2/6/2005
MI 278	Velloso	Min. Carlos	3/10/2001
MI 95	Velloso	Min. Carlos	7/10/1992
MI 124	Velloso	Min. Carlos	7/10/1992

VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

<u>MI 369</u>	Min. Sidney Sanches	19/8/1992
-------------------------------	------------------------	-----------

Agora recentemente foi aprovada a lei nº 13.300 de 23 de Junho de 2016 regulamentando o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal e disciplinando o processo e julgamento do Mandado de Injunção, contemplando a hipótese de Mandado Coletivo situação já amplamente albergadas pela doutrina e jurisprudência⁸ que utilizavam, para tanto, as regras estabelecidas para o Mandado de Segurança Coletivo. Explica a lei que se consideram titulares do Mandado de Injunção as pessoas naturais ou jurídicas cujos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, estão sendo violados, e acrescenta: “Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.”

A lei, entretanto é omissa em relação a possibilidade de pessoas jurídicas de direito publico, não autorizando expressamente que figure como titular da ação. A situação anteriormente enfrentada com negativas veementes⁹ passou por uma transformação sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes no MI 725, que inicia sua posição justamente no enfrentamento da situação anteriormente veiculada pelo STF:

Estou certo de que não se deve fazer desse entendimento uma regra geral. A decisão citada deve ser devidamente contextualizada de acordo com os termos em que o caso

⁸ MI 102, MI 472

⁹ MI 537

concreto foi apresentado ao Ministro Relator. Não se deve negar aos Municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos fundamentais e a eventual possibilidade de impetração das ações constitucionais cabíveis para sua proteção. Se considerarmos o entendimento amplamente adotado de que as pessoas jurídicas de direito público podem, sim, ser titulares de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva, parece bastante razoável vislumbrar a hipótese em que o Município, diante de omissão legislativa inconstitucional impeditiva do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção. A titularidade de direitos fundamentais tem como consectário lógico a legitimação ativa para propor as ações constitucionais destinadas à proteção efetiva desses direitos.

Assim parece que o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal autoriza também a propositura do Mandado de Injunção por pessoas Jurídicas de Direito Público.

3.2 DISCRICIONARIEDADE NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Superada esta situação, resolve a lei outra questão controversa, desta feita relacionada à possibilidade de omissão parcial já incluindo a previsão em seu artigo 2º e esclarece que se considera parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente(paragrafo único do mesmo artigo). Mas, o Mandado de Injunção não se presta ao controle da omissão “in abstrato”, ao contrario, doutrina e a construção jurisprudencial dominante evidenciam que o remédio se volta apenas para o controle difuso da omissão inconstitucional, cabendo à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão o controle concentrado.

Prevê a Constituição Federal de 1988 cinco hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade, A Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, a Ação Declaratória de constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Esta ultima o objeto da presente abordagem. Nosso destaque diz respeito ao controle constitucional da omissão, pois nestes casos encontramos as situação que deflagram, em grande parte, o ativismos judicial.

Não há muito conteúdo constitucional sobre o tema, ressalvada a previsão da ação direta de inconstitucionalidade na previsão expressa das competências do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, a) a Constituição só se refere ao controle da omissão no paragrafo 2º do artigo 103 ao informar que “*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”. As remanescentes disposições são as genéricas e se aplicam a todos os modelos de controle concentrado, referentes à capacidade ativa e efeitos da decisão, disposto nos artigos 102 e 103 da constituição Federal.

Neste contexto, Informa o artigo 102 paragrafo 2º que “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

E é o artigo 103, com redação dada pela Emenda Constitucional 45 que enumera os autores habilitados propor ação de controle concentrado, e coube, por fim a lei 9868 de 10 de Novembro de 1999 disciplinar a matéria regulando o procedimento nas ações de controle concentrado. O diploma legal que inicialmente não trazia a previsão do controle na omissão, foi alterada pela Lei 12.063/09 que inclui o Capítulo II – A com a regras da ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Fica explicitada pela alteração que as regras de admissibilidade e procedimento pautados para a Ação Direta Genérica e a Ação Declaratória constantes da Sessão I do Capítulo II, se aplicam nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão.

Por sua vez, a normatização específica informa que a petição deverá indicar: i) a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; ii) o pedido, com suas especificações. Deverá ser acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão.

Nos termos da lei não se admite desistência da ação proposta, mas pode haver indeferimento liminar de petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente, decisão em relação a qual cabe agravo. Paradoxalmente é o próprio Legislativo que atribui ao Judiciário inúmeras oportunidades para o “ativismo”. Primeiro é de se ressaltar que uma lei regulamentando tema de severa relevância, relacionado à supremacia constitucional e aos limites de atuação dos poderes instituídos tenha levado dez anos para ser criada, e outros dez para ver seu texto contemplando as hipóteses da omissão. Ao fazer isso, implicitamente autorizou o Judiciário a adaptar a legislação anteriormente existente para dar vazão ao estipulado pela Constituição. Além disso, a leitura do texto legal é assustadora para aqueles que compreendem ser o Poder Judiciário atado por normas fechadas, um simples

“aplicador da lei”. Isso porque em busca específica é possível encontrar em uma lei com 28 artigos 24 “pode”, “podem” ou “poderá”, autorizando o juiz, no caso os Ministros do Supremo Tribunal Federal, utilizar padrões discricionários em grande partes das situações tuteladas pelo processo.

Dessa forma estabelece o § 2º que:

O relator poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias”. No artigo 9º parágrafo 1º que “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.” E no mesmo artigo parágrafo 2º “O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição”. No artigo 10 parágrafo 3º “Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado”. No artigo 12 “Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação”. Artigo 12- E parágrafo 2º “O relator poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias.

A própria decisão de concessão de cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão fica condicionada à valoração do Tribunal, no termos do Art. 12-F:

Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

Lembrando que seus efeitos também se estabelecem a partir de análise da Corte, nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo: “A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal”. Assim como o artigo 10 parágrafo 3º autoriza a concessão de liminar pelo Relator sem a oitiva do Pleno nas Ações Genéricas, e o

artigo 12 que determina que; “*no pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação*”.

Ainda no campo das medidas cautelares e desta vez observando a ações Declaratórias, estabelece o artigo 21: “*O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo*”.

A instrução processual acompanha esta linha de raciocínio e autoriza que

Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”, e ainda “O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição. Parágrafos 1º e 2º do artigo 20.

Por fim, no tocante às decisões de mérito nas ações de controle concentrado, caracterizadas pela irrecorribilidade e pela capacidade de produzir efeitos “erga omnes” e vinculantes, coroa a legislação do controle concentrado com chave de ouro sua confiança na capacidade judicante do Supremo Tribunal Federal. Aqui o condicionamento em relação à vontade do julgador tem o poder de dar à decisão de mérito efeitos “*extunc*”, “*ex nunc*” ou “prospectivos”.

As colocações são assustadoras na medida em que atribuem discricionariedade ao Judiciário em questão (omissão inconstitucional) que deveria ter absoluta prioridade para resolução. Ou seja, anda mal o legislador ao regular a matéria com demora (dez anos para a lei 9869 e mais dez anos para a lei 12.063) e quando o faz permite ao judiciário resolver a

questão e dar efeitos temporais questionáveis, com a decisão de nulidade sem redução de texto e o estabelecimento de efeitos futuros para a vinculação da ação.

Soma-se a este quadro aterrador a constatação de que a decisão pela procedência do pedido em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, não tem o poder de solucionar a questão. Como no Mandado de Injunção, e nos termos da tabela já apresentada, existem inúmeras decisões em que o Supremo declarou a mora na regulamentação da matéria que se encontram até hoje sem a criação da norma. Quem consegue obrigar o parlamento a criar lei?

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: AS OMISSÕES NO CONTROLE DA OMISSÃO

É bastante evidente que o texto constitucional de 1988 trouxe uma genuína preocupação com a efetividade das normas constitucionais, apresentando duas novidades: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Tais inovações, porém, não obtiveram o êxito pretendido pelo constituinte, na medida em que a regulamentação destas possibilidades constitucionais padeceu por muitos anos da inércia que pretendia evitar. O paradoxo brasileiro é que não havia normas regulamentadoras para efetivar as medidas cabíveis contra a ausência de normas regulamentadoras.

Mesmo que tardiamente as normas vieram, e desta feita o efeito amesquinizador das possibilidades constitucionais passa a ser de responsabilidade preponderante do Legislativo. Primeiro por ter (para além da demora da regulamentação) e primeiramente, conferido ao Judiciário discricionariedade incompatível com a teoria da norma inconstitucional nula, e, o mais grave, por ser o Legislativo o Poder que mesmo ciente da omissão inconstitucional permanece em estado de inércia e simplesmente despreza as decisões do Supremo não criando a espécie normativa necessária.

Quem perde? O cidadão comum, pois é para ele que existem as normas da Constituição Dirigente. No dizer de Joaquim Jose Gomes Canotilho “a constituição [...] tem a função de propor um programa racional e um plano de realização da sociedade; a lei fundamental [...] tem a função de garantir os princípios jurídicos ou regras de jogo da sociedade estabelecida” (CANOTILHO, 1994, p. 11) ¹⁰

¹⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 11.

Pois bem! Se este plano de realização da sociedade fica condicionado à concretização de normas constitucionais programáticas, a não edição de legislação integradora tem o poder de declarar a morte do dirigismo constitucional. O próprio autor já considera a hipótese em revisão do tema:

Em síntese, a minha resposta é esta: posso estar aberto a outros modos de concretização e de legalização do dirigismo constitucional, mas não estou aberto, de forma alguma, à liquidação destas dimensões existenciais que estão subjacentes à directividade constitucional. Concordo que devemos ver o que, histórica e culturalmente, originou este carácter dirigente. Penso que o desafio da Constituição dirigente não é o de torná-la rígida, devendo admitir-se que ela pode ser modulada de outra maneira, de acordo com as evoluções e as inovações. Mas os princípios básicos que estou a comentar não se discutem, porque eles são inerentes à nossa própria mundividência subjectiva (ideia de realização histórica da pessoa humana).

De fato, tornar rígida a Constituição não parece ser a melhor das soluções, mas certamente é preciso rever o contexto constitucional em que as decisões do Supremo podem ser desprezadas pelo Legislativo. Se este tribunal é o guardião da Constituição, texto que disciplina os poderes instituídos e também a atividade parlamentar, seria possível imaginar que as decisões proferidas pelo Supremo em controle concentrado da Omissão possam ter carácter obrigatório inclusive para o legislador. O que propomos é a regulamentação da matéria impondo prazo de obediência à estas decisões, e consequente criação da norma, sob pena de paralização da pauta parlamentar. Já há precedente na apreciação da Medida Provisória, ou seja, é possível que outro dos poderes do Estado possa condicionar a atividade legislativa. Estas são apenas sugestões, mas se pretendemos continuar a ter textos normativos que permitam o trânsito entre o passado e o futuro, é preciso que alteremos a forma como as normas programáticas são tuteladas pelo sistema atual.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Jurisdição Constitucional. in MARTINS, Ives Gandra da Silva; et al (org.). Estudo sobre o Direito Constitucional contemporâneo. Ilhéus: Editus, 2014, p. 321-329.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro (versão digital). São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugido – o ativismo judicial. *in* NOVELINO, Marcelo *et al* (org.). As novas faces do ativismo judicial. 2 tiragem. Juspodivm: Salvador, 2011, p. 387-402.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.682/MT, Relator: GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 09/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757314/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3682-mt>. Acesso em 20 de Setembro de 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra, 1994.

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

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática. 7ª ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

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

MARINONI. Luis Guilherme. Julgamento nas Cortes Supremas. Saraiva: São Paulo, 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Protagonismo das Cortes Superiores. *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva; *et al* (org.). Estudo sobre o Direito Constitucional contemporâneo. Ilhéus: Editus, 2014, p. 15-33.

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

PASSOS, J.J. Calmon. Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2013.

SARLET, Ingo *et. al.* Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *in* NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição. Juspodivm: Salvador, 2009, p. 31-68.

SCHMIDT, Lawrence K. Hermenêutica. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional (versão digital). 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional. São Paulo: Ltr, 1999.

Submissão: 20.09.2018

Aprovação: 20.10.2018