

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Mariana Pedrolo Padilha

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO  
INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Porto Alegre

2012

MARIANA PEDROLO PADILHA

**A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO  
INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Vivian Josete  
Pantaleão Caminha

**Porto Alegre  
2012**

MARIANA PEDROLO PADILHA

**A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO  
INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em Porto Alegre, em 17 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Vivian Josete Pantaleão Caminha  
Orientadora

---

Prof<sup>a</sup>. Maria Isabel de Azevedo Souza

---

Prof. Dr. William Smith Kaku

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço inicialmente a meus pais, Clarice e George, que desde cedo me incentivam a perseguir meus objetivos, sempre com a certeza de que conseguirei alcançá-los. Agradeço pelo amor, apoio, carinho e compreensão, sem os quais não estaria concluindo este curso de Direito.

Agradeço ao Matheus, pelo companheirismo, pela extrema paciência e pelas palavras de incentivo, tão importantes nas últimas semanas.

Registro ainda especial agradecimento à Prof<sup>a</sup>. Vivian Josete Pantaleão Caminha, pelas preciosas aulas de Direito Constitucional, que me inspiraram a escolher esta área para elaborar meu trabalho, e, principalmente, pela excelente orientação, atenção e paciência a mim dedicadas.

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre a problemática da inconstitucionalidade por omissão, especialmente sobre a evolução da aplicação de um dos seus instrumentos de controle, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pelo Supremo Tribunal Federal. Em um primeiro momento, analisa-se a ideia de força normativa da Constituição e, com base nesta concepção, são expostas as teorias sobre a aplicabilidade e efetividade das normas constitucionais no ordenamento brasileiro, à luz da Constituição de 1988. Adiante, discorre-se sobre a inconstitucionalidade por omissão, apresentando seu conceito, caracterização, espécies, limites e formas de supressão. Na terceira parte, é apresentada a controvérsia existente quanto aos efeitos da decisão de procedência da ação, por meio da análise crítica de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Neste ponto, também é analisada a evolução do tema em relação à possibilidade de concessão de medida cautelar e de reconhecimento da fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão.

**Palavras-chave:** Omissão Inconstitucional. Jurisdição Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

## **ABSTRACT**

The present study disserts about the question of omissive unconstitutionality, and, more particularly, the development of the application of one of its controlling instruments, the Direct Action of Unconstitutionality by Omission by the Federal Supreme Court. In a first instant, the idea of normative strength of the Constitution is analyzed, and, based on this conception, the theories about the applicability and effectiveness of constitutional norms in the Brazilian legal system are exposed, from the perspective of 1988 Constitution. Thereafter, there is a discussion about the omissive unconstitutionality, presenting its concept, characterization, limits and suppression ways. In the third part, is presented the debate around the effects of the decisions, by the critical analysis of the action's application by the Federal Supreme Court. In this point, is also analyzed the evolution of the topic related to the possibility of ordering a provisional measure and to the recognition of the fungibility between Direct Action of Unconstitutionality by Action and by Omission.

**Keywords:** Omissive Unconstitutionality. Constitutional Jurisdiction. Direct Action of Unconstitutionality by Omission.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade  
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias  
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão  
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil  
CTN – Código Tributário Nacional  
DJ – Diário da Justiça  
EC – Emenda Constitucional  
FPE – Fundo de Participação dos Estados  
MC – Medida Cautelar  
MI – Mandado de Injunção  
Min. – Ministro  
MP – Medida Provisória  
QO – Questão de Ordem  
Rel. – Relator  
RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança  
STF – Supremo Tribunal Federal  
TSE – Tribunal Superior Eleitoral

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 EFETIVIDADE E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>17</b>
<b>2.1 Força normativa da Constituição.....</b>	<b>17</b>
<b>2.2 Normas constitucionais.....</b>	<b>21</b>
<b>2.2.1 Características gerais das normas constitucionais .....</b>	<b>21</b>
<b>2.2.2. Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais.....</b>	<b>23</b>
<b>2.3 Perfil da Constituição de 1988 .....</b>	<b>31</b>
<b>3 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO .....</b>	<b>36</b>
<b>3.1 Conceito e caracterização .....</b>	<b>36</b>
<b>3.2 Omissão total e parcial .....</b>	<b>42</b>
<b>3.3 Momento de verificação.....</b>	<b>46</b>
<b>3.4 Instrumentos de supressão: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção.....</b>	<b>48</b>
<b>4 APLICAÇÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>52</b>
<b>4.1 Considerações preliminares .....</b>	<b>52</b>
<b>4.2 Efeitos da decisão.....</b>	<b>54</b>
<b>4.3 Medida Cautelar.....</b>	<b>69</b>
<b>4.4 Fungibilidade entre ADI e ADO .....</b>	<b>75</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>80</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>84</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), promulgada em 05 de outubro de 1988, é conhecida como a “Constituição Cidadã”. Nascida do ocaso de vinte anos de ditadura militar e na esteira do movimento das “Diretas Já” - o maior movimento popular da história do Brasil -, recebeu tal alcunha diante da ampla participação da sociedade civil na sua elaboração e da preocupação por parte do constituinte com a efetivação da cidadania.

Por força dessa participação popular, ela destoa das Cartas Constitucionais anteriores em vários aspectos. De um lado, restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, previstos, de forma inédita, no início do texto constitucional, ampliou a gama de direitos sociais e instituiu a tutela dos direitos coletivos e difusos. Reivindicações populares foram contempladas em várias normas, como a que assegura as eleições diretas para a Chefia do Executivo em todos os níveis da Federação.

De outro lado, alcançou um nível de efetividade superior a qualquer das Cartas anteriores. Tal força normativa representou uma superação do modelo em que a Constituição era vista como um documento político e retórico, cuja concretização ficava condicionada à liberdade do legislador ou à discricionariedade do administrador, sem participação do Judiciário na realização de seu conteúdo. Luis Roberto Barroso afirma, inclusive, que até 1988 o projeto institucional brasileiro foi marcado por uma frustração de propósitos, causada tanto pela falta de seriedade em relação à Lei Fundamental e a consequente distância entre texto e realidade, como pelo que chama de “insinceridade constitucional”, vez que as Constituições eram apenas repositórios de promessas vagas, sem possibilidade de implementação em senso pragmático.<sup>1</sup>

Na persecução do objetivo de assegurar maior força normativa às normas constitucionais, a jurisdição constitucional igualmente ampliou-se. No entanto, percorreu-se um longo caminho até esse momento.

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217-218.

A experiência constitucional brasileira é composta por oito Cartas, desde a Independência.<sup>2</sup> A análise desta experiência torna possível observar a expansão do controle de constitucionalidade na ordem jurídica moderna, e a conseqüente evolução da jurisdição constitucional no direito brasileiro.

A primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824, não previa qualquer forma de controle jurisdicional de constitucionalidade, apesar da existência de um Supremo Tribunal de Justiça.<sup>3</sup> A guarda da Constituição cabia ao próprio Poder Legislativo, que também detinha as funções de edição, interpretação e revogação das leis. À época, por influência dos direitos francês (a lei como expressão da vontade geral) e inglês (supremacia do Parlamento), vigorava o dogma da soberania do Parlamento, segundo o qual apenas o legislador poderia saber o verdadeiro sentido da norma.<sup>4</sup> Eventuais conflitos entre os Poderes eram resolvidos não pelo Judiciário, mas pelo Imperador, no exercício de Poder Moderador<sup>5</sup> (cuja existência restringiu-se a esta Constituição, também chamada “Imperial”).

O controle exercido pelo Poder Judiciário só surgiu na Constituição provisória de 1890 (Decreto n.º 510),<sup>6</sup> sendo efetivamente consolidado na Constituição

<sup>2</sup> As Constituições brasileiras entraram em vigor em 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. A Emenda Constitucional n. 1 de 1969 é considerada como uma autêntica Constituição, em razão de seu caráter revolucionário.

<sup>3</sup> “Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.” BRASIL. Constituição (1824) **Constituição Política do Imperio do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)> Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>4</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 156.

<sup>5</sup> O Poder Moderador estava previsto no art. 98, *verbis*: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.” Entre tais poderes, conforme art. 101, estavam o de nomear senadores, dissolver a Camara dos Deputados, nos casos em que “o exigir a salvação do Estado” e convocar outra para substituí-la, nomear e demitir livremente os Ministros do Estado, suspender magistrados, perdoar e moderar as penas dos réus condenados por sentença e conceder anistia, entre outros. BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)> Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>6</sup> O art. 58, § 1º, alíneas a e b, do Decreto nº 510, de 22.06.1890, e o Decreto nº 848, de 11.10.1890, estabeleceram regras de controle difuso inspiradas no judicial review do direito norte-americano. Assim dispunha o primeiro dispositivo: “Ao Supremo Tribunal Federal compete: I. Processar e julgar originaria e privativamente: [...] a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella; b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados.” BRASIL. **Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890**. Disponível em:

“Republicana” de 1891, que incorporou as disposições dos decretos e instituiu a competência do recém-criado Supremo Tribunal Federal (STF) para conhecer da legitimidade de leis e atos normativos infraconstitucionais perante a Constituição, pela via de exceção ou defesa.<sup>7</sup> Seguiu-se, portanto, o modelo norte-americano de fiscalização difusa, incidental e repressiva de constitucionalidade das leis ou atos normativos.<sup>8</sup> Posteriormente, a Lei federal nº 221, de 20.11.1894, regulou, com maior detalhamento, esse modelo.<sup>9</sup> O sistema foi mantido após a reforma constitucional ocorrida em 1926.<sup>10</sup>

A principal inovação trazida pela Constituição de 1934 foi o aperfeiçoamento do controle difuso, mediante a atribuição de competência ao Senado Federal para suspender, em caráter geral, a execução, no todo ou em parte, de norma declarada inconstitucional pelo STF por decisão definitiva, ampliando, desse modo, os respectivos efeitos (eficácia *erga omnes*).<sup>11</sup> Foram ainda introduzidas outras modificações no sistema, como a necessidade de formação de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade (cláusula de reserva do plenário) e a criação da representação interventiva (hoje denominada ação direta de inconstitucionalidade interventiva) - precursora do controle

---

<[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo\\_norma=DEC&data=18900622&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s)>. Acesso em: 26 nov. 2012. O art. 3º do Decreto n. 848, que organizava a Justiça Federal, estabelecia que: “Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte.” BRASIL. **Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D848impresao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impresao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>7</sup> “Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...]§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” BRASIL. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>8</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 98.

<sup>9</sup> “Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. [...]§ 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.” BRASIL. **Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1851-1900/L0221.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L0221.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2012.

<sup>10</sup> No sistema difuso qualquer juiz ou tribunal, desde que observadas as regras de competência e organização judiciária, pode pronunciar-se sobre a validade da norma impugnada, declarando, incidentalmente, a sua (in)constitucionalidade, de modo prejudicial ao mérito da lide, com efeitos vinculantes às partes.

<sup>11</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 302.

concentrado -, para os casos de descumprimento de princípio constitucional sensível.<sup>12</sup> Sujeita à competência do STF e proposta pelo Procurador-Geral da República, a ação representava forma de composição judicial de conflitos federativos, na medida em que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º)<sup>13</sup>, à declaração de sua constitucionalidade pelo STF (art. 12, § 2º)<sup>14</sup>.

A Constituição seguinte, de 1937, possuía caráter autoritário. Embora tenha mantido o sistema de controle difuso, não repetiu as inovações trazidas pela Constituição anterior, mantendo apenas o quórum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais. Além disso, representou um retrocesso, ao enfraquecer a supremacia das decisões do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, prevendo uma modalidade de “reconstitucionalização”, de iniciativa do Presidente da República, que, de modo discricionário, poderia submeter ao reexame do Poder Legislativo uma lei declarada inconstitucional. Os efeitos da decisão poderiam ser suprimidos, caso aquele declarasse a constitucionalidade da lei ou ato normativo por 2/3 de seus membros.<sup>15</sup> Em razão da dissolução do Poder Legislativo, o próprio Presidente da República exercia, cumulativamente, as funções executivas com as legislativas, podendo, por si só, desautorizar a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Os princípios constitucionais sensíveis são assim denominados por estarem expressos taxativamente no texto constitucional para organização dos Estados-membros da Federação. São de observância obrigatória, e, caso violados, autorizam a intervenção federal para assegurar o respeito à ordem constitucional. Na Constituição de 1934, os princípios constitucionais sensíveis estavam consagrados no art. 7º, I, alíneas ‘a’ a ‘h’.

<sup>13</sup> Previa o §3º do art. 41: “Compete exclusivamente ao Senado Federal a iniciativa das leis sobre a intervenção federal, e, em geral das que interessem determinadamente a um ou mais Estados.” BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2012.

<sup>14</sup> “§1º - Na hipótese do nº VI, assim como para assegurar a observância dos princípios constitucionais (art. 7º, nº I), a intervenção será decretada por lei federal, que lhe fixará a amplitude e a duração, prorrogável por nova lei. A Câmara dos Deputados poderá eleger o Interventor, ou autorizar o Presidente da República a nomeá-lo.” BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2012.

<sup>15</sup> Tal possibilidade estava prevista no art. 96, parágrafo único, *verbis*: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.” BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2012.

<sup>16</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114.

Tal mecanismo foi suprimido na Constituição de 1946, que reinseriu no texto constitucional a representação interventiva e a suspensão, pelo Senado, da execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional. Em 1965, com a Emenda Constitucional (EC) nº 16, de 26.11.1965, foi inaugurado o controle concentrado de constitucionalidade, com a criação da representação genérica de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (hoje ação direta de inconstitucionalidade), de competência originária do STF, cujo único legitimado ativo era o Procurador-Geral da República.<sup>17</sup> Também, por esta Emenda, foi autorizado o controle de constitucionalidade em âmbito estadual,<sup>18</sup> posteriormente suprimido na edição da Constituição de 1967.

Essa Constituição (1967) manteve, no geral, as disposições das anteriores. A EC n.º 1 de 1969, considerada por alguns como uma autêntica Constituição,<sup>19</sup> permitiu o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no Município.<sup>20</sup> Em 1977 foi editada a EC n.º 07, que passou a admitir a concessão de medida cautelar nas representações genéricas de inconstitucionalidade<sup>21</sup> e criou a representação para a interpretação de lei ou ato normativo<sup>22</sup> (hoje extinta).

<sup>17</sup> “Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente:[...] a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;” BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 16, de 1965**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 06 dez. 2012.

<sup>18</sup> Conforme inciso XIII do art. 124, que assim dispunha: “A lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado.” BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 16, de 1965**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 06 dez. 2012.

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114

<sup>20</sup> A Constituição assegurava a autonomia dos municípios, prevendo as formas em que poderia ser realizada a intervenção nos mesmos. A disposição citada era uma destas formas, prevista no art. 15, §3º, alínea “d”, com o seguinte teor: “O Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover à execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade;” BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2012.

<sup>21</sup> A apreciação de pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade estava previsto entre as competências do Supremo Tribunal Federal, no art. 119, I, alínea ‘p’.

<sup>22</sup> Também prevista entre o rol de competências do Supremo Tribunal Federal, no art. 119, I, alínea ‘l’.

Com a Constituição de 1988, formou-se um complexo sistema de controle de constitucionalidade, com o aperfeiçoamento dos institutos já existentes e a previsão de novos instrumentos, combinando os métodos difuso e concentrado. Manteve-se a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, assim como a fiscalização difusa, realizada por todos os juízes, em todos os graus de jurisdição. Com a instituição do mandado de injunção, do mandado de segurança coletivo, do *habeas data* e da ação civil pública, aumentou-se o rol de ações constitucionais, formas de garantias jurídicas dos direitos previstos na Constituição e importante mecanismo de efetivação de suas normas, quando não cumpridas espontaneamente.<sup>23</sup> Foram criados novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade (ADC, introduzida pela EC n.º 3, de 1993), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF, de aplicação subsidiária)<sup>24</sup> e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). O rol de legitimados para a propositura das ações diretas foi ampliado, contemplando-se outros importantes segmentos da sociedade, como partidos políticos, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e entidades de classe, dentre outros. Com a edição da EC n.º 45/2004 os efeitos vinculantes das decisões, inicialmente expressos somente em relação à ADC, foram estendidos também para a ADI<sup>25</sup>, o que já estava previsto na Lei n.º 9.868, de 10.11.1999.<sup>26</sup> Além disso, no art. 125, § 2º, permitiu-se a instituição de representação de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou

---

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 222.

<sup>24</sup> De acordo com o art. 4º, §1º, da Lei 9.882, a ADPF possui caráter residual, uma vez que só será admitida quando não houver outro meio eficaz capaz de sanar a lesividade.

<sup>25</sup> Conforme art. 102, §2º, da CRFB: “§ 2º 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.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>26</sup> Conforme art. 28, parágrafo único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.” BRASIL. **Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2012.

municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão.<sup>27</sup>

Nesta nova ordem, o STF ganhou maior relevância. Institutos como as súmulas vinculantes e a obrigatoriedade do cumprimento de suas decisões permitiram que seus pronunciamentos produzissem efeitos mais amplos. Além disso, na medida em que o novo modelo exigia o cumprimento da Constituição por via da ação estatal (e não somente pela abstenção) dos Poderes Executivo e Legislativo,<sup>28</sup> o STF passou a ter papel mais ativo na função de efetivação da Constituição, seja por meio do controle às suas violações como pelo suprimento das omissões que obstaculizam sua plena força normativa.

Entre essa gama de inovações, chama atenção a problemática da inconstitucionalidade por omissão, à qual o constituinte emprestou grande significado, ao prever dois instrumentos para seu combate: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No entanto, por muito tempo, nenhum deles alcançou significativo sucesso prático, devido às limitações impostas pela jurisprudência do próprio STF, o que ocasionou certo sentimento de descrença em relação à capacidade dos institutos cumprirem seu desiderato de efetivação das normas constitucionais. Verificando, porém, a evolução na aplicação dos institutos, é possível concluir que o mandado de injunção ganhou impulso nos últimos anos, devido à grande virada jurisprudencial em relação aos seus efeitos.<sup>29</sup> O mesmo não ocorreu com a ação direta, cuja concepção evoluiu em menor medida desde o início de sua aplicação.

O presente trabalho visa analisar se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode ser considerada um instrumento capaz de cumprir seu objetivo de dar efetividade à Constituição, diante dos efeitos conferidos às decisões do STF que reconhecem a omissão inconstitucional. Para tanto, utilizar-se-á como base a

---

<sup>27</sup> “§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>28</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 32.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

pesquisa da legislação vigente, das doutrinas brasileira e estrangeira e da jurisprudência.

Tal tema é de fundamental importância, eis que passados mais de 24 (vinte e quatro) anos de sua promulgação, nem todos os direitos previstos no texto constitucional foram efetivados pelo legislador. Em relação a muitos deles, o STF reconheceu a existência de omissão inconstitucional, sem que, no entanto, recebessem até o momento o devido desenvolvimento legislativo.<sup>30</sup> Tal comportamento representa um obstáculo à concretização da própria Constituição e do Estado de Direito por ela preconizado, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político (art. 1º da CRFB).<sup>31</sup> Embora doutrina e jurisprudência concordem sobre seus efeitos danosos à ordem constitucional, não há consenso sobre como deve ser a atuação do Poder Judiciário para efetivamente controlar a inconstitucionalidade por omissão: se suprindo a omissão por meio de sentença aditiva, se “obrigando” os demais Poderes a cumprir com sua obrigação de efetivar a Constituição (e, neste caso, levanta-se a questão do quão impositiva pode ser essa obrigação) ou apenas dando ciência aos mesmos de que estão em mora constitucional. A partir da análise da evolução da aplicação da ação no âmbito do STF, pretende-se demonstrar os fundamentos dessas posições.

Porém, previamente ao enfrentamento do cerne da questão, mostra-se necessário tecer algumas considerações acerca da efetividade e aplicabilidade das normas constitucionais no ordenamento brasileiro. A tal se dedicará a primeira parte do trabalho.

Inicialmente, serão apresentadas noções gerais acerca da força normativa da Constituição, tema indissociável do estudo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Com base nessa concepção, em seguida serão expostas as teorias sobre a aplicabilidade, eficácia e efetividade de suas normas, a fim de delimitar o campo em que a inconstitucionalidade por omissão poderá ocorrer. A partir destas considerações, buscar-se-á traçar um perfil da Constituição de 1988, no que se

---

<sup>30</sup> Na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, é possível acessar o conteúdo de um rol de decisões em que foi declarada a mora do Poder Legislativo e cuja matéria ainda encontra-se pendente de disciplina. Ver em “Omissão Inconstitucional” <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em: 09 nov. 2012.

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68.

refere às características de suas normas e à preocupação do constituinte com a efetivação das mesmas.

Na segunda parte do trabalho, será enfocada a inconstitucionalidade por omissão propriamente dita, delimitando seu objeto, espécies, limites e momento de verificação. Procurar-se-á distinguir, ainda, os seus instrumentos de supressão: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Finalmente, a terceira parte do trabalho apreciará a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a partir de uma análise crítica da evolução de sua aplicação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como da repercussão doutrinária sobre estas decisões. Serão enfocados três aspectos nesta análise, diretamente relacionados à eficácia da própria ação: os efeitos conferidos à decisão que reconhece a omissão inconstitucional, a possibilidade de concessão de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o reconhecimento de fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão, quando fundadas em omissão parcial.

## 2 EFETIVIDADE E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

### 2.1 Força normativa da Constituição

A ideia de omissão inconstitucional está diretamente vinculada ao papel conferido ao texto constitucional em um ordenamento jurídico, à preocupação em realizar suas disposições e concretizar seus programas. Por essa razão, o ponto de partida para a análise do tema deve ser o estudo da teoria da força normativa da Constituição.

Por muito tempo, a doutrina teorizou acerca da natureza da Constituição. Formularam-se concepções jusnaturalistas, sociológicas, positivistas, marxistas, axiológicas, estruturalistas, institucionalistas, entre outras.<sup>32</sup> Dentre essas, destacam-se três formulações de grande repercussão e influência no pensamento constitucional contemporâneo: a sociológica, a positivista ou jurídica e a normativa.

A concepção sociológica confere relevância à íntima relação entre o direito e o meio social. É associada ao alemão Ferdinand Lassalle, para quem o documento “Constituição” (Constituição jurídica) não passa de um pedaço de papel, cuja capacidade de regular e motivar é limitada à sua compatibilidade com o que chamava de Constituição real. Esta, por sua vez, é formada pela interação dos fatores reais de poder: o militar (Forças Armadas), o social (latifundiários), o econômico (grande indústria e grande capital), e o intelectual (a consciência e a cultura geral). Em caso de conflito, a Constituição jurídica sucumbe diante dos fatores reais de poder dominantes,<sup>33</sup> que independem das regras jurídicas.

A concepção positivista (ou jurídica), ao contrário, define Constituição como a lei suprema do Estado, fruto da vontade racional do homem e alocada no mundo do “dever ser”. Nesse sentido, Hans Kelsen, já no século XX, a concebe em dois planos, como uma norma fundamental hipotética (conceito lógico-jurídico) que serve de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição “jurídico-positiva”, que equivale, por sua vez, à norma positiva suprema que regula a criação de outras normas. O Direito, nesta concepção, é um sistema escalonado em cujo topo se situa

---

<sup>32</sup> Tais concepções não serão tratadas no presente trabalho, senão de forma abreviada, pois fogem ao objeto específico do estudo.

<sup>33</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 9; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39.

a Constituição, que serve como fundamento de validade para todas as demais normas do ordenamento jurídico. Embora reconheça que na base do direito positivo existe uma realidade social, que o explica, fundamenta e inspira, tal concepção prevê que as realidades política e social são problemas metajurídicos, cujo estudo não deve ser realizado pelo jurista. A Constituição é considerada “norma pura”, sem pretensão de fundamentação sociológica, política ou filosófica.<sup>34</sup>

Em contraposição a essas duas ideias, Konrad Hesse desenvolveu a concepção normativa, em que a Constituição é condicionada historicamente pela realidade, mas não corresponde a mero reflexo das forças sociais e políticas vigentes. Para o jurista alemão, ordenação jurídica constitucional e realidade não são dois compartimentos estanques e autônomos, e sim inter-relacionados, sendo a norma constitucional um dado da realidade. Assim, a Constituição deixa de ser o ordenamento jurídico do Estado para se converter em norma ordenadora de toda a coletividade, determinando seus princípios diretivos e as tarefas estatais, regulando procedimentos de superação de conflitos, ordenando a organização e a formação da unidade política e criando as bases e os traços fundamentais da ordem total jurídica. Consiste, dessa forma, em um “plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade”.<sup>35</sup>

O autor parte da premissa de que a Constituição contém sempre uma força própria, capaz de motivar e ordenar a vida do Estado e da sociedade, poder este que não se reduz às forças sociais. Assim, em caso de conflito, a Constituição jurídica não deve, necessariamente, sucumbir, ao contrário da teoria sustentada por Lassalle.

Para Hesse, a essência da norma constitucional “reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”.<sup>36</sup> A possibilidade de realização da norma irá depender de elementos da realidade, das condições técnicas, naturais, econômicas, sociais e políticas de uma sociedade. Conjuntamente com esses fatores atua a pretensão de eficácia da norma constitucional. Na medida em que consegue realizar essa pretensão de eficácia, a

---

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79, e FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.32.

<sup>35</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 37.

<sup>36</sup> *Idem*. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14.

Constituição adquire força normativa, que será tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção da inviolabilidade e da necessidade de realização da Constituição na consciência das pessoas em geral e, principalmente, na consciência dos responsáveis pela vida constitucional. Tal convicção corresponde ao que Hesse denomina “vontade de Constituição”, refletida no cumprimento das normas, na disposição de orientar-se segundo a ordem estabelecida.

Esta vontade origina-se, nas palavras do autor:

[da] compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem definida pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também, na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas.<sup>37</sup>

Hesse elenca pressupostos (“pressupostos realizáveis”) que permitem à Constituição desenvolver a sua força normativa, relacionados tanto ao conteúdo do texto quanto à práxis constitucional. O primeiro é a correspondência entre o seu conteúdo e os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes de seu tempo, a fim de encontrar apoio e defesa na consciência geral. Ou seja, o Direito não pode ter a pretensão de normatizar o inalcançável, não pode ser alheio à realidade. Diante de excessos irrealizáveis, a tendência do intérprete é negar o caráter vinculativo da norma, distorcendo a força normativa da Constituição.<sup>38</sup> Nesse sentido, afirma Hesse:

Se não quiser permanecer “eternamente estéril”, a Constituição - entendida aqui como “Constituição jurídica” - não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente. Se lhe faltam estes pressupostos, a Constituição não pode emprestar “forma e modificação” à realidade.<sup>39</sup>

É pontuada também a necessidade de que seu conteúdo tenha condições de se adaptar a uma mudança de circunstâncias, devendo estabelecer princípios

---

<sup>37</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20-21.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 220.

<sup>39</sup> HESSE, *op. cit.*, p. 18.

fundamentais que possam ser desenvolvidos (atentando a certa relatividade de seus elementos, tanto regras como princípios), ao invés de constitucionalizar interesses momentâneos.<sup>40</sup> A Constituição, portanto, não pode ter pretensão de completude, eis que não tem um caráter codificador. Ao contrário, deve ser uma obra conscientemente aberta, que permita certa flexibilidade para o contínuo desenvolvimento político.<sup>41</sup>

Além disso, não deve apresentar uma estrutura unilateral, devendo incorporar parte de estruturas contrárias. Isto é, direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão dos poderes deve pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo só subsiste com uma dose de unitarismo. A tentativa de concretização de um desses princípios de forma pura implicaria ultrapassar os limites da força normativa da Constituição, pois a realidade se sobreporia à normatividade.

Quanto à *práxis*, refere a necessidade de que todos os partícipes da vida constitucional partilhem da já referida “vontade de Constituição” (ou seja, exige-se dos partícipes da vida constitucional a observância da Constituição acima dos caprichos ou das facilidades sugeridas pelo momento) e salienta a importância da interpretação adequada das normas constitucionais, que concretize o sentido das proposições com as condições reais dominantes.<sup>42</sup> Deve-se, assim, evitar constantes revisões e reformas, que abalam a confiança na força normativa e no valor da ordem constitucional. A interpretação deve concretizar a Constituição diante do dinamismo da realidade histórica, buscando ao máximo a atualização da norma antes de sua reforma ou revisão.

Tanto a concepção jurídica como a normativa influíram no que Luis Roberto Barroso chama de “grande mudança de paradigma no século XX” no âmbito do Direito Constitucional: a atribuição à norma constitucional de *status* de norma jurídica, superando o entendimento anterior que concebia a Constituição como mero documento político, cuja concretização ficava condicionada à discricionariedade dos Poderes Públicos. Com a alteração de entendimento, a norma constitucional passa a ser dotada de imperatividade, com mecanismos próprios de coação, para garantir-

---

<sup>40</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 21.

<sup>41</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.

<sup>42</sup> HESSE, *op. cit.*, p. 20-23.

lhe a observância, e a previsão de consequências, para seu descumprimento.<sup>43</sup> Desenvolveu-se a preocupação com a efetividade e a máxima realização, na vida real, do programa normativo estabelecido pela Constituição.

Percebe-se, assim, que a força normativa é um problema de todas as ordens constitucionais, que não se manifesta e se resolve de forma abstrata. Ao contrário, a força normativa é garantida por fatores internos e externos à Constituição e depende da articulação entre a realidade social, política, cultural e econômica de uma determinada ordem jurídica. A pressão social e econômica e o comprometimento dos agentes políticos constituem fatores externos ao texto constitucional que asseguram sua força normativa. Por outro lado, a Constituição pode prever instrumentos para preservação de seu conteúdo essencial, tais como o controle de constitucionalidade, a previsão de limites ao poder de reforma constitucional, a regulação de estados de exceção e a previsão de ações constitucionais que garantam a proteção a direitos fundamentais.<sup>44</sup>

Uma vez que o problema da força normativa revela-se dentro de uma realidade constitucional concreta, cumpre analisar como a Constituição de 1988 realiza a pretensão de eficácia de suas normas.

## 2.2 Normas constitucionais

### 2.2.1 Características gerais das normas constitucionais

No sistema brasileiro, são consideradas normas constitucionais as elaboradas pelo poder constituinte originário ou reformador e integradas ao texto da Constituição. As normas infraconstitucionais são as demais do ordenamento jurídico, editadas pelos poderes constituídos. Tal critério leva em conta o aspecto formal da criação da norma e inserção no texto constitucional, sendo indiferente seu conteúdo material.<sup>45</sup> As normas constitucionais são consideradas normas jurídicas,<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 218.

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

<sup>45</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 190.

<sup>46</sup> Até a Segunda Guerra, vigorava na Europa o modelo da centralidade da lei e da supremacia do Parlamento, cujos atos eram insuscetíveis de controle judicial. Após a guerra, adotou-se o modelo americano de constitucionalismo, fundado na força normativa da Constituição, documento dotado de supremacia e protegido por mecanismos de controle de constitucionalidade. (BARROSO, Luís

compartilhando das mesmas características gerais dessas. No entanto, não são normas jurídicas como as outras, pois possuem uma natureza singular, decorrente de sua posição no sistema, conteúdo, natureza de linguagem e dimensão política.<sup>47</sup>

As normas constitucionais possuem superioridade jurídica em relação às demais normas do ordenamento. Isso se deve ao postulado da supremacia constitucional, que preceitua que nenhuma lei ou ato normativo pode ser válido se incompatível com a Constituição. Para assegurar essa supremacia, criaram-se instrumentos como o controle de constitucionalidade das leis e a interpretação conforme a Constituição. De acordo com o postulado, a norma constitucional é parâmetro de validade e de interpretação de todos os demais atos normativos do sistema jurídico.<sup>48</sup>

Quando considerado o aspecto material das normas constitucionais, verifica-se, igualmente, que seu conteúdo é diverso do das demais normas, possuindo estrutura, finalidade e objeto específicos. A Constituição é considerada como a lei suprema do Estado, pois organiza a sua estrutura, institui órgãos públicos e define competências. Além disso, nela encontram-se as normas fundamentais da coletividade, as que instituem direitos individuais, sociais, políticos e coletivos e outras que traçam fins e metas para a atuação dos Poderes Públicos.<sup>49</sup> As disposições constitucionais os vinculam permanentemente ao dever de concretizar os programas, tarefas, fins e ordens estabelecidos na Constituição, sob pena de declaração de inconstitucionalidade por omissão.<sup>50</sup>

Quanto à linguagem, as normas constitucionais caracterizam-se pela abertura de seu texto, marcado pela utilização de cláusulas gerais, além de preceitos específicos, deixando ao intérprete parte do papel de criação do Direito, diante do caso concreto. Tal abertura possibilita a atualização de sentido da Constituição ao longo do tempo, pela incorporação de novas realidades fáticas e circunstâncias. Destaca-se, nesse sentido, o fenômeno da mutação constitucional, que consiste nas alterações do significado, sentido e alcance das disposições constitucionais, por meio da interpretação judicial, dos costumes ou das leis, sem alteração do texto.

---

Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 197.)

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 179.

Trata-se de processo informal de mudança da Constituição,<sup>51</sup> que só se torna perceptível quando comparados os entendimentos atribuídos às cláusulas constitucionais em épocas distintas.<sup>52</sup> A interpretação, por sua vez, também possui certa força criativa, quando se expressa em suas formas construtiva ou evolutiva. A primeira consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição para hipótese de incidência não prevista originariamente em seu texto. A segunda, evolutiva, seria a aplicação da Constituição a situações não contempladas à época de sua promulgação, por não existirem ou não terem sido antecipadas, mas que se enquadram nas possibilidades semânticas do texto constitucional.<sup>53</sup>

Por fim, as normas constitucionais possuem caráter político diverso das normas jurídicas em geral, uma vez que ideias como Estado democrático de direito, soberania popular e separação dos poderes envolvem valorações políticas. A atuação de Tribunal Constitucional também envolve aspectos políticos, principalmente nos casos em que o Poder Legislativo não tem atuação satisfatória, deixando determinadas situações para regulação pelo Poder Judiciário.<sup>54</sup>

### **2.2.2. Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais**

Hoje é pacífico o entendimento no sentido de que todas as normas constitucionais, qualquer que seja seu conteúdo, possuem força normativa, o que implica reconhecer-lhes, sempre e necessariamente, alguma sorte de eficácia.<sup>55</sup>

A doutrina constitucional, desde longa data, ocupa-se da classificação das normas constitucionais quanto ao seu grau de aplicabilidade. Tal categorização influi

---

<sup>51</sup> Os processos de mudança ditos formais são aqueles mecanismos estabelecidos no próprio texto constitucional, como as emendas, que podem suprimir ou acrescentar artigos ao texto original, modificando-o, portanto. A denominada reforma constitucional, é, de regra, um procedimento mais complexo que a edição da legislação ordinária, de onde resulta a rigidez constitucional. (LENZA, Pedro. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90.)

<sup>52</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processo Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9.

<sup>53</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129-130. O autor cita como exemplo de interpretação construtiva a cláusula que assegura o direito de o preso permanecer calado, prevista no art. 5º, LXIII, de onde extraiu-se o direito à não autoincriminação de qualquer acusado, e não apenas o preso. Um dos exemplos de interpretação evolutiva citados pelo autor é a aplicação das normas relativas à liberdade de expressão e ao sigilo de correspondência à *internet*, fenômeno do qual não se cogitava à época da elaboração da Constituição de 1988.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>55</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 114

especialmente na escolha dos meios de interpretação das normas e nos limites que tais categorias impõem ao intérprete, tanto em relação à discricionariedade da ação interpretativa quanto aos seus resultados.<sup>56</sup> Dependendo da categoria em que determinada norma for alocada pelo intérprete, diferentes serão seus efeitos. A preocupação com a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais relaciona-se diretamente com a preocupação com sua efetividade e força normativa.<sup>57</sup>

Inicialmente, há de se fazer uma diferenciação entre os termos eficácia e aplicabilidade. Tércio Sampaio Ferraz Jr. define a eficácia da seguinte maneira:

Qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica).<sup>58</sup>

Distinguem-se, contudo, as noções de eficácia social e jurídica (técnica). A eficácia social corresponde à existência, na realidade, das condições adequadas para produzir os efeitos da norma, tendo o sentido de “sucesso normativo”, de efetiva obediência e aplicação a casos concretos. A eficácia jurídica (técnica) da norma, por sua vez, designa, nas palavras de José Afonso da Silva, “a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que se cogita”.<sup>59</sup> Ou seja, relaciona-se à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma em abstrato, independentemente de sua aplicação em concreto. É a aptidão para produzir efeitos, a possibilidade de que isso venha a ocorrer.

Existem normas que possuem eficácia jurídica (técnica), não sendo, porém, efetivamente cumpridas no plano social. Tais normas geram apenas certos efeitos, como o de revogar normas anteriores que com ela conflitam.

O fenômeno da eficácia, portanto, comporta dois momentos distintos: o primeiro relacionado à possibilidade de produção de efeitos (eficácia jurídica) e o segundo relacionado à sua efetiva obediência no campo social (eficácia social).

---

<sup>56</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 115.

<sup>57</sup> SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 182-183.

<sup>58</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 203.

<sup>59</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 66.

O conceito de eficácia social, por sua vez, confunde-se com o que outros doutrinadores designam como efetividade. Luis Roberto Barroso conceitua a efetividade das normas como a “realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”.<sup>60</sup> A efetividade representa, assim, a materialização dos preceitos normativos, a aproximação entre a norma e a realidade social (entre o ser e o dever-ser). É o efetivo cumprimento da norma, sua aplicação e observação, a conformidade das condutas humanas com seu conteúdo.<sup>61</sup>

A aplicabilidade identifica-se diretamente com o conceito de eficácia jurídica. José Afonso da Silva formulou o seguinte conceito para o instituto: “Aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos.”<sup>62</sup> Consoante tal entendimento, uma norma eficaz é sempre aplicável, mas poderá não ser aplicada (e assim não alcançar eficácia social).

Como antes referido, a doutrina classifica as normas constitucionais de acordo com sua aptidão para produzir os efeitos pretendidos. Devido à natureza restrita do presente trabalho, mostra-se inviável maior aprofundamento tanto nas diferentes distinções entre eficácia, aplicabilidade e efetividade como em cada uma das teorias classificatórias. Porém, vale destacar algumas propostas. A primeira, no âmbito da doutrina brasileira, foi apresentada por Ruy Barbosa, que reproduziu e adaptou a doutrina americana de Thomas Cooley, dividindo as normas constitucionais em autoaplicáveis ou autoexecutáveis (*self-executing, self-acting* ou *self-enforcing*) e não autoaplicáveis ou não autoexecutáveis (*not self-executing, not self-acting* ou *not self-enforcing*).<sup>63</sup>

Pontes de Miranda seguiu em princípio a proposta formulada por Ruy Barbosa, mas elaborou outra classificação, levando em conta a existência de

---

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 220.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>62</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13.

<sup>63</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 212; TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 10 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 115-116. Conforme essa classificação, resumidamente, as normas *self-executing* são aquelas que preveem todos os meios necessários para que o direito previsto gere efeitos, independentemente da atuação do legislador, enquanto as normas *not self-executing* são aquelas que, em razão da inexistência de meios (referências normativas) para sua efetiva aplicação, ficam em um “estado de dormência” até que a legislação infraconstitucional as torne aplicáveis. Tal classificação foi objeto de várias críticas ao longo do século XX, pois foi baseada em um modelo liberal de Estado, que não mais correspondia ao modelo constitucional brasileiro vigente a partir da Constituição de 1934.

normas programáticas, as quais possuem certa carga vinculativa, na medida em que cerceiam a atividade do legislador, que não poderia contrariar o programa estabelecido pela Constituição. Assim, classificou as normas constitucionais em “normas bastantes em si mesmas”, as quais independem de concretização legislativa para produzir efeitos, e “normas incompletas”, que dependem da atuação do legislador infraconstitucional.<sup>64</sup>

Célebre é igualmente a classificação de José Horácio Meirelles Teixeira, que reconheceu a todas as normas constitucionais caráter cogente, ainda que dependentes de lei posterior, dividindo-as em normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada ou reduzida, sendo estas divididas em normas programáticas e normas de legislação.<sup>65</sup>

Na doutrina nacional, a classificação que obteve maior adesão, embora não isenta de críticas<sup>66</sup>, é a de José Afonso da Silva, que, partindo do princípio de que todas as normas constitucionais possuem alguma eficácia, formulou sua classificação com base no grau de seus efeitos jurídicos. Dessa forma, dividiu as normas constitucionais em três categorias (teoria tricotômica da eficácia): normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; e normas de eficácia limitada ou reduzida.<sup>67</sup>

Importante citar ainda as classificações elaboradas por Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto (que sistematizaram as normas levando em conta o seu modo de incidência e possibilidade de interferência do legislador, dividindo-as em normas

---

<sup>64</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda 1 de 1969), 2 ed., vol. 1, p. 126, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, MITIDIERO. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 162-163.

<sup>65</sup> TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Curso de direito constitucional, Rio de Janeiro: Forense, 1991, *apud* BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 212-213. Conforme Meirelles Teixeira, as normas de eficácia plena são aquelas que produzem seus efeitos essenciais desde o momento da promulgação, enquanto as de eficácia limitada não produzem seus efeitos desde logo, pois não possuem normatividade suficiente, tarefa deixada total ou parcialmente ao legislador ordinário. As normas programáticas constituem programas de ação social destinados ao legislador, enquanto as normas de legislação seriam as que tratam da organização da Constituição e, excepcionalmente, dos direitos e garantias, necessitando de normas legislativas instrumentais para que possam ser aplicadas.

<sup>66</sup> SARLET, *op. cit.*, p. 171. As principais críticas com relação à classificação de José Afonso da Silva foram formuladas por Luís Virgílio Afonso da Silva, e dizem respeito à categoria das normas de eficácia contida, uma vez que, em regra, nenhuma norma possui eficácia absoluta, estando imune a limites e/ou restrições, mesmo as de eficácia plena e as que preveem direitos fundamentais. Ou seja, tal categoria não teria razão em existir de forma autônoma. Outra crítica é representada pela ideia de que todos os direitos dependem de atuação estatal, meios institucionais e condições fáticas e jurídicas para se realizar. Assim, todas as normas seriam de eficácia limitada.

<sup>67</sup> A distinção entre estas categorias será explicitada adiante.

inintegráveis e integráveis<sup>68</sup>), Maria Helena Diniz (normas com eficácia absoluta, normas com eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível e normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa<sup>69</sup>) e Luis Roberto Barroso (que distinguiu as normas levando em conta a sua função no âmbito da Constituição, dividindo-as em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas)<sup>70</sup>.

No presente trabalho, adotar-se-á a classificação de José Afonso da Silva, por ser a que melhor serve para o estudo da inconstitucionalidade por omissão.

Conforme tal teoria, as normas de eficácia plena são as que receberam normatividade suficiente por parte do constituinte para incidência imediata desde a entrada em vigor da Constituição, não dependendo de qualquer providência normativa ulterior para sua aplicação – o que não impede que haja regulação infraconstitucional, desde que esta não restrinja o seu conteúdo eficaz. As normas de eficácia contida, por sua vez, caracterizam-se por também possuírem normatividade suficiente para sua imediata aplicação, porém admitem restrição ao seu conteúdo eficaz imposta por norma infraconstitucional ou interpretação jurídica (seja pela remissão a regulamentação infraconstitucional, seja por conter conceitos indeterminados, seja pela incidência de outra norma constitucional).<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Cf. BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 34 e ss. Conforme essa classificação, as normas inintegráveis são aquelas que encerram uma formulação jurídica impermeável ao querer do legislador, possuindo eficácia plena. As normas integráveis, por sua vez, abrangem as normas restringíveis e completáveis pela atuação do legislador, possuindo eficácia parcial.

<sup>69</sup> Cf. DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*, p. 97 e ss. Para Maria Helena Diniz, as normas de eficácia absoluta são intangíveis, insuscetíveis de mudança mesmo que por Emenda Constitucional, tendo eficácia reforçada em relação às normas de eficácia plena, no que se diferenciam. Estas normas de eficácia plena independem de atuação ulterior do legislador para a produção de seus efeitos, mas podem ser objeto de alteração por Emenda Constitucional. As normas de eficácia relativa restringível e as normas com eficácia relativa complementável correspondem às normas de eficácia contida e às normas de eficácia limitada na classificação de José Afonso da Silva.

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 200-201. As normas constitucionais de organização estruturam e disciplinam o exercício do poder político, sendo dirigidas normalmente ao próprio poder público. As normas constitucionais definidoras de direitos são as que geram direitos subjetivos a prestações positivas ou negativas, podendo o jurisdicionado exigí-las do Estado. As normas constitucionais programáticas são as que traçam fins sociais a ser alcançados mediante atuação futura do poder público, não gerando aos jurisdicionados a possibilidade de exigir comportamento comissivo, apenas de demandar que o poder público não pratique atos contra estas diretrizes.

<sup>71</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82.

Para a análise da problemática da inconstitucionalidade por omissão, a categoria mais relevante é a das normas de eficácia limitada ou reduzida. José Afonso da Silva define-as como normas que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, ficando a cargo do legislador ordinário ou de outro órgão do Estado a tarefa de completar a regulação das matérias nelas dispostas. Embora não tenham aplicabilidade imediata, não são desprovidas de normatividade. Pelo contrário, da mesma forma que as demais normas constitucionais, constituem parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade por ação ou omissão, servindo ainda como diretriz para a interpretação das demais normas e referencial para a recepção, ou não, de normas pretéritas.<sup>72</sup>

As normas de eficácia limitada são divididas em normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e normas declaratórias de princípio programático.

As normas de princípio institutivo podem ser impositivas ou facultativas, e contêm esquemas gerais de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, reservando ao legislador ordinário a tarefa de estruturação definitiva, mediante a edição de lei.<sup>73</sup> Tais normas caracterizam-se por indicar, no próprio texto, uma legislação futura que lhes completará a eficácia e lhes dará efetiva aplicação. São de eficácia limitada, portanto, uma vez que é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena. Porém, como já referido, não são destituídas de aplicabilidade, enquanto o legislador não editar a lei ordinária ou complementar integrativa.

As normas impositivas determinam ao legislador, peremptoriamente, a emissão de uma legislação integrativa. São exemplos os artigos 20, § 2º<sup>74</sup>; 32, § 4º<sup>75</sup>;

---

<sup>72</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 214.

<sup>73</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 123-126.

<sup>74</sup> “§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>75</sup> “§ 4º - Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República**

37, X<sup>76</sup>, entre outros, da CRFB, marcados por expressões como “a lei disporá”, “a lei disciplinará”, “nos casos determinados por lei”, “lei complementar disporá”. Se o comando dispositivo não for cumprido, tal omissão configurará um comportamento inconstitucional, como será visto no decorrer do presente trabalho.

As normas facultativas (ou permissivas) não impõem uma obrigação ao legislador ordinário, mas lhe confere a possibilidade de instituir ou regular a matéria nelas contida. Essas normas são marcadas por expressões como “lei complementar poderá autorizar”, “lei estadual poderá criar”, “a União poderá instituir, mediante lei complementar”. Nesse caso, há discricionariedade para a iniciativa de regulamentação. No entanto, uma vez tomada a iniciativa, a regra é vinculante quanto aos limites, forma e condições nela previstas.<sup>77</sup>

As normas declaratórias de princípio programático são definidas como normas por meio das quais o constituinte, em vez de regular diretamente determinados interesses, limita-se a traçar princípios para serem cumpridos como programas pelos órgãos do Estado, visando à realização dos fins sociais deste.<sup>78</sup> Possuem, assim, um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas. Distinguem-se, portanto, das normas de princípio institutivo, que possuem um conteúdo organizativo e regulativo de órgãos, institutos e entidades, cuja função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição destes. Como exemplo destas normas pode-se citar os artigos 170<sup>79</sup> e 193<sup>80</sup> da CRFB.<sup>81</sup> José Afonso da Silva

---

**Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>76</sup> “X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>77</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 128.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>79</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. BRASIL.

distingue três categorias de normas de princípio programático. Importante referir que todas elas possuem força vinculante, independentemente de dependerem de prestações positivas por parte do Estado.

A primeira categoria é a das normas vinculadas ao princípio da legalidade, cujo texto menciona a necessidade de uma legislação futura para atuação positiva do programa previsto. Dependem, assim, da atividade do legislador e de sua discricionariedade para alcançarem plena efetividade. O autor cita como exemplos de tais normas as consubstanciadas no art. 7º, XX, que prevê a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, “nos termos da lei” e no art. 216, §3º, que prevê que a “lei” estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.<sup>82</sup>

A segunda categoria de normas programáticas é composta pelas normas referidas aos Poderes Públicos, dependentes da discricionariedade da legislação, administração e jurisdição, até onde possam. Nem sempre precisam de lei para seu cumprimento. O autor cita como exemplos o art. 21, IX, que dispõe ser competência da União “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”, e art. 215, §1º, que prevê que “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.<sup>83</sup>

Por fim, a terceira categoria compõe-se de normas dirigidas à ordem econômica estatal. Sua não observância, por qualquer sujeito, público ou privado, que aja em sentido oposto traduz uma inconstitucionalidade. São exemplos os artigos 170 e 193, já citados.<sup>84</sup>

A omissão legislativa inconstitucional atua no campo das normas de eficácia limitada, tanto nas normas de princípio institutivo impositivo, que obrigam o legislador ordinário a editar comandos normativos, sem margem de discricionariedade, como nas de princípio institutivo facultativo e nas de princípio

---

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>80</sup> “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>81</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 125.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 147-148.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 147-149.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 150.

programático. No caso das normas de princípio institutivo facultativo, o legislador possui discricionariedade quanto à iniciativa da lei, não podendo ser censurado se não a tomar. Porém, uma vez tomada, fica vinculado aos limites, forma e condições previstos no texto constitucional. Assim, se não cumprir as exigências dispostas na Constituição de forma integral, poderá incorrer em inconstitucionalidade por omissão parcial.

Quanto às de princípio programático, considera-se que a falta de desenvolvimento das normas vinculadas ao princípio da legalidade e as referidas aos poderes públicos igualmente podem caracterizar omissão inconstitucional, normativa ou não, uma vez que tais dispositivos contêm um dever jurídico de ação. As dirigidas à ordem-econômica e social, por sua vez, podem constituir parâmetro para o controle da inconstitucionalidade por ação de leis ou atos normativos editados em sentido oposto a seu conteúdo. Importante frisar, ainda, que todas as normas programáticas possuem imperatividade, uma vez que impõem limites à autonomia de determinados sujeitos e ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados.<sup>85</sup> Detém, assim, força vinculante mesmo que não haja imposição constitucional dirigida expressamente ao legislador, sendo vedada a omissão do Estado em não assegurar as prestações previstas aos cidadãos.

Conceito, possibilidade e limites da inconstitucionalidade por omissão serão melhor examinados no terceiro capítulo do presente trabalho.

### 2.3 Perfil da Constituição de 1988

O problema da efetividade das normas constitucionais mostra-se especialmente relevante diante do perfil da Constituição de 1988, cujo texto apresenta um número significativo de normas de eficácia limitada e aplicabilidade indireta que dependem de providências normativas para produção dos efeitos previstos pelo constituinte. Cabe ao legislador conferir-lhes executoriedade plena, por meio da edição de leis integrativas.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 154.

<sup>86</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 17.

A Constituição é marcada, ainda, por valores de integração social, econômica e política (artigos 1º, 3º e 4º da CRFB). É a primeira a trazer em seu texto metas e objetivos fundamentais a serem alcançados e a incorporar a tutela dos direitos coletivos e difusos, além de prever uma extensa gama de direitos e garantias individuais, elevados à cláusula pétrea.<sup>87</sup> Tais direitos foram previstos, de forma inédita, no início do texto constitucional, o que sinaliza sua importância primordial. Tal relevância, aliás, não reside tão somente no *status* de cláusula pétrea, mas também no fato de tais direitos contarem com o respaldo da sociedade, fazendo com que a mobilização popular contribua para sua concretização.<sup>88</sup>

Da leitura do preâmbulo<sup>89</sup> e dos artigos iniciais<sup>90</sup> é possível vislumbrar a preocupação constitucional em assegurar a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, como imperativos da justiça social.<sup>91</sup> Os direitos sociais foram, por sua vez, ampliados e integrados aos direitos fundamentais.<sup>92</sup> Para reforçar a imperatividade das normas que traduzem tais direitos, o constituinte instituiu o princípio da aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, §1º, seguindo a tendência de outros países que editaram Constituições posteriores a períodos de menosprezo aos

---

<sup>87</sup> Conferir artigos 3º, 5º, 6º, 7º e art. 60, §4º, IV, todos da CRFB.

<sup>88</sup> AGRA, Walber de Moura. A Constituição Cidadã como Pacto Vivencial da Sociedade. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. XXI.

<sup>89</sup> O preâmbulo da Constituição possui a seguinte redação: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL." BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>90</sup> Conferir artigos 1º, 3º e 4º da CRFB.

<sup>91</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.41.

<sup>92</sup> Os direitos fundamentais abrangem os direitos individuais, sociais, políticos, coletivos e de nacionalidade. Os direitos individuais são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a independência dos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. Entre estes direitos estão o direito à vida, liberdade, igualdade, propriedade e segurança. Os direitos sociais consistem em prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, que possibilitem melhores condições de vida aos cidadãos, se ligando ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, uma vez que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, e, conseqüentemente, condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. Estão elencados no art. 6º da CRFB. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 183-184 e 286-28.)

direitos fundamentais, como Alemanha, Espanha e Portugal.<sup>93</sup> Tal previsão visa a evitar que tais dispositivos tornem-se “letra morta” no texto, tornando desnecessária a atuação do legislador para que tais normas ganhem efetividade.<sup>94</sup> Dessa forma, mostra-se inadmissível a inércia do Estado na concretização destes direitos, sendo tal omissão considerada violadora da ordem constitucional. Implementou-se, assim, um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais.<sup>95</sup>

O texto constitucional, nesse sentido, é próprio de um Estado Social,<sup>96</sup> de caráter intervencionista e planejador. Nesse contexto, surge como dever dos Poderes Públicos a realização das prestações positivas ditadas pelas normas constitucionais. Espera-se que o Estado providencie, promova e intervenha, ao contrário da concepção Liberal, do qual se esperava o mínimo poder do Estado e o máximo de direitos individuais.<sup>97</sup>

No entanto, nem todos os direitos fundamentais geram direitos subjetivos concretos e definidos. Além do rol de direitos previsto nos artigos 5º e 6º, o texto prevê uma ordem social que conta com diversas normas que enunciam programas,

---

<sup>93</sup> A orientação prevalente na doutrina e na jurisprudência é de que o mandamento da aplicabilidade imediata alcança todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de sua localização no texto constitucional. Há doutrina minoritária, no entanto, que defende que a aplicação imediata se refere apenas aos direitos enunciados no art. 5º da CRFB. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 133). A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais significa que elas são aplicáveis até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento e que o Judiciário, caso invocado acerca de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo o direito reclamado ao interessado, segundo as instituições existentes. Tais efeitos abrangem inclusive os direitos fundamentais cuja aplicabilidade a Constituição fez depender de legislação ulterior. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 165).

<sup>94</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 174.

<sup>95</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

<sup>96</sup> O Estado Social pode ser definido como um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado como instrumento da sociedade para combater a injustiça social, por meio da prestação de serviços públicos e organização da economia. Sua base é a igualdade na liberdade e a garantia de exercício dessa liberdade. A igualdade procurada é a material, por meio da lei e não mais a igualdade formal (perante a lei). Com o seu advento, ampliou-se o espaço público, tomado pela atividade econômica do Estado e pela intensificação de sua atuação legislativa e regulamentar, bem como pelo planejamento e fomento a segmentos considerados estratégicos. As Constituições dos Estados Sociais oferecem sanções positivas de cunho premial, baseadas em promessas, incentivos e estímulos à sociedade. A opção do constituinte por este modelo de Estado pode ser vista no art. 3º, que destaca como objetivos fundamentais da República a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (entre outros objetivos), bem como nos artigos 173 a 175, que dispõem sobre a atuação do Estado na economia. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65-68.)

<sup>97</sup> PIOVESAN, *op. cit.*, p. 36.

tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. Muitas dessas normas possuem eficácia limitada, dependendo da edição de leis ordinárias ou complementares para a produção de seus efeitos.<sup>98</sup>

Diversos doutrinadores consideram a Constituição de 1988 como possuidora de caráter constitutivo, ou, citando Canotilho, como uma “Constituição dirigente”,<sup>99</sup> pois traça metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico. Nesse modelo, a política sofre limites e imposições, eis que deve se guiar pelas metas, programas e objetivos constitucionalmente previstos, com força vinculativa. No entanto, esse caráter dirigente também é responsável por uma das maiores dificuldades em relação à efetividade da Constituição: a conversão das cláusulas sociais e princípios previstos em direitos acionáveis, de forma a concretizar as normas constitucionais.

A Constituição brasileira, assim, pode ser classificada como rígida, uma vez que suas normas possuem autoridade superior às demais leis, sendo modificadas por um processo legislativo mais complexo do que aquele previsto para a alteração de normas infraconstitucionais. Tal característica liga-se ao princípio da supremacia, eis que positiva uma hierarquia entre as normas jurídicas. A Constituição tem posição de prevalência sobre todos os atos normativos, que encontram nela seu fundamento último de validade. Tal rigidez, para ser efetiva, demanda um sistema de

---

<sup>98</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. . **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175.

<sup>99</sup> Neste sentido, PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 49; MENDES, *op. cit.*, p. 71; e BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84. A concepção de “Constituição dirigente” foi desenvolvida por José Joaquim Gomes Canotilho na obra “Constituição dirigente e vinculação do legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”, editada em 1982. Posteriormente, na década de 1990, o autor relativizou suas posições acerca do dirigentismo constitucional. Na doutrina brasileira, debate-se se o dirigentismo constitucional ainda poderia ser defendido no Brasil. A posição dominante é a de que, embora se defenda uma parcimônia na imposição de tarefas e fins, reconhece-se ser ainda imprescindível o dirigentismo constitucional no Brasil, tendo em vista que nem todas as tarefas e fins indicados em 1988 foram cumpridos até o momento. Nesse sentido, cumpre citar Flávia Piovesan, que refere que “mostra-se temerário, para o caso brasileiro, defender-se o fim da Constituição dirigente, principalmente quando muitas das tarefas e fins estatais ali previstos ainda não foram cumpridos; programas esses alçados ao nível estatal justamente porque, também no liberalismo, onde se cobrava a ausência de interferência administrativa pública, não eram sequer cogitados pelos particulares.(...) Antes de se tentar alterar a Constituição Federal, deve-se tentar cumpri-la.” (PIOVESAN, *op. cit.*, p. 50).

controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como garantia eficaz da suprallegalidade das normas constitucionais.<sup>100</sup>

Pode-se concluir, portanto, que a Constituição de 1988 possui um perfil Constitutivo e Dirigente, sendo uma Carta aberta em constante evolução, direcionada ao futuro. Marcada pela preeminência dos direitos fundamentais, busca a transformação social, em consonância com a função promocional do direito.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

<sup>101</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.49

## 3 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

### 3.1 Conceito e caracterização

Do princípio da supremacia constitucional decorre que todas as situações jurídicas devem se conformar com os princípios e preceitos da Constituição, que, como norma de máxima hierarquia do ordenamento, funciona como fundamento de validade das demais leis e atos normativos. As violações à Constituição são denominadas inconstitucionalidades, e poderão ocorrer por ação ou por omissão de atos legislativos, executivos ou judiciários.<sup>102</sup> O principal mecanismo de defesa da ordem constitucional consiste na fiscalização da constitucionalidade, que surgiu da preocupação em consolidar o constitucionalismo e tomar a Constituição a sério, objetivando não só impedir que ela seja violada, mas também exigir que seja integralmente cumprida.<sup>103</sup> Uma ordem constitucional que não contemple tal controle não possui completa obrigatoriedade, nem força jurídica vinculante.<sup>104</sup> A ordem brasileira reconhece duas formas de inconstitucionalidade: por ação e por omissão.

A inconstitucionalidade por ação corresponde a um comportamento ativo do Poder Público, a um “fazer” violador e contrário à Constituição. A lei, no Estado Democrático de Direito, não é um ato puramente livre, mas uma atividade condicionada, positiva e negativamente, pela Constituição, que estabelece as diretrizes básicas de todo ordenamento jurídico, assegurando-lhe unidade.<sup>105</sup> Dessa forma, as normas que não forem compatíveis com a Constituição serão inválidas. Essa incompatibilidade pode ser de ordem material ou formal. Um ato é materialmente inconstitucional quando seu conteúdo afrontar princípio ou preceito consagrado na Constituição. Quando seu processo de produção normativa estiver em desacordo com o procedimento ou com as formalidades previstas, o ato será

---

<sup>102</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 201, p. 941.

<sup>103</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 84; FERRARI, *op. cit.*, p. 941.

<sup>104</sup> PIOVESAN, *op. cit.*, p. 87

<sup>105</sup> PIOVESAN, *op. cit.*, p. 87

formalmente inconstitucional. As normas incompatíveis não podem subsistir dentro do ordenamento, que deve ser coerente e harmônico.<sup>106</sup>

A inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, é conceituada por José Afonso da Silva da seguinte forma:

A inconstitucionalidade por omissão verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais que postulam lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática.<sup>107</sup>

Corresponde, assim, à abstenção, inércia ou silêncio do Poder Público em não praticar determinado ato normativo exigido para tornar plenamente aplicável determinada norma constitucional. Há uma violação negativa do texto constitucional quando o Estado deixa de adotar as medidas necessárias para a sua realização concreta. Isto é, a necessidade de respeitar a Constituição exige mais que a atuação positiva em conformidade com seus preceitos, pois omitir a aplicação de normas constitucionais também constitui um comportamento inconstitucional.<sup>108</sup>

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 1.458-MC, em que foi Relator o Ministro Celso de Mello, assentou que a omissão do Estado é qualificada como um comportamento de maior gravidade político-jurídica, eis que, por sua inércia, “o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental”.<sup>109</sup>

Nesse sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz classifica a inércia do Poder Público como um processo de mudança constitucional, uma mutação inconstitucional, na medida em que ofende a letra e o espírito da Constituição ao paralisar sua aplicação e alterar o sentido de seu texto, ainda que sem o modificar literalmente. Ao contrário da mutação constitucional, não busca adaptar a Constituição à realidade, servindo como instrumento para justamente evitar tal

---

<sup>106</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 47.

<sup>107</sup> *Idem*, **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 166.

<sup>108</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 251.

<sup>109</sup> STF, ADI 1458 MC, Rel.: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 23/05/1996, DJ 20/09/1996.

adaptação. Arrasta consigo a descrença na Constituição e sua consequente desvalorização, motivo pelo qual deve ser coibida.<sup>110</sup>

O reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão deve-se ao advento do Estado Social, que, por meio de constituições dirigentes, foi alçado a condição de responsável pelo bem-estar social, detendo tarefas e atividades voltadas à realização dos fins sociais estabelecidos no texto constitucional. Para assegurar a sua efetividade e garantir o alcance desses fins, a ordem jurídica instituiu novos mecanismos, como a inconstitucionalidade por omissão, que representa uma sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos do Estado pelo silêncio violador da Constituição.<sup>111</sup>

O controle das omissões inconstitucionais representa uma das mais importantes inovações da Constituição de 1988, de caráter dirigente e marcada pela presença de normas constitucionais não auto-aplicáveis. Sob influência da Constituição portuguesa de 1976, a brasileira ampliou o alcance do controle previsto naquela, concebendo dois instrumentos para enfrentar o problema da inconstitucionalidade por omissão: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º, e o mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI.

Conforme o professor português Jorge Miranda, a inconstitucionalidade por omissão pode se manifestar de diversas formas: pela falta ou insuficiência de medidas legislativas, pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo, pela falta de implementação de medidas administrativas, de natureza regulamentar ou de outros atos da Administração Pública, e, ainda, pela omissão na função jurisdicional, que seria a denegação da justiça, uma vez que os juízes não podem abster-se de julgar o caso, com fundamento em falta ou obscuridade de lei ou dúvida insanável, tampouco deixar de apreciar queixas por omissões dos Poderes Públicos.<sup>112</sup>

Para a Constituição brasileira, a omissão pode ser normativa ou não normativa, pois o texto constitucional não refere a “ato legislativo”, mas a “medida”

---

<sup>110</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processo Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 231.

<sup>111</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 250.

<sup>112</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, tomo VI: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição**. 2 ed, rev. e actual. Lisboa: Coimbra, 2005, p. 293-295; PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 90.

“providências necessárias”, “órgãos administrativos” (art. 103, § 2º), e “norma regulamentadora” (art. 5º, LXXI). Além disso, prevê a adoção de medida pelo legislador ou pelo administrador. Com efeito, o controle das omissões pode se dar tanto em relação às omissões legislativas quanto às de natureza administrativa, como os decretos, regulamentos, portarias, resoluções e outras medidas de órgãos políticos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou administrativos.<sup>113</sup> Nesse sentido, a Lei nº 12.063/2009, em seu art. 12-B, inciso I, incluiu expressamente como objeto da ação a “omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento do dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providências de índole administrativa”. Entre os exemplos de atos não normativos cuja ausência pode caracterizar uma omissão inconstitucional estão a falta de organização do Judiciário (que deixa de assegurar a garantia da proteção judiciária insculpida no art. 5º, XXXV), a organização e estrutura do sistema de ensino (art. 205 e seguintes) e a organização dos serviços da defensoria pública (direito à assistência jurídica dos necessitados, art. 5º, LXXIV).<sup>114</sup>

A inconstitucionalidade por omissão opera no campo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Só ocorrerá no domínio das normas de eficácia limitada, que dependem de providências normativas do Poder Legislativo ou de prestações positivas do Poder Executivo para alcançar a plenitude de efeitos. São divididas, conforme ensinamento de José Afonso da Silva, em normas de princípio institutivo e de princípio programático.<sup>115</sup>

É preciso observar, assim, que não é qualquer omissão que enseja inconstitucionalidade. De regra, o ato de legislar constitui uma faculdade do legislador, que possui discricionariedade ou liberdade de conformação para normatizar ou não a matéria. Porém, como já referido, há situações em que a

---

<sup>113</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 341; e CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 124-125.

<sup>114</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1099; e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 402.

<sup>115</sup> O conceito de normas de eficácia limitada e suas subdivisões foi apresentado no capítulo 2.2.2 do presente trabalho (“Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais”), páginas 23-30. A ausência de regulamentação infraconstitucional no caso das normas de eficácia plena e eficácia contida não configura omissão inconstitucional porque tais normas não dependem de qualquer providência ulterior para a produção de seus plenos efeitos, uma vez que receberam normatividade suficiente por parte do constituinte. As normas de eficácia contida diferem-se das de eficácia plena por admitirem restrição de seu conteúdo eficaz por norma infraconstitucional ou interpretação jurídica.

Constituição impõe ao legislador o dever de editar norma reguladora de determinado preceito. Nesses casos, o descumprimento desse dever configura uma abstenção ilegítima. Só há omissão inconstitucional, portanto, quando há um dever constitucional de ação.<sup>116</sup>

Deve-se levar em conta que a discricionariedade comporta a ideia de liberdade e limitação. O legislador possui poder de conformação, mas dentro dos parâmetros estabelecidos na Constituição, que veda o excesso de poder e lhe impõe diretamente o dever de legislar. O mesmo ocorre no caso da omissão administrativa, na ausência de atos normativos secundários. Apesar da discricionariedade do poder regulamentar, sempre que houver uma imposição constitucional concreta surge o poder-dever para o Poder Executivo editar o regulamento.<sup>117</sup> A omissão inconstitucional, dessa forma, é equiparada à ação inconstitucional.<sup>118</sup>

Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho, ao analisar esta espécie de inconstitucionalidade na Constituição portuguesa de 1976 (cuja previsão do instituto serviu de inspiração ao constituinte de 1988), conceituou a omissão inconstitucional da seguinte forma:

Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexas-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.<sup>119</sup>

Há de se observar nessa definição que, ao contrário da Constituição brasileira, a portuguesa prevê apenas a hipótese de omissão legislativa.<sup>120</sup> Canotilho refere, nesse contexto, que a exigência constitucional de ação pode se apresentar como uma ordem de legislar ou como imposição constitucional. As ordens de legislar

<sup>116</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 90; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

<sup>117</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 945.

<sup>118</sup> PIOVESAN, *op. cit.*, p. 93.

<sup>119</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.033.

<sup>120</sup> Canotilho critica esta opção feita pelo constituinte português, sob argumento de que “algumas vezes as medidas necessárias para dar exequibilidade às normas constitucionais podem reconduzir-se a actos não legislativos. Isto é corroborado pelo facto de grande número de imposições constitucionais se dirigirem ao Estado e não apenas aos órgãos legiferantes.” (CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1.038.)

são imposições únicas, concretas, de emanção de uma ou várias leis necessárias para a criação de uma nova instituição ou para adaptação a uma nova ordem constitucional. As imposições constitucionais, de outro lado, são normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador a editar medidas concretizadoras da Constituição. O descumprimento de ambas caracteriza a omissão inconstitucional.<sup>121</sup>

O Professor português Jorge Miranda, como já referido, sustenta que as omissões inconstitucionais podem ocorrer em outras funções do Estado, além da legislativa. Considera que ocorre uma omissão juridicamente relevante sempre que

mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas.<sup>122</sup>

Em ambas as definições, a omissão só se revela quando há norma impondo um dever de agir ao destinatário, uma atuação do Poder Público, que se mantém inerte ou não realiza a determinação a contento.

Para Jorge Miranda, devem ocorrer os seguintes pressupostos ou requisitos para que se configure uma omissão inconstitucional:

- (a) Que o não cumprimento da Constituição derive de violação de certa e determinada norma;
- (b) Que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma;
- (c) Que se trate de norma não exequível prescritiva, e não meramente permissiva;
- (d) Que, nas circunstâncias concretas da prática legislativa, falem as medidas legislativas necessárias para tornar exequível aquela norma.<sup>123</sup>

Portanto, a omissão inconstitucional decorre de um específico encargo constitucional de legislar. Assim, não poderá ser verificada em bloco, como aplicação global da Constituição em relação a todo o sistema constitucional, mas,

<sup>121</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.034-1.035. O professor prevê mais duas hipóteses de omissão legislativa inconstitucional: quando a Constituição consagra normas sem suficiente densidade, reenviando ao legislador a tarefa de lhes dar exequibilidade prática e este resta silente, e quando o legislador não cumpre a obrigação de melhorar ou corrigir normas existentes, mas incorretas ou defasadas devido a circunstâncias supervenientes.

<sup>122</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, tomo VI: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição**. 2 ed, rev. e actual. Lisboa: Coimbra, 2005, p. 292.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 305.

sim, diante de uma norma individualizada, cuja não exequibilidade frustra o cumprimento do programa constitucional.<sup>124</sup>

### 3.2 Omissão total e parcial

A omissão inconstitucional ocorre tanto quando o legislador não cumpre o dever constitucional de editar a norma determinada pela Constituição como quando a edita de forma incompleta ou diversa dos termos exigidos. A partir dessa noção, é possível classificar a omissão inconstitucional em total e parcial.<sup>125</sup>

A inconstitucionalidade por omissão total deriva da falta de ação, do absoluto silêncio, da inércia em cumprir o dever de legislar imposto pela Constituição. A parcial verifica-se na falta de ação nos termos exigidos, ou seja, na atuação deficiente do Poder Público. Nesse caso, há a edição da lei ou ato determinado na Constituição, mas lhe falta algo para que dê plena satisfação ao comando constitucional. Na omissão total, há uma inércia completa, enquanto que, na parcial, há uma atividade insuficiente por parte daquele que tinha o dever de cumprir a exigência constitucional.

O exemplo clássico de omissão parcial é a lei que concede vantagens a certos grupos ou situações, não incluindo outros que preenchem os mesmos pressupostos de fato e de direito para a concessão da vantagem.<sup>126</sup> Nesse caso, o benefício em si não é inconstitucional. A inconstitucionalidade está na não contemplação de grupos que, por força do princípio da isonomia, também seriam merecedores. Ocorre aqui uma omissão inconstitucional em sentido horizontal (relacionado à abrangência), pois a legislação realizou o comando constitucional

---

<sup>124</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, tomo VI**: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 2 ed, rev. e actual. Lisboa: Coimbra, 2005, p. 305.

<sup>125</sup> Esta é a classificação utilizada majoritariamente pela doutrina. Parte dela divide ainda a omissão inconstitucional em absoluta e relativa e formal e material. As omissões formais e absolutas corresponderiam ao descumprimento de um dever autônomo de legislar, sendo também totais. As omissões parciais e materiais podem derivar da insuficiente satisfação do dever de legislar ou do descumprimento do princípio da igualdade. No primeiro caso, seriam omissões absolutas e no segundo omissões relativas. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 133)

<sup>126</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. rev. Coimbra : Almedina, 2003, p. 1.036.

com a intensidade necessária, porém não alcançou todos os beneficiários devidos.<sup>127</sup>

Outro caso exemplificativo de omissão parcial é a lei que define o salário mínimo em valor insuficiente para atender às necessidades básicas dos cidadãos, previstas no art. 7º, IV, da Constituição.<sup>128</sup> Aqui a omissão inconstitucional ocorre em sentido vertical (relacionado à intensidade de realização da norma), uma vez que a previsão da lei é apenas parcialmente suficiente para atender aos ditames constitucionais.<sup>129</sup>

Em ambos os exemplos, portanto, falta algo à lei editada para que atenda à determinação constitucional, consubstanciando a omissão de forma parcial. A grande questão referente a este tipo de omissão é como ela deve ser declarada pelo Tribunal que a reconhecer. Como a lei efetivamente existe, mas dispõe de maneira incompleta em relação ao texto constitucional, poder-se-ia pensar em inconstitucionalidade por ação. Surge então o problema do que fazer com esta lei: declarar sua inconstitucionalidade, suspender sua aplicação até deliberação do legislador ou continuar com sua aplicação, uma vez que apenas a parte omissa é inconstitucional. O Tribunal poderia, ainda, reconhecer a omissão parcial, estendendo o âmbito normativo do ato impugnado, a fim de que fosse observado o princípio da igualdade.<sup>130</sup>

No Brasil prevalece a teoria da nulidade ao se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A lei viciada é considerada inválida, devendo ser retirada do ordenamento, por ser incompatível com a Constituição. Porém, nos casos de omissão parcial esta solução acabaria por excluir a proteção dada pela lei à Constituição, na parcela em que cumpriu sua determinação. A retirada da norma do ordenamento faria com que a matéria não mais fosse regulada por norma alguma, criando-se um “vácuo jurídico”, ou fosse regulada pela norma vigente anteriormente,

---

<sup>127</sup> SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 793.

<sup>128</sup> “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>129</sup> SARLET, *op. cit.*, p. 793.

<sup>130</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 p. 97, p. 97

ocorrendo sua repriminção.<sup>131</sup> A suspensão de seus efeitos até a deliberação do legislador teria a mesma consequência, uma vez que pressupõe a invalidade da lei e, com isso, sua nulidade. Voltando ao exemplo da vantagem conferida com violação ao princípio da isonomia, a retirada da norma do ordenamento (ou a suspensão de sua aplicação) apenas excluiria a proteção devida e conferida a um grupo, sem que o excluído recebesse a vantagem prevista. Ocorreria, assim, a contradição de uma declaração de inconstitucionalidade retirar um benefício prometido pela própria Constituição.<sup>132</sup> Nas palavras de Gilmar Mendes,

a cassação da norma inconstitucional (declaração de nulidade) não se mostra apta, as mais das vezes, para resolver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio lícitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados.<sup>133</sup>

Assim, diante da insuficiência da decretação de nulidade para resolver o problema da omissão parcial, Gilmar Mendes defende a utilização da técnica da declaração de inconstitucionalidade da medida, sem pronúncia de sua nulidade. Dessa forma, o ato impugnado é mantido no ordenamento jurídico durante um período de transição até a promulgação de nova medida, a fim de evitar o surgimento de vácuo normativo ou a indesejada repriminção do Direito anterior.<sup>134</sup> Ou seja, a norma é declarada inconstitucional, há um juízo de reprovação, mas, em respeito a outros valores constitucionalmente consagrados, como a segurança jurídica, o interesse social e a boa-fé, é mantida sua aplicação durante certo tempo, até que o órgão competente tome providências para sanar a inconstitucionalidade por omissão.

Canotilho afirma, ao analisar a omissão relacionada ao não favorecimento de certos grupos ou situações, em detrimento de outros que preenchem os mesmos pressupostos de fato, que a parcialidade pode resultar de uma intenção deliberada do legislador (exclusão expressa ou explícita) ou de uma apreciação incompleta da

---

<sup>131</sup> Conforme o art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a repriminção não é automática, exigindo previsão expressa.

<sup>132</sup> SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 796.

<sup>133</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 387

<sup>134</sup> *Idem*, **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 425.

situação de fato (incompletude regulativa).<sup>135</sup> Só haveria omissão inconstitucional na última hipótese. A primeira seria inconstitucionalidade por ação, diante da violação ao princípio da igualdade. Assim, para o autor, só há omissão inconstitucional quando o poder competente não cumpre, ou cumpre incompletamente, o dever de concretizar as normas constitucionais, sem uma deliberada intenção de conceder vantagens a determinados grupos ou contemplar situações em detrimento de outras. Quando há esse intuito, contrário ao interesse constitucional, caracteriza-se a inconstitucionalidade por ação. Com essa distinção, o Professor português objetiva solucionar a problemática da manutenção da norma parcial no ordenamento jurídico.<sup>136</sup> Dessa forma, não se declararia a nulidade da norma intrinsecamente justa (que concede pensões, por exemplo), mas se fixaria a inconstitucionalidade por omissão, dando conhecimento ao legislador, que tem o dever de tornar efetivos os direitos sociais e o princípio da igualdade, concedendo aos cidadãos excluídos a mesma vantagem, uma vez que a omissão tratou-se apenas de um “equivoco”.<sup>137</sup>

A outra solução - de estender a concessão do benefício ao grupo não contemplado na norma - não encontra aceitação unânime na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A orientação predominante é no sentido de que o princípio da separação dos poderes impede que o Poder Judiciário amplie o alcance ou eficácia de um ato normativo em plena vigência para situações não previstas no próprio ato, ainda que para tornar efetiva a Constituição.<sup>138</sup> Tal entendimento filia-se ao dogma da vedação da atuação do juiz como legislador positivo e aos limites dos efeitos decorrentes da decisão em ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>135</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.036

<sup>136</sup> Porém, não é uma ideia que encontre aceitação unânime na doutrina e na jurisprudência. A maioria dos autores classifica a omissão decorrente de violação ao princípio da igualdade como caso de inconstitucionalidade por omissão parcial. No entanto, tanto no caso da violação ao princípio da igualdade como na regulação insuficiente da norma pode-se perceber uma estreita ligação com a inconstitucionalidade por ação, eis que tanto nesta como na inconstitucionalidade por omissão há impugnação da norma em razão de sua incompletude.

<sup>137</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1036.

<sup>138</sup> Conferir STF, RMS 21662, Rel.: Min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. em 05/04/1994, DJ 20-05-1994. Na decisão, foi aplicada a súmula 339 do STF sobre a matéria, que assim dispõe: “Cabimento - Poder Judiciário - Função Legislativa - Aumento de Vencimentos de Servidores Públicos - Fundamento de Isonomia. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 339**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=339.NUME.%20NAO%20S.FLS.V.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

Há, porém, pronunciamentos em sentido contrário, em que a vantagem foi estendida à categoria não beneficiada originalmente, com efeitos *erga omnes*.<sup>139</sup>

A doutrina mais recente defende ainda a possibilidade de omissão inconstitucional pelo não cumprimento da obrigação, por parte do poder público, de melhorar e corrigir as normas incorretas ou defasadas em razão de circunstâncias supervenientes. Neste caso, a omissão consistiria na falta de adaptação ou aperfeiçoamento das medidas existentes.<sup>140</sup>

Com o passar do tempo, presume-se que serão atendidas a maioria das exigências constitucionais de legislar. Dessa forma, somente restarão os casos de omissão parcial, ou porque o legislador editou norma que não corresponde integralmente ao seu dever constitucional de legislar, ou porque uma mudança das relações jurídicas ou fáticas demanda um dever de adequação do complexo existente.<sup>141</sup> Assim, verifica-se a importância da questão da omissão parcial, que envolve discussão acerca do princípio constitucional da separação de poderes e possui estreita ligação com a ação de inconstitucionalidade por ação.

### 3.3 Momento de verificação

A Constituição de 1988 não estabeleceu um momento certo para a caracterização da inconstitucionalidade por omissão. Conforme Regina Maria Macedo Nery Ferrari, ela “nada mais é do que um juízo sobre o tempo em que deveria ter sido produzido o ato propiciador da efetiva aplicação dos dispositivos constitucionais”.<sup>142</sup> A importância da determinação do tempo configurador da inconstitucionalidade pode ser expressa na conclusão de que, se o tempo para a emanção dos atos requeridos na Constituição fosse livre, haveria inteira liberdade para sua edição por parte do legislador e do administrador, tornando ineficazes as imposições constitucionais.

---

<sup>139</sup> STF, RMS 22307, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 19/02/1997, DJ 13-06-1997. O STF aqui estendeu reajuste concedido a servidores militares também aos servidores civis do Poder Executivo, quando vigorava a redação do art. 37, X, da CRFB, que previa que a revisão geral da remuneração dos servidores públicos seria feita sempre na mesma data, sem distinção de índices entre servidores civis e militares.

<sup>140</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 259.

<sup>141</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1336.

<sup>142</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 947.

O reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão pressupõe um juízo sobre o decurso do tempo. O momento em que a omissão configura-se inconstitucional vai depender se há ou não previsão de prazo pela própria Constituição, para que o ato concretizador seja elaborado. Se há prazo para a prática do ato (como nos artigos 12, 20, 48 e 50 do ADCT), a inconstitucionalidade só se caracteriza quando aquele escoar sem a adoção da medida necessária. Por vezes, o próprio texto constitucional prevê uma consequência para o não cumprimento do prazo, como o art. 12 do ADCT.<sup>143</sup> Nesse caso, a Constituição delimita um prazo razoável para edição do ato, e a inércia observada durante esse período não pode ser considerada como inconstitucional.<sup>144</sup>

Quando o texto não prevê qualquer prazo, há que se verificar qual seria o razoável para a adoção da medida. Para tanto, é preciso levar em conta, à luz do princípio da razoabilidade, a realidade social e histórico-concreta no mundo no qual opera o Direito.<sup>145</sup> A análise deverá ser feita no caso concreto. Se, ao final, concluir-se que o ato não só podia como deveria ter sido editado, em razão de sua importância e indispensabilidade para conferir eficácia plena às normas constitucionais, tem-se a caracterização da inconstitucionalidade por omissão. Conforme Flávia Piovesan,<sup>146</sup> a tolerância deve ser consideravelmente reduzida quando tratar-se de direitos e garantias fundamentais, devido ao princípio da

---

<sup>143</sup> Art. 12. Será criada, dentro de noventa dias da promulgação da Constituição, Comissão de Estudos Territoriais, com dez membros indicados pelo Congresso Nacional e cinco pelo Poder Executivo, com a finalidade de apresentar estudos sobre o território nacional e anteprojetos relativos a novas unidades territoriais, notadamente na Amazônia Legal e em áreas pendentes de solução. (...) § 1º - No prazo de um ano, a Comissão submeterá ao Congresso Nacional os resultados de seus estudos para, nos termos da Constituição, serem apreciados nos doze meses subsequentes, extinguindo-se logo após. § 2º - Os Estados e os Municípios deverão, no prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, promover, mediante acordo ou arbitramento, a demarcação de suas linhas divisórias atualmente litigiosas, podendo para isso fazer alterações e compensações de área que atendam aos acidentes naturais, critérios históricos, conveniências administrativas e comodidade das populações limítrofes. § 3º - Havendo solicitação dos Estados e Municípios interessados, a União poderá encarregar-se dos trabalhos demarcatórios. § 4º - *Se, decorrido o prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, os trabalhos demarcatórios não tiverem sido concluídos, caberá à União determinar os limites das áreas litigiosas.* BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>144</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 94

<sup>145</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade:** Teoria e Prática. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 253

<sup>146</sup> PIOVESAN, *op. cit.*, p. 94-96.

aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.<sup>147</sup>

### 3.4 Instrumentos de supressão: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção

A Constituição brasileira de 1988 prevê dois instrumentos para o controle de omissão inconstitucional: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. A primeira foi inspirada no instituto equivalente previsto na Constituição portuguesa de 1976<sup>148</sup>, enquanto o mandado de injunção constitui uma originalidade do Direito brasileiro, sem similar no Direito comparado.<sup>149</sup>

A primeira distinção entre os instrumentos diz respeito à sua localização dentro do texto constitucional.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está prevista no art. 103, § 2º, da Constituição, na Seção que trata do Supremo Tribunal Federal:

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.<sup>150</sup>

O mandado de injunção, por sua vez, encontra previsão no título dos direitos e garantias fundamentais, no inciso LXXI do art. 5º:

<sup>147</sup> A aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais está consagrada no art. 5º, §1º, da CRFB. Como já referido na nota de rodapé n.º 91, tal disposição significa que tais normas são aplicáveis até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento e que o Judiciário, caso invocado acerca de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo o direito reclamado ao interessado, segundo as instituições existentes. Tais efeitos abrangem inclusive os direitos fundamentais cuja aplicabilidade a Constituição fez depender de legislação ulterior. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 165).

<sup>148</sup> Assim dispõe o art. 283 da Constituição portuguesa: “1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.” PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html#art283>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

<sup>149</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 133.

<sup>150</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;<sup>151</sup>

De sua localização topográfica infere-se que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão está junto aos instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade (ADI, ADPF, ADC), enquanto que o mandado de injunção está junto dos remédios constitucionais (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança), formas de garantias de direitos previstos na Constituição.

Do texto e da localização dos dispositivos é possível verificar que, embora ambos constituam mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão, distinguem-se quanto ao objeto específico. O mandado de injunção visa a tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujos titulares são identificados, ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão objetiva conferir plena eficácia à norma constitucional de eficácia limitada.

Nesse contexto, a ação direta representa modalidade de fiscalização abstrata e, à semelhança da ação direta de inconstitucionalidade por ação, tem por finalidade a defesa da ordem constitucional contra condutas com ela incompatíveis, a fim de assegurar a força normativa da Constituição. Com efeito, tal instrumento não se destina à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas à tutela do direito objetivo,<sup>152</sup> estimulando a produção da medida que efetive a norma constitucional carente de regulamentação. Para a sua propositura, exige-se um nexo de causalidade entre a omissão do poder público e a não efetividade da norma constitucional.<sup>153</sup>

O mandado de injunção é modalidade de fiscalização concreta ou incidental da inconstitucionalidade por omissão, voltado à tutela de direito subjetivo. Seu objetivo é tornar viável o exercício de um direito ou liberdade constitucional ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania no caso concreto,

---

<sup>151</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>152</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1329

<sup>153</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 279.

que foi violado pela ausência de norma regulamentadora. Assim, só é cabível quando existir um nexo de causalidade entre a omissão do Poder Público e a impossibilidade de gozo concreto de um direito fundamental.

Quanto à legitimação ativa e passiva, também os institutos são distintos. Os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão estão enumerados no art. 103, I a IX,<sup>154</sup> da CRFB. O sujeito passivo será o órgão público responsável pela edição da medida determinada na Constituição. Já o mandado de injunção poderá ser impetrado por qualquer pessoa que titularize um direito fundamental oponível ao ente que deve viabilizá-lo, podendo ser público ou até mesmo privado.<sup>155</sup>

A competência é outro ponto de distinção. O único órgão jurisdicional competente para julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o Supremo Tribunal Federal (ou os Tribunais de Justiça dos Estados, no caso de omissão perante a Constituição estadual). Trata-se de hipótese de jurisdição exclusiva, em que o controle de constitucionalidade é realizado por um único órgão judicial. No mandado de injunção, ao contrário, a competência é atribuída a diferentes órgãos jurisdicionais, conforme a autoridade impetrada, nos termos dos artigos 102, I, *q*, e II, *a*; art. 105, I, *h*, e 121, § 4º, V, da Constituição. As constituições estaduais também podem dispor sobre o tema. Aqui ocorre competência difusa, em que todo e qualquer juiz, de qualquer grau de jurisdição, pode efetuar o controle de constitucionalidade. No entanto, há quem diga que a competência do mandado de injunção não é efetivamente difusa, eis que normalmente a ação é impetrada em razão de norma regulamentadora legislativa, que, quando editada pelo Congresso

---

<sup>154</sup> O art. 12-A, da Lei 9.868/08, prevê que “podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.”. Estes estão dispostos no art. 103 da Constituição, e são os seguintes: “I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado; VI - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VII - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VIII - o Procurador-Geral da República; IX - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; X - partido político com representação no Congresso Nacional; XI - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em:

<sup>155</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 180.

Nacional, atrai a competência do Supremo Tribunal Federal, que também julga os recursos ordinários quando denegatória a decisão em primeira instância.<sup>156</sup>

Diante de objetivos diversos, os efeitos da decisão proferida em cada instrumento também o são. Por implicar controle concreto de constitucionalidade, no mandado de injunção, de regra, os efeitos operam-se apenas entre as partes da relação processual (*inter partes*). A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza abstrata e objetiva, produzindo efeitos *erga omnes* exclusivamente no plano normativo, uma vez que não regula um litígio entre partes. Embora a ação direta de inconstitucionalidade por omissão possua maior abrangência, vez que busca a efetividade de qualquer norma constitucional, independentemente de seu conteúdo, é o mandado de injunção que detém maior potencial de eficácia. Este tem um alcance mais reduzido, eis que visa a tornar viável o exercício apenas de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais (e não qualquer matéria disposta no texto constitucional). Porém, cabe ao próprio Poder Judiciário viabilizar o exercício dos direitos e liberdades, na falta de medida regulamentadora, o que não ocorre diretamente na ação direta, em que o Poder Judiciário declara inconstitucional a omissão de medida, dando ciência ao órgão competente para a adoção das providências necessárias, conforme entendimento adotado pelo STF, objeto de análise do próximo capítulo.<sup>157</sup>

---

<sup>156</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, P. 181

<sup>157</sup> *Ibidem*, p.182.

## 4 APLICAÇÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### 4.1 Considerações preliminares

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi criada na Constituição de 1988 com o escopo de resolver, em sede abstrata, o problema da inatividade do Poder Público em efetivar os dispositivos constitucionais, prática recorrente nas ordens constitucionais anteriores. No entanto, a utilização desse instrumento encontrou algumas dificuldades para atingir efetivamente tal objetivo.

Apesar de prevista pelo poder constituinte originário, até o ano de 2008 a ação não possuía uma classe processual própria no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Embora o entendimento prevalente fosse pelo reconhecimento das naturezas diversas das ações direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão quanto ao seu resultado, não havia distinção dos institutos no que se refere à sua autonomia processual.<sup>158</sup> As ações de inconstitucionalidade por omissão eram chamadas “ADI” e registradas na mesma lista numérica destas, o que acarreta dificuldades para a análise do número de ações já propostas. A classe processual “ADO” foi criada somente em 19 de junho de 2008, em sessão administrativa, e as ADIs por omissão em tramitação foram reatuadas para a nova classe.<sup>159</sup>

Em 2009, foi promulgada a Lei 12.063, que disciplinou o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ao acrescentar o Capítulo II-A à Lei 9.868/99, que regulava o procedimento da ADI e da ADC. Até então o procedimento era ditado pela prática jurisprudencial. Com a edição da Lei, grande parte da insegurança foi superada, notadamente em relação aos legitimados ativos para propor a ação<sup>160</sup> e à possibilidade de concessão de medida cautelar<sup>161</sup>. Além disso, a Lei regulou o procedimento de tomada de decisão,<sup>162</sup> garantiu a audiência do

---

<sup>158</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 376.

<sup>159</sup> Conforme notícia veiculada na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, em 24 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=92072&caixaBusca=N>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

<sup>160</sup> O art. 12-A prevê expressamente que podem propor a ADO os mesmos legitimados para proposição da ADI e da ADC. BRASIL. **Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2012

<sup>161</sup> Conferir ponto 4.3, *infra*.

<sup>162</sup> Conferir artigos 12-E, 22 e 23, da Lei 9.868.

Procurador-Geral da República, caso o Relator a considere indispensável, a sustentação oral dos requeridos, em observância ao princípio do contraditório, e a participação dos demais legitimados como *amicus curiae*. Abriu-se ainda a possibilidade de audiência do Advogado-Geral da União (art. 12-E, §2º), não admitida pela prática jurisprudencial.<sup>163</sup>

A criação da classe processual própria e a edição da Lei 12.063 podem ser consideradas marcos no desenvolvimento da ADO, ainda que tenham surgido vinte anos após a entrada em vigor da Constituição. Não obstante, a ação teve até agora uma aplicação restrita no Supremo Tribunal Federal, com pouco mais de uma centena de ações propostas. Destas, a maioria não chegou a ter o mérito julgado, sendo muitas consideradas prejudicadas por perda de objeto, nos casos em que a omissão apontada já havia sido suprida com a edição da lei respectiva antes do julgamento, ou não conhecidas por falta de legitimidade ativa. Atualmente, há apenas 12 ações em tramitação,<sup>164</sup> número extremamente reduzido se comparado com as 1.252 ações diretas de inconstitucionalidade aguardando julgamento e os 1.137 mandados de injunção já julgados neste ano.<sup>165</sup>

O objetivo neste capítulo é analisar a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal em certos aspectos controversos da aplicação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tais como a possibilidade de medida cautelar e a fungibilidade entre ADI e ADO. Também serão analisadas as mudanças de orientação quanto aos efeitos da decisão de procedência, objeto de grande divergência doutrinária e jurisprudencial. É por este ponto que a análise se inicia.

---

<sup>163</sup> Na ADI 23, julgada em 09.08.1989, Relator Sydney Sanches, firmou-se o entendimento da desnecessidade de audiência do Advogado-Geral da União nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que nesta não há lei ou ato sobre cuja validade a AGU pudesse se manifestar. O entendimento foi superado apenas com a edição da Lei 12.063.

<sup>164</sup> Conforme informação na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, atualizada até 31/10/2012: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adoAguardandoJulgamento>>. Acesso em: 24 nov. 2012.

<sup>165</sup> Conforme informação na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, também atualizada até 31/10/2012: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em: 24 nov. 2012. Sobre o número de mandados de injunção, tal dado foi obtido na página eletrônica do STF, na “Pesquisa por Classe”, cujas informações encontram-se atualizadas até 31/10/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 02 dez. 2012.

## 4.2 Efeitos da decisão

A discussão sobre o alcance dos efeitos da decisão de procedência da ADO tem dividido a doutrina e a jurisprudência desde o início de sua aplicação. A grande questão reside na possibilidade de o STF integrar a ordem jurídica e suprir a omissão, de modo a dar efetividade à norma constitucional.

O debate decorreu, inicialmente, do parco desenvolvimento dos instrumentos de supressão no texto constitucional e da falta de legislação infraconstitucional regulando a matéria, a despeito de sua autoaplicabilidade. A Lei 12.063, que regulou o procedimento da ADO, só foi editada em 2009, mais de 20 anos após a entrada em vigor da Constituição. Os contornos do mandado de injunção e da ação direta tiveram de ser construídos jurisprudencialmente pelo STF, que, em suas decisões, tratou de fixar a natureza, os efeitos e o procedimento de cada ação.

O alcance do controle de constitucionalidade da omissão foi apreciado pela primeira vez pelo STF no julgamento do MI 107, em 23.11.1989<sup>166</sup>. Questionava-se, em questão de ordem, sobre a autoaplicabilidade do mandado de injunção diante da ausência de regras processuais específicas. Para responder ao questionamento, o STF procurou determinar a natureza e o significado do novo instituto, trazendo considerações também sobre a ação direta, que igualmente não possuía contornos definidos.

Concluiu-se, no julgamento, que os dois instrumentos de supressão das omissões possuíam naturezas declaratória e mandamental, e não constitutiva, como defendida por parte da doutrina. O Relator, Ministro Moreira Alves, formulou contornos semelhantes para ambos os mecanismos, ao considerar que

O mandado de injunção é ação que se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão inconstitucional, ou que marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adotem as providências necessárias à eliminação dessa omissão. [...]

A única objeção que se opõe à solução adotada pela primeira corrente relativa ao mandado de injunção, embora para ela se encaminhem todos os elementos de interpretação que se podem colher dos textos

---

<sup>166</sup> Os mandados de injunção ajuizados anteriormente não haviam sido conhecidos. Até 23.11.1989 foram apreciadas apenas três ADIs por omissão: ADI n.º 19, em 23.02.1989, Rel. Min. Aldir Passarinho, não conhecida pois impugnava a ausência de ato administrativo concreto, ADI n.º 22, em 07.03.1989, Rel. Min. Moreira Alves, negado seguimento em decorrência de ilegitimidade ativa, e a ADI n.º 23, em 09.08.1989, Rel. Min. Sidney Sanches, que, em questão de ordem, apenas apreciou a necessidade de audiência do Advogado-Geral da União no julgamento da ADI por omissão.

constitucionais pertinentes, é a de que, na prática, a decisão dele decorrente poderá não ser cumprida, pela impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal atuar coercitivamente contra os Poderes do Estado omissos. Essa objeção, porém, não leva em conta que o mesmo ocorre – e na mesma medida – com relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que visa, no que diz respeito à omissão regulamentadora, a “tornar efetiva norma constitucional” (art. 103, §2º) que não o é por falta de regulamentação, e isso não obstante o texto constitucional brasileiro – mais enfaticamente do que a Constituição Portuguesa (art. 283, §2º), que se restringe à ciência -, não só lhe dá a eficácia declaratória (a de declarar a inconstitucionalidade da omissão), mas também mandamental, que se traduz em cientificar o Poder omissor dessa declaração, para que este adote as providências necessárias. [...]

Isso mostra que a ciência da declaração da omissão inconstitucional para que se adotem as providências necessárias é eficácia constitucionalmente satisfatória para a ação direta, pois não é admissível que se pretenda que a Constituição crie uma ação excepcional como é esta pelo simples prazer de criá-la, que a tanto leva a afirmação de sua inocuidade. E, se o é para a ação direta, processo objetivo de defesa do interesse público, o será, também, para o mandado de injunção, ação que visa à defesa de interesse individual.<sup>167</sup>

Assim, também a ADO foi considerada como possuidora de caráter mandamental, pois destinada a obter uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado, determinando a edição da lei ou ato exigido pela Constituição. Segundo essa orientação, o constituinte pretendeu conferir aos dois instrumentos significado processual semelhante, com idênticas consequências jurídicas: a decisão declara a mora do órgão destinatário do dever constitucional de concretizar determinado preceito, compelindo-o a editar a providência exigida. A diferença entre as ações residiria apenas na desnecessidade de configuração interesse específico na ADO, por se tratar de processo objetivo. O mandado de injunção teria ainda o efeito de suspender os processos administrativos ou judiciais que decorressem da norma impugnada, enquanto durar a omissão.<sup>168</sup>

Foi descartada, portanto, a natureza constitutiva do mandado de injunção e da ação direta, hipótese em que seria admitido ao STF ou outro Tribunal (no caso do MI) suprir a omissão por meio da edição de normas concretas ou gerais.<sup>169</sup> Os Ministros entenderam que tal prática não se compatibilizava com o texto

<sup>167</sup> STF, MI-QO 107, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, j. em 23/11/1989, DJ 21/09/1990.

<sup>168</sup> STF, MI-QO 107, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, j. em 23/11/1989, DJ 21/09/1990; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 376.

<sup>169</sup> Adotou-se, no MI 107, a denominada posição não-concretista em relação ao mandado de injunção, que sustenta que a decisão de procedência apenas decreta a mora do poder omissor, reconhecendo formalmente a inércia. (LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 741.)

constitucional, pois violaria os princípios da divisão de poderes, da reserva legal e da democracia:

Aliás, do exame da evolução dos trabalhos da Constituinte, verifica-se, claramente, que não se deu ao Supremo Tribunal Federal - e o mesmo motivo é bastante para não dá-lo a quaisquer Juízes e Tribunais em mandado de injunção que visasse à regulamentação extensível aos casos análogos - o poder de legislar, ainda que provisoriamente, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão em respeito ao princípio da separação dos Poderes, que, na Constituição atual, foi incluído entre os princípios imunes ao poder de revisão (artigo 60, §4º, III).<sup>170</sup>

Chegou-se a tal conclusão mediante a análise da evolução do dispositivo que prevê a ação direta no processo de elaboração da Constituição de 1988. O § 2º do art. 103 resultou da fusão de dois dispositivos elaborados nas Comissões Temáticas, que previam uma atuação muito mais positiva por parte do STF para suprir a omissão inconstitucional, com o seguinte teor (sem grifos no original):

§2º - Declarada a inconstitucionalidade, por omissão, de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão do poder competente, para a adoção das providências necessárias, *sob pena de responsabilidade e suprimimento pelo Supremo Tribunal Federal.*

§3º - Decorrido o prazo aludido no parágrafo anterior sem que seja sanada a omissão, poderá o Supremo Tribunal Federal *editar resolução, a qual, com força de lei, vigorará supletivamente.*<sup>171</sup>

Essa redação foi mantida no Primeiro Substitutivo da Comissão de Sistematização. No Segundo Substitutivo, porém, os parágrafos foram reunidos. Além disso, retirou-se a possibilidade de suprimimento da regulamentação pelo STF, reservando-lhe apenas a possibilidade de assinalar prazo ao órgão competente omisso:

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão do poder competente, para a adoção das providências necessárias.<sup>172</sup>

No Projeto Final da Comissão de Sistematização é que surgiu a redação atual:

<sup>170</sup> STF, MI-QO 107, Rel.: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, j. em 23/11/1989, DJ 21/09/1990.

<sup>171</sup> BRASIL. Senado. **Anteprojetos, Projetos e Emendas da Assembléia Nacional Constituinte de 1988 (APEM)**. Bases Históricas do Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/BasesHist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=4&codDocumento=23963&sgBase=APEM&q=inconstitucionalidade+omiss%E3o>>. Acesso em: 29 nov. 2012.

<sup>172</sup> STF, MI-QO 107, Rel.: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, j. em 23/11/1989, DJ 21/09/1990.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.<sup>173</sup>

Conforme o Ministro Moreira Alves, o texto final reproduz solução que mais se compatibiliza com a ordem constitucional vigente, que deu destaque à separação de poderes e, em respeito ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só possui iniciativa legislativa nos casos expressos previstos na Constituição e apenas em matérias a ele vinculadas.

Tal posição foi reforçada no julgamento da ADI 267-MC, em 25.10.1990, Relator Ministro Celso de Mello. Discutiu-se, na ação, a omissão da Mesa da Câmara dos Deputados em editar lei complementar que daria plena execução ao art. 45, § 1º, da CRFB<sup>174</sup>. Considerou-se que a ausência de lei complementar não poderia ser suprida por outro ato estatal, nem mesmo por provimento emanado do STF. A norma do art. 103, §2º, seria inequívoca no sentido de que a única consequência da decisão de procedência da ADO seria a mera comunicação formal ao órgão inadimplente de que está em mora constitucional. O Min. Celso de Mello posicionou-se contra a possibilidade do Tribunal suprir a omissão, considerando que

O reconhecimento dessa possibilidade implicaria transformar o STF, no plano do controle concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que ele próprio se tem recusado a exercer.

O Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos - e não de omissões - inconstitucionais, um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida à Corte, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política.<sup>175</sup>

O voto do Ministro Sidney Sanches foi no mesmo sentido:

<sup>173</sup> BRASIL. Senado. **Anteprojeto, Projetos e Emendas da Assembléia Nacional Constituinte de 1988 (APEM)**. Bases Históricas do Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/BasesHist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=4&codDocumento=66261&sgBase=APEM&q=inconstitucionalidade+omiss%E3o>>. Acesso em: 29 nov. 2012.

<sup>174</sup> “§ 1º - O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.” Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

<sup>175</sup> STF, ADI 267 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 25/10/1990, DJ 19-05-1995.

A posição do Judiciário é a de aplicar a Constituição e a lei. Quem faz a lei é o Legislativo. Pois que a faça, já que está em mora. O Judiciário está dizendo que o Congresso está omissivo. Mas não estamos obrigados a fazer o que não é de nossa competência.<sup>176</sup>

Na ADI 889, julgada em 16.03.1994, Relator Ministro Marco Aurélio,<sup>177</sup> foi reconhecida a omissão do Poder Executivo em não encaminhar projeto de lei que regulamentasse o art. 23, parágrafo único, do ADCT<sup>178</sup>, disciplinando o aproveitamento dos censores federais. Seguindo o entendimento vigente, foi determinado que se desse ciência ao Presidente da República, para que adotasse as providências necessárias. Mesmo entendimento foi seguido no julgamento das ADIs 1439 e 1458, julgadas em 22.05.1996 e 23.06.1996, respectivamente, Relator Ministro Celso de Mello.<sup>179</sup>

No ano de 2001, foram julgadas diversas ADI<sup>180</sup> referentes à omissão dos Governadores dos Estados em concretizar a norma do art. 37, X, da CRFB, com a redação da EC n.º 19, de 04.06.1998<sup>181</sup>. A norma prevê a obrigatoriedade de revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, o que implica a edição de lei de iniciativa do Chefe do Executivo, na forma do art. 61, §1º, II, a, da CRFB.<sup>182</sup> A

<sup>176</sup> STF, ADI 267 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 25/10/1990, DJ 19-05-1995.

<sup>177</sup> STF, ADI 889, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 16/03/1994, DJ 22-04-1994.

<sup>178</sup> “Art. 23. Até que se edite a regulamentação do art. 21, XVI, da Constituição, os atuais ocupantes do cargo de censor federal continuarão exercendo funções com este compatíveis, no Departamento de Polícia Federal, observadas as disposições constitucionais. Parágrafo único. A lei referida disporá sobre o aproveitamento dos Censores Federais, nos termos deste artigo.” **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

<sup>179</sup> STF, ADI 1439 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 22/05/1996, DJ 30-05-2003; ADI 1458 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996, DJ 20-09-1996. As ações não foram conhecidas, por terem sido ajuizadas como ação direta de inconstitucionalidade genérica. A fundamentação do voto do Relator, no entanto, é expressa no sentido de limitar os efeitos da decisão de eventual procedência da ADI por omissão à declaração da mora e cientificação do órgão competente omissivo.

<sup>180</sup> Conferir ADIS 2.061-DF, 2.481-RS, 2.486, 2.490, 2.491, 2.492, 2.493, 2.496, 2.497, 2.498, 2.503, 2.508, 2.509, 2.510, 2.511, 2.512, 2.516, 2.517, 2.518, 2.520, 2.524, 2.525, 2.504, 2.506, 2.507 e 2.519, todas de relatoria do Min. Ilmar Galvão.

<sup>181</sup> “X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

<sup>182</sup> Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. (...)II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;” Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do**

decisão, em todas as ações, foi no sentido de apenas dar ciência ao Chefe do Poder Executivo, para que tomasse as providências necessárias. Não foi fixado o prazo de 30 dias a que alude o final do § 2º do art. 103, pois se considerou não ser caso de omissão de medida administrativa. O entendimento foi novamente aplicado na ADI 3276, julgada em 05.06.2005, Relator Ministro Eros Grau, que declarou a omissão inconstitucional em relação à criação das carreiras de auditores e de membros do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Nesta decisão, no entanto, não há menção expressa de se dar ciência ao órgão competente para edição da lei.<sup>183</sup>

Verifica-se, assim, que a posição do STF em relação às decisões de procedência da ADO manteve-se uniforme no período de 1989 a 2005. Porém, o mesmo não ocorreu em relação ao mandado de injunção, que teve o entendimento expresso no MI 107 gradualmente superado neste mesmo período. Em 20.03.1991, no julgamento do MI 283, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, foi assinalado prazo de 60 dias para que se ultimasse a edição da lei reclamada (no caso, a referida no art. 8º, § 3º, do ADCT<sup>184</sup>). Foi determinado, ainda, que, caso ultrapassado o prazo sem a promulgação da lei, seria reconhecida ao impetrante a faculdade de exercer o direito previsto na norma constitucional e que a edição de lei posterior não impediria a obtenção de benefícios nos pontos em que a lei lhe fosse mais favorável.<sup>185</sup> Tal posicionamento foi seguido no julgamento do MI 232, em 02.08.1991, em que a maioria dos Ministros acompanhou o voto do Relator, Min. Moreira Alves, para também fixar o prazo de seis meses para que o Legislativo suprisse a omissão em não editar a lei prevista no art. 195, § 7º, da CRFB<sup>186</sup>, sob pena de, não o fazendo, ter o requerente o direito à imunidade constante do dispositivo, sem as restrições

---

**Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

<sup>183</sup> STF, ADI 3276, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 02/06/2005, DJ 01-02-2008.

<sup>184</sup> “§ 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.” Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

<sup>185</sup> STF, MI 283, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 20/03/1991, DJ 14-11-1991.

<sup>186</sup> “§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.” Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

que a lei futura pudesse estabelecer. Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, que estabeleciam requisitos para fruição da imunidade com base no Código Tributário Nacional (CTN).<sup>187</sup>

Assim, no âmbito do mandado de injunção, embora o STF não tenha aceitado que o Poder Judiciário criasse a norma que possibilitasse o exercício do direito carente de regulação, passou a considerar admissível a fixação de prazo para que o órgão competente editasse a norma. Caso tal prazo não fosse observado, o requerente poderia fruir do direito previsto e não regulamentado.

O engessamento do entendimento seguido pelo STF em relação aos efeitos da ADO gerou e ainda gera críticas na doutrina<sup>188</sup>, pois não há garantias de que o Poder científico da mora efetivamente editará a norma exigida pela Constituição, uma vez que a comunicação não possui um caráter coercitivo e não se admitia a fixação de prazo para o órgão omissor. Cabe a análise de algumas dessas posições.

José Afonso da Silva reconhece o caráter mandamental da sentença de procedência da ação, no sentido de exigir que o Poder competente adote providências para suprir a omissão. No entanto, entende que tal provimento poderá ser ineficaz, uma vez que não há como obrigar o legislador a legislar. Defende, assim, que o Tribunal profira uma sentença normativa, com a fixação de prazo para o órgão competente, opção que conciliaria tanto o princípio político da autonomia do legislador como a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.<sup>189</sup>

O autor critica a opção feita pelo constituinte, uma vez que a decisão

não há de se limitar à mera ciência sem consequência. Se o Poder Legislativo não responder ao mandamento judicial, incidirá em omissão ainda mais grave. Pelo menos, terá que dar alguma satisfação ao Judiciário.

<sup>187</sup> STF, MI 232, Rel.: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. em 02/08/1991, DJ 27-03-1992. A decisão neste MI é exemplificativa da adoção, no mandado de injunção, da denominada posição concretista individual intermediária, em que, julgando a ação procedente, o Poder Judiciário fixa prazo para o legislador elaborar a norma. Findo este, permanecendo a inércia, o autor da ação passa a ter assegurado seu direito. (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009)

<sup>188</sup> Em sentido contrário, Regina Maria Macedo Nery Ferrari refere que o Supremo Tribunal Federal não interfere na formação dos atos que se fazem necessários para a aplicação da Constituição e que sua atuação não substitui a do poder competente para a edição do ato. Não caberia a ele adotar medidas necessárias, nem mesmo depois de haver cientificado o poder competente. A autora afirma que nem mesmo no caso das omissões administrativas caberia ao STF tomar as medidas necessárias para concretizar o preceito constitucional. Em vez disto, conforme o art. 103, §2º, da Constituição, deverá dar ciência da omissão e estabelecer o prazo para a realização do ato, que deverá ocorrer em 30 dias. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 946.

<sup>189</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 48-49.

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, propugnámos por uma decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão. A sentença normativa teria esse efeito. Mas o legislador constituinte não quis dar esse passo à frente.<sup>190</sup>

Flávia Piovesan igualmente considera que a orientação adotada pelo STF, em prol da separação dos poderes, acaba por tornar a ADO um meio insuficiente e insatisfatório para a efetivação das normas constitucionais. A autora sustenta que seria mais conveniente e eficaz a fixação de prazo para que o órgão competente suprisse a omissão. Caso o prazo não seja observado, o próprio Tribunal, dependendo do caso, poderia dispor normativamente sobre a matéria, de forma temporária, até que a norma faltante fosse elaborada.<sup>191</sup> Faz a ressalva, porém, de que há hipóteses em que a atuação do legislador é insubstituível, como no caso das normas de eficácia limitada de princípio institutivo<sup>192</sup> (que contêm esquemas gerais de estruturação de instituições, órgãos ou entidades e reservam ao legislador ordinário a tarefa de estruturação definitiva) e as relativas à elaboração de Códigos<sup>193</sup>, circunstâncias em que não caberia ao STF regular normativamente a questão. O Tribunal somente poderia atribuir eficácia à norma constitucional carente de regulação diante da existência no sistema constitucional de elementos mínimos necessários à aplicação normativa.<sup>194</sup> Dessa forma, acredita a autora, viabilizar-se-ia o cumprimento da Constituição, afastando a omissão inconstitucional.

Essa solução é defendida por grande parte da doutrina, com poucas variações. Neste sentido, destaca-se a sugestão de Pedro Lenza e Dirley da Cunha Junior, que defendem a possibilidade do STF determinar, na própria decisão, o trancamento da pauta do Congresso Nacional caso transcorrido o prazo fixado sem

---

<sup>190</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 56.

<sup>191</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 126

<sup>192</sup> A autora cita como exemplos o art. 134, parágrafo único (atual §1º), referente à Defensoria Pública e o art. 131, referente à Advocacia-Geral da União.

<sup>193</sup> A autora cita como exemplo o art. 48 do ADCT, referente à elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>194</sup> PIOVESAN, *op. cit.*, p. 127.

que o Legislativo edite o ato faltante, aplicando-se por analogia as regras referentes à conversão das medidas provisórias.<sup>195</sup>

Luiz Guilherme Marinoni afirma que a sentença de procedência da ADO não é mandamental, por não poder conter ordem, mas sim puramente declaratória, incapaz de defender a ordem jurídica da maneira como se propunha.<sup>196</sup> A sentença só possuiria caráter mandamental quando se dirigisse a órgão administrativo, caso em que a própria Constituição prevê que as providências devam ser tomadas no prazo de 30 dias. No caso da omissão normativa, a ciência dada ao poder competente para editar a norma faltante seria mero ato externo, posterior à prolação da sentença, servindo apenas para comunicar ao polo passivo o seu conteúdo, não para constrangê-lo a observá-lo. Assim, a solução adotada pelo STF acaba por deixar a força da norma constitucional entregue à discricção do Poder Legislativo, dependente de sua “boa vontade”, quando deveria ser o contrário – o Poder Legislativo submetido à Constituição.<sup>197</sup>

Para Dirley da Cunha Júnior, o que está em jogo é a imperatividade da Constituição e o respeito à vontade popular, fonte do poder constituinte. Para o autor, nada adiantaria afirmar que a Constituição deve ser respeitada, que vincula os demais poderes e que possui normatividade plena e não admitir que o Judiciário possa suprir ativamente as omissões do Poder Público, que acarretam um processo de mutação constitucional.<sup>198</sup> Marinoni, neste mesmo sentido, afirma que

Admitir que o Judiciário nada pode fazer quando o Legislativo se nega a tutelar as normas constitucionais é não perceber que o dever de tutela da Constituição é acometido ao Estado e não apenas ao Legislativo. Quando o Legislativo não atua, um Tribunal Supremo ou uma Corte Constitucional têm inescandível dever de proteger a Constituição. Assim, se é a norma legislativa que falta para dar efetividade à Constituição, cabe ao Judiciário, sem qualquer dúvida, elaborá-la, evitando, assim, a desintegração da ordem constitucional.

<sup>195</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 261; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 273. Inclusive, quanto às medidas provisórias, são apontadas como exemplo de exercício de função legislativa pelo Poder Executivo, admissível nos casos de relevância ou urgência, em que não se levanta a questão do princípio da separação dos poderes.

<sup>196</sup> SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1.098

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 1098-1099.

<sup>198</sup> CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 138. Conforme referido anteriormente no ponto 3.1, a inércia do Poder Público é considerada como uma mutação inconstitucional, na medida em que ofende a letra e o espírito da Constituição, ao paralisar sua aplicação e alterar o sentido de seu texto, ainda que sem o modificar literalmente. (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processo Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 231)

O princípio da separação dos poderes dá ao Legislativo o poder de elaborar as leis, mas não o de inviabilizar a normatividade da Constituição. Aliás, tal poder certamente não é, nem poderia ser, absoluto ou imune.<sup>199</sup>

O autor assevera ainda que a circunstância de a Constituição ter previsto em seu texto o provimento declaratório para a ADO não impede o Judiciário de proferir provimento constitutivo, quando “consciente da inefetividade da mera declaração”.<sup>200</sup> As sentenças, assim, deveriam ser pensadas à luz do princípio da tutela jurisdicional efetiva, expresso no art. 5º, XXXV, da CRFB<sup>201</sup>, principalmente no Direito Constitucional. Ou seja, o Judiciário não pode renunciar ao seu dever em razão da falta de efetividade da sentença. Tal possibilidade de integração da ordem constitucional pelo Poder Judiciário encontraria justificativa nos poderes implícitos<sup>202</sup> conferidos pela Constituição, conforme considera Dirley da Cunha Junior:

A Constituição possibilita – todos crêem nisso, mas só alguns têm a coragem de revelar – que o Judiciário assuma, provisoriamente, o centro de decisões do Legislativo e do Executivo, no exercício da jurisdição constitucional compromissária com a efetividade constitucional. E isso pode ser percebido com uma simples reflexão dos poderes implícitos (quem quer a realização dos fins, concede os meios necessários para isso): se a Constituição pretende ser integralmente aplicada (pois para isso ela foi promulgada); se ela confere poderes ao Judiciário para garantir esse seu insaciável desejo de ser aplicada (FINS expressamente estabelecidos), criando para esse fim, três ações específicas; é por demais óbvio que ela afetou ao Judiciário – na relevante missão de criar o Direito – a competência para suprir todas as indigestas omissões do poder público (MEIOS implicitamente estabelecidos).<sup>203</sup>

A partir de 2003, o STF mudou sua composição, com a entrada de oito novos Ministros (de um total de 11). Com a alteração (e também devido à influência da doutrina), verificou-se uma substancial mudança de entendimento quanto aos efeitos das sentenças que reconhecem a omissão inconstitucional, dando nova força para a

<sup>199</sup> SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1116-1117.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 1117.

<sup>201</sup> “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

<sup>202</sup> A teoria dos poderes implícitos, desenvolvida a partir do precedente *McCulloch v. Maryland (1819)*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, sustenta que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a este órgão, dos meios necessários para a integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. O STF já aplicou a teoria em algumas situações, como no reconhecimento do poder implícito de concessão de medidas cautelares pelo TCU, no exercício de suas atribuições fixadas constitucionalmente no art. 71. (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98.)

<sup>203</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 267.

ADO e para o MI. Tal mudança pode ser traduzida no julgamento da ADI 3.682, em 09.05.2007, Relator Ministro Gilmar Mendes, que inovou ao reconhecer a *inertia deliberandi* e delimitar prazo para a edição da medida faltante. Na ação, discutia-se a falta da edição da lei complementar exigida no art. 18, § 4º, da CRFB, com a redação dada pela EC n.º 15 de 12.09.1996<sup>204</sup>, que estabeleceria os requisitos para a criação de novos municípios. Sustentava-se que vários Estados estariam sofrendo prejuízos em razão da falta da norma, eis que muitas comunidades locais estariam impossibilitadas de emancipar-se e constituir novos municípios. À época, tramitavam no STF diversas ADI movidas contra leis estaduais que autorizaram a criação daqueles entes federativos sem a observância da norma constitucional.

O Ministro Gilmar Mendes considerou que o fato da Constituição não prever um prazo determinado para a deliberação de um projeto de lei não justifica uma conduta negligente e desidiosa por parte do Poder Legislativo, sob pena de se por em risco a própria ordem constitucional. Entendeu-se, assim, de forma inovadora<sup>205</sup>, que a *inertia deliberandi* pode constituir omissão passível de ser considerada inconstitucional. No caso, havia lapso temporal de mais de 10 (dez) anos sem edição da medida, apesar de diversos projetos de leis em tramitação. A omissão produziu vários efeitos durante esse tempo, pois os Estados-membros legislaram sobre o tema e diversos municípios foram criados com base em requisitos previstos nessas legislações estaduais, muitas posteriormente declaradas inconstitucionais pelo STF. A maior inovação, no entanto, foi a fixação do prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional adotasse as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto no art. 18, § 4º, da CRFB. Segue trecho do voto do ministro Gilmar Mendes:

---

<sup>204</sup> “§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)” Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

<sup>205</sup> O STF negava seguimento às ações que discutiam a falta de lei que, ao tempo do julgamento, já haviam tido seus projetos de lei encaminhados pelo Poder Legislativo, seguindo precedente firmado na ADI 2495, cuja ementa era a seguinte: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC N.º 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). ESTADO DE SANTA CATARINA. Mora inconstitucional que não se verifica, tendo o Chefe do Executivo estadual, em cumprimento ao dispositivo constitucional sob enfoque, enviado à Assembléia Legislativa projeto de lei sobre a revisão geral anual dos servidores catarinenses. Ação direta prejudicada.” STF, ADI 2495, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. em 02/05/2002, DJ 02-08-2002.

As formas expressas de decisão, seja no caso de omissão legislativa ou de omissão administrativa prevista no art. 103, §2º, da Constituição, parecem insuficientes para abarcar o complexo fenômeno da omissão inconstitucional. [...]

Não se pode afirmar, simplesmente, que a decisão que constata a existência da omissão inconstitucional e determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna inconstitucional não produz maiores alterações na ordem jurídica. Em verdade, tem-se aqui sentença de caráter nitidamente mandamental, que impõe ao legislador em mora o dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade. [...]

Assim sendo, voto no sentido de declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão.<sup>206</sup>

Nesse sentido, cabe ainda colacionar excerto do voto do Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de que o prazo constante no art. 103, §2º pode ser fixado para o Legislativo ou qualquer outro poder omisso, servindo os 30 dias apenas como limite em relação a eventual prazo determinado para o órgão administrativo<sup>207</sup>:

Diferentemente da Constituição portuguesa, a nossa não se limitou a cuidar da ADI por omissão de medida legislativa, foi além. Quando a nossa Constituição falou em dar ciência ao poder competente, claro que mais de um poder, não só ao Poder Legislativo, apenas a Constituição avançou o comando de que, em se tratando de órgão administrativo, esse prazo seria de trinta dias, mas sem com isso excluir a possibilidade de se fixar um prazo, logicamente, maior para o Poder Legislativo.<sup>208</sup>

A decisão pela fixação de prazo foi tomada pela maioria dos membros do STF, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que julgaram ser possível apenas cientificar o Congresso, seguindo o entendimento até então vigente. Próximo ao final do prazo, a Lei Complementar ainda não havia sido promulgada. Sob risco de extinção dos municípios criados irregularmente, foi editada a EC n.º 57, de 18.12.2008, que acrescentou o art. 96 ao ADCT<sup>209</sup>, convalidando os atos de

<sup>206</sup> STF, ADI 3682, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 09/05/2007, DJ 06-09-2007.

<sup>207</sup> Cabe observar que o art. 12-H, §1º, da Lei 9.868, com a redação dada pela Lei 12.063, de 2009 (promulgada posteriormente à decisão em comento), prevê que em caso de omissão de órgão administrativo as providências deverão ser tomadas em 30 dias ou em prazo razoável a ser fixado, excepcionalmente, pelo Tribunal.

<sup>208</sup> STF, ADI 3682, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 09/05/2007, DJ 06-09-2007

<sup>209</sup> "Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação." Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios ocorridos até o final de 2006.<sup>210</sup> A lei complementar exigida pelo art. 18, §4º, da CRFB, ainda não foi aprovada.

Não obstante, a decisão foi aclamada na doutrina, uma vez que representou a superação do entendimento que tornava a ADO instrumento ineficaz para cumprir seu objetivo de efetivar a Constituição. O posicionamento foi mantido no julgamento conjunto das ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, em 24.02.2010,<sup>211</sup> que tratavam da omissão parcial na regulamentação do art. 161, II, da CRFB<sup>212</sup>, pela Lei Complementar n.º 62, de 28.12.1989, que estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações de recursos que compõem o Fundo de Participação dos Estados (FPE).

Neste caso utilizou-se, pela primeira vez no âmbito da inconstitucionalidade por omissão, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. O Relator, Ministro Gilmar Mendes, considerou que a supressão da lei incompleta representaria prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados, pois o vácuo legislativo inviabilizaria por completo a transferência de recursos.<sup>213</sup> Assim, as ações foram julgadas procedentes, para, com base no art. 27, da Lei 9.868, declarar a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 2º, I e II, §§ 1º, 2º e 3º da LC n.º 62, assegurando sua aplicação até 31 de dezembro de

---

<sup>210</sup> A emenda constitucional n.º 57 é criticada pela doutrina, sob argumento de que seria um mecanismo de constitucionalidade superveniente, “constitucionalizando” leis que nasceram inconstitucionais por vício de forma. Além disso, a emenda teria contrariado a decisão do STF, que previa a edição de nova lei complementar que estabelecesse os requisitos para a criação de municípios e permitisse que os irregularmente criados pudessem se adequar e corrigir o vício. Não obstante, o STF, no julgamento da ADI 2381 AgR, aceitou os termos da emenda, julgando prejudicada ação que questionava a constitucionalidade da lei de criação do município de Pinto Bandeira/RS, pois a mesma teria sido convalidada com a edição da emenda. Cf. STF, ADI 2381 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 24/03/2011, DJ 08-04-2011. (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.)

<sup>211</sup> STF, ADI 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 24/02/2010, DJ 30-04-2010.

<sup>212</sup> “Art. 161. Cabe à lei complementar: (...)II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios;(...)”. Assim dispõe o art. 159: “Art. 159. A União entregará: I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;” Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

<sup>213</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112.

2012.<sup>214</sup> A decisão também reconheceu a fungibilidade entre ADI e ADO, que será objeto de análise no ponto 4.4 do presente trabalho.

Além de seguir a prática de fixação de prazo para que o Poder Legislativo supra sua omissão, a decisão trouxe solução para a questão da omissão parcial. Não havia resposta clara na jurisprudência sobre o que fazer com esse tipo de omissão: se declarar a lei inconstitucional, suspender sua aplicação até a deliberação do legislador ou continuar aplicando a norma parcialmente omissa, eis que a inconstitucionalidade estava apenas na omissão e não na parte que, apesar de insuficiente, respondeu ao dever de legislar.

Gilmar Mendes afirma que a opção de manter a aplicação da norma inconstitucional até a promulgação de novas regras não se compatibiliza com a ideia corrente no direito brasileiro que considera nula a lei inconstitucional. Da mesma forma, a ausência de uma declaração de nulidade, no controle da omissão, não autoriza a aplicação de regras incompatíveis com a Constituição. A única concepção que se conforma com o texto constitucional, portanto, seria a imediata suspensão da aplicação do complexo normativo defeituoso, eis que a decisão da ADO possui eficácia *erga omnes*.<sup>215</sup>

No entanto, afirma o autor, com base na experiência constitucional alemã, que a aplicação excepcional da lei declarada inconstitucional por vezes traduz exigência orgânica do próprio ordenamento, como no caso em que a suspensão de sua aplicação acabaria por agravar o estado de inconstitucionalidade, pois não haveria lei aplicável à espécie. Era esta a hipótese das ADOs acima referidas, assim como o é o das ações que discutem a insuficiência do valor fixado para o salário mínimo, todas casos de omissão parcial. Nessas situações, a aplicação da lei, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade, mostra-se indispensável no

---

<sup>214</sup> O projeto da nova lei (PLS 289/2011-Complementar), até a conclusão deste trabalho, estava em tramitação no Senado. Há a previsão de que seja aprovado até 12 de dezembro de 2012. (WALTER Pinheiro defende aprovação do novo FPE até 12 de dezembro. Agência Senado, Brasília, 30 de nov. 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/11/29/walter-pinheiro-entrega-relatorio-sobre-partilha-do-fpe-e-espera-aprova-lo-ate-12-de-dezembro>>. Acesso em: 30 nov. 2012. Há notícias, no entanto, de que deputados e senadores planejam reunir-se com ministros do STF para postular a prorrogação do prazo. (SECRETÁRIOS da Fazenda propõem acordo para royalties e fundos. O Globo, Brasília, 10 dez. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/secretarios-da-fazenda-propoem-acordo-para-royalties-fundos-6990945>> Acesso em: 10 dez. 2012.)

<sup>215</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 381-382.

período de transição, até a promulgação das novas regras. O art. 27 da Lei 9.868<sup>216</sup> regulou a matéria, prevendo a possibilidade de o Tribunal limitar os efeitos da decisão ou declarar a inconstitucionalidade com eficácia para o futuro. Gilmar Mendes defende que a adoção de tal técnica, com o estabelecimento de prazos dentro do qual seria admissível a aplicação da lei inconstitucional, cria a possibilidade de desenvolvimento de nova modalidade de decisão no processo constitucional de controle da omissão.<sup>217</sup>

Deve-se observar, a título de comparação, que o entendimento do STF em relação aos efeitos da sentença do mandado de injunção evoluiu em maior medida. No julgamento conjunto dos MI 708, 670 e 712, em 25.10.2007, que versavam sobre o direito de greve de funcionários públicos, o STF proferiu sentença aditiva<sup>218</sup>, com efeitos *erga omnes*, determinando a aplicação, por analogia, das Leis n.ºs 7.701/88 e 7.783/89 (que dispõem sobre o direito de greve na iniciativa privada) aos conflitos e às ações judiciais relativas à interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.<sup>219</sup> Passou-se, assim, a se admitir a possibilidade de uma regulação provisória do tema pelo próprio Judiciário. A decisão teve grande repercussão no meio acadêmico, eis que emprestou efetividade inédita ao mandado de injunção.<sup>220</sup>

Não obstante, deve-se reconhecer o mérito das decisões proferidas nas ADIs 3682 e 875, 1.987, 2.727 e 3.243, que representaram importante virada jurisprudencial no controle abstrato da omissão, conferindo a ADO maiores recursos para atingir seu objetivo de efetivação da ordem constitucional.

---

<sup>216</sup> “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Planalto**. Disponível em: > [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

<sup>217</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 384-385.

<sup>218</sup> As sentenças aditivas constituem forma de sentença normativa, originária da doutrina e jurisprudência italianas, em a corte constitucional não se limita a declarar a inconstitucionalidade da norma, modificando diretamente o ordenamento, adicionando ou substituindo-lhe normas, com o propósito de adequá-lo à Constituição. Na sentença aditiva, a norma é declarada inconstitucional não pelo que expressa, mas pelo que omite, tendo seu texto ou âmbito de incidência estendidos. Pode ser justificada pela não-observância do princípio da isonomia, quando “cria uma norma autônoma” ao estender aos excluídos o benefício. (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 162).

<sup>219</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110-111.

<sup>220</sup> A decisão segue a posição concretista geral do mandado de injunção, que sustenta que o STF pode legislar no caso concreto, proferindo sentença *erga omnes*, até a edição da lei integrativa. (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 741.)

### 4.3 Medida Cautelar

A possibilidade de concessão de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão está diretamente relacionada à abrangência dos efeitos conferidos à decisão de procedência da ação.

A questão foi inicialmente discutida no julgamento do pedido de medida cautelar na ADI 336, em 24.09.1990, cujo Relator era o Ministro Célio Borja. No caso, foi questionada a constitucionalidade de diversos dispositivos da Constituição do Estado do Sergipe, com pedido de medida cautelar de suspensão de sua aplicabilidade. Entre eles, estava o art. 100<sup>221</sup>, que alegadamente violaria o princípio da igualdade e o art. 37, X, da CRFB<sup>222</sup>, ao conceder um privilégio aos servidores do Poder Judiciário, que teriam regra própria para reajuste salarial, em detrimento dos demais servidores públicos. Segue trecho do voto do Ministro Marco Aurélio analisando a questão:

"(...) é que o preceito constitucional cogita de reajuste geral e, no caso concreto, se persistir a eficácia da norma, poderemos ter reajuste parcial apenas alcançando a magistratura, tendo também os servidores do Judiciário direito a esse reajuste. Face esse aspecto, acompanho S. Exa., concedendo a liminar para suspender a eficácia do preceito."<sup>223</sup>

A medida cautelar, em relação a esse dispositivo, foi concedida pela unanimidade dos Ministros e a aplicabilidade do artigo restou suspensa. No entanto, há de se fazer a ressalva de que não ocorreu qualquer discussão acerca da existência de omissão inconstitucional parcial no dispositivo.

O julgamento da ADI 361, em 05.10.1990, no entanto, inaugurou o entendimento no sentido contrário, de impossibilidade de concessão de medida cautelar na ADO. No caso, foi arguida omissão inconstitucional por parte do Presidente da República quanto à regulamentação da Lei n.º 7.990, de 28.12.1989,

---

<sup>221</sup> "Art. 100. O reajuste da remuneração dos servidores do Poder Judiciário far-se-á sempre na mesma data do reajuste dos magistrados." **Constituição do Estado de Sergipe**. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/70454>>. Acesso em: 28 nov. 2012.

<sup>222</sup> A redação do dispositivo, à época, antes da alteração conferida pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, era esta: "X - a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data;" **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

<sup>223</sup> STF, ADI 336 MC, Rel. Min. Celio Borja, Tribunal Pleno, j. em 24/09/1990, DJ 01-11-1991.

a fim de dar aplicabilidade ao art. 20, § 1º, da CRFB.<sup>224</sup> O pedido liminar foi requerido para que a omissão fosse suprida e a “ordem democrática restabelecida”. O Ministro Marco Aurélio, Relator da ação, justificou a não concessão diante da impossibilidade de se conceder liminar que exceda aos limites do provimento final:

Esta demanda tem como objeto mediato provimento judicial que implicará ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias ao afastamento da omissão. Vê-se, assim, que é incompatível com a própria natureza da demanda a liminar pleiteada. Se nem mesmo no pronunciamento final pode haver o lançamento, no mundo jurídico, de ato que implique afastamento, em si, da omissão, o que se dirá quanto ao exame preliminar? Daí o meu voto no sentido do indeferimento do pedido.<sup>225</sup>

Embora tenha acompanhado o voto do Relator, o Ministro Sepúlveda Pertence aventou a possibilidade de concessão da medida, caso esta tivesse como objeto não a antecipação dos efeitos da lei a ser editada, mas uma cautelar negativa, inibitória de riscos causados pela falta de regulamentação:

No caso, realmente, o que se pretende é a antecipação de efeitos positivos da lei futura reclamada. Aí, como o eminente Relator, entendo-a inadmissível. Se se tratasse de uma liminar negativa, de uma liminar inibitória, no sentido cautelar aventado no voto do Ministro Moreira Alves, no Mandado de Injunção 107, o problema seria mais sério e, sobre ele, reservo-me para exame oportuno.<sup>226</sup>

No já referido MI 107, julgado em 23.11.1989, discutia-se sobre a autoaplicabilidade do mandado de injunção, em questão de ordem. O Relator, Ministro Moreira Alves, referiu ser possível ao STF determinar, no caso de direito constitucional oponível contra o Estado, cujo exercício esteja inviabilizado por omissão deste, que se suspendam os processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se seu direito fosse exercitável, enquanto a omissão não for suprida. A suspensão alcançaria, inclusive, a ameaça de instauração de processos. Tal possibilidade foi referida como um dos efeitos da declaração da omissão inconstitucional (no mandado de injunção),

---

<sup>224</sup> “§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.” Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

<sup>225</sup> ADI 361 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 05/10/1990, DJ 26-10-1990.

<sup>226</sup> ADI 361 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 05/10/1990, DJ 26-10-1990

juntamente com a ciência à autoridade competente para que adote as providências necessárias para suprir a omissão.

O precedente da ADI 361 foi seguido no julgamento da ADI 267, em 25.10.1990, Relator Ministro Celso de Mello. Na ação, alegava-se o descumprimento da norma do ar. 45, § 1º, da CRFB<sup>227</sup>, por abstenção da Mesa da Câmara dos Deputados em editar a lei complementar que lhe desse execução. Foi requerida ainda a suspensão cautelar da Resolução 16.336/90 do TSE, que teria vulnerado a norma constitucional ao fixar o número de deputados para a eleição de 1990. A decisão igualmente sustentou a impossibilidade de concessão de medida cautelar, considerando-a incompatível com a natureza da ADO:

A norma consubstanciada no art. 45, § 1º, da Constituição Federal de 1988, reclama e necessita, para efeito de sua plena aplicabilidade, de integração normativa, a ser operada, mediante adequada intervenção legislativa do Congresso Nacional (interpositio legislatoris), pela edição de lei complementar, que constitui o único e exclusivo instrumento juridicamente idôneo, apto a viabilizar e concretizar a fixação do número de Deputados Federais por Estado-membro. - A ausência dessa lei complementar (vacuum juris), que constitui o necessário instrumento normativo de integração, não pode ser suprida por outro ato estatal qualquer, especialmente um provimento de caráter jurisdicional, ainda que emanado desta Corte. [...]

A suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que está em mora constitucional.<sup>228</sup>

O Ministro Marco Aurélio foi vencido, pois concedia a medida liminar suspendendo os efeitos da resolução do TSE. No entanto, tal concessão não se deveu ao fato de regulamentação omissa da matéria, mas devido a um comportamento comissivo por parte do TSE, que teria invadido competência da lei complementar exigida pela Constituição:

---

<sup>227</sup> “Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1º - O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.” Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

<sup>228</sup> STF, ADI 267 MC, Rel.: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 25/10/1990, DJ 19-05-1995.

O que se pretende com a concessão da liminar é revelar e ressaltar, ainda mais, a omissão do Congresso Nacional, já declarada no mandado de injunção.<sup>229</sup> Este é o objetivo: tornar escancarado, realmente, tornar de clareza meridiana, solar, o silêncio do Congresso Nacional. Essa é a consequência jurídica buscada com o pleito. Portanto, não posso, a princípio, dizer da inutilidade da medida; e não posso fazê-lo uma vez que, numa análise preliminar, a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral conflita, *data venia*, com a norma inscrita no §1º do artigo 45. Chegamos a essa premissa levando em conta, até mesmo, o que decidiu esta Corte ao julgar o mandado de injunção, ocasião em que deliberou-se que "a estipulação do número de cadeiras deve decorrer de uma lei complementar". Se assim deve ser, questiona-se: há campo propício para tal estipulação via ato do Tribunal Superior Eleitoral?<sup>230</sup>

Na ADI 529-MC<sup>231</sup>, julgada em 19.06.1991, seguiu-se esse entendimento. Alegava-se omissão inconstitucional parcial do Chefe do Executivo consubstanciada na edição da Medida Provisória n.º 296, de 29.05.1991, que daria tratamento diferenciado para servidores públicos civis do Poder Executivo e servidores públicos militares, concedendo aos últimos reajuste também devido aos primeiros. Contra a mesma MP, foi ajuizada a ADI 525, arguindo sua inconstitucionalidade por ação. Na ADI 529 foi requerido, em pedido liminar, a expedição de mandado ao Presidente da República, para que suprisse a omissão, por outra medida provisória, ou para que propusesse o seu suprimento, mediante projeto de lei, de modo a incluir os excluídos do benefício. Como referido, a cautelar não foi concedida, pelos mesmos fundamentos das ADIs 361 e 267 e devido ao ato normativo questionado tratar-se de MP, cuja conversão em lei ainda pendia de deliberação do Congresso Nacional. A concessão foi considerada precipitada, pois dependeria de cuidadosa análise sobre a matéria, incabível no julgamento da medida cautelar.

Em 1996, foram julgadas as ADIs por omissão 1.387 (29.03.1996), 1.439 (22.05.1996) e 1.458 (23.05.1996), mantendo-se o entendimento de impossibilidade de concessão da medida cautelar. Após esse período, as ações foram ajuizadas sem pedido liminar ou foram conhecidas apenas como ADI genérica (como na ADI 1.600-MC), não havendo discussão, portanto, acerca de seu cabimento no caso de omissão inconstitucional.

Na hipótese da ação dirigida contra omissão de órgão administrativo a questão não enfrentaria as mesmas limitações. O art. 103, § 2º, da CRFB, conferiu

---

<sup>229</sup> MI 219, que discutia a mesma questão, julgado procedente.

<sup>230</sup> STF, ADI 267 MC, Rel.: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 25/10/1990, DJ 19-05-1995.

<sup>231</sup> STF, ADI 529 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 19/06/1991, DJ 05-03-1993.

ao STF o poder de ordenar que sejam tomadas as providências necessárias, no prazo de 30 dias, para que se efetive a norma constitucional. Nesse caso, a sentença de procedência da ação tem natureza mandamental (e não declaratória, como na omissão legislativa), pois, conforme Luiz Guilherme Marinoni, “atua sobre a vontade da autoridade, que tem consciência de que, em caso de descumprimento, sofrerá a devida sanção”.<sup>232</sup> Assim, não haveria motivo para que a decisão liminar também não pudesse atuar da mesma forma que a sentença, ordenando as providências necessárias. A questão, no entanto, ainda não foi submetida ao STF.

Diante do exposto, verifica-se que o STF tradicionalmente negava a possibilidade de concessão da medida liminar, pois seguia o entendimento que a decisão final de mérito autorizaria o Tribunal apenas a cientificar o órgão competente, para que adotasse as providências necessárias para superar a omissão inconstitucional.

No entanto, contrariando a jurisprudência firmada no Tribunal, os artigos 12-F e 12-G da Lei 9.868, incluídos pela Lei 12.063, de 27.10.2009, consignaram expressamente a possibilidade de concessão da medida cautelar em ADO, em caso de excepcional urgência e relevância da matéria. Segue o inteiro teor do artigo:

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.

§ 1º 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.

§ 2º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias.

§ 3º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

Art.12-G. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 (dez) dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I do Capítulo II desta Lei.

---

<sup>232</sup> SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1115.

O art. 22 da Lei n.º 9.868 prevê o quórum de pelo menos oito Ministros para deliberar sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A medida cautelar só poderá ser deferida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal.<sup>233</sup>

De acordo com o § 1º do art. 12-F, a medida cautelar poderá consistir em três possibilidades: suspensão da aplicação da lei ou ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, suspensão de processos judiciais ou procedimentos administrativos (na forma como preceituado pelo Ministro Moreira Alves no julgamento do MI 107 e pelo Ministro Sepúlveda Pertence na ADI 267) ou ainda em qualquer outra providência a ser tomada pelo Tribunal. No primeiro caso, a suspensão da aplicação da norma poderá acarretar também a suspensão dos processos judiciais e administrativos que dela dependam. Quanto à terceira possibilidade, a fórmula genérica justifica-se pela complexidade das questões envolvendo a omissão inconstitucional. A lei, assim, em vez de prever taxativamente todas as hipóteses em que a medida cautelar poderá ser concedida, confiou ao STF a tarefa de conceber a providência adequada para a situação controvertida.<sup>234</sup>

A doutrina divide-se quanto à possibilidade de medida liminar. André Ramos Tavares é contrário à sua concessão nos casos de omissão parcial, pois “o afastamento da lei ocasionaria uma situação de inconstitucionalidade mais grave do que a sua manutenção, devendo ser evitada. A lei não pode criar hipóteses para que o STF, conforme sua discricionariedade, a grave a inconstitucionalidade existente.”<sup>235</sup> Luiz Guilherme Marinoni, ao contrário, sustenta que a liminar só teria cabimento para inibir prejuízos, nunca para suspender benefícios.

Até o momento, o STF não apreciou pedido de medida cautelar formulado após a edição da Lei n.º 12.063. No entanto, a previsão legislativa corresponde a um avanço, pois, além de disciplinar matéria que não possuía qualquer regulação sem ser a jurisprudencial, permite que a situação de inconstitucionalidade decorrente da falta de efetivação da Constituição não se prolongue no tempo, considerando o longo período de tramitação de uma ação no STF.

---

<sup>233</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 414.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 414.

<sup>235</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 340.

#### 4.4 Fungibilidade entre ADI e ADO

A questão da fungibilidade entre as ações direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão revela-se no âmbito da omissão inconstitucional parcial, em que não há o cumprimento integral do dever constitucional de legislar imposto pela Constituição. Há, aqui, uma conduta positiva que resulta em um ato defeituoso ou incompleto.<sup>236</sup> Assim, poder-se-ia pensar tanto na ação direta de inconstitucionalidade da lei ou ato defeituoso e incompleto como na inconstitucionalidade por omissão em não editar a norma em toda a extensão ou intensidade exigida pela Constituição. O objeto dos dois processos de controle seria, não obstante, o mesmo: a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.<sup>237</sup>

A questão chegou pela primeira vez ao STF em 1994, no julgamento da ADI 986, cujo relator era o Ministro Néri da Silveira. A ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional de Jornais, com pedido de suspensão liminar, impugnava o art. 1º da Portaria n.º 699, de 29.11.1993, do Ministro do Estado da Fazenda, que previa que a aquisição do papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos pelos próprios fabricantes, editores e empresas não estaria sujeito à incidência de IPMF. A autora afirmava que a norma impunha a oneração das demais movimentações financeiras dessas empresas em operações vinculadas à produção de livros e jornais, o que seria vedado pela imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "d", da CRFB. Os Ministros consideraram que se tratava, na verdade, de ação de inconstitucionalidade por omissão, pois a inconstitucionalidade arguida não consistia no que estava positivado na portaria, mas na omissão do que nele também deveria estar expresso e que não foi inserido: a inclusão, no campo da mesma imunidade tributária, das demais operações financeiras vinculadas à feitura dos veículos de comunicação. O que estava expresso na norma estava em conformidade com a imunidade prevista na Constituição. Assim, foi suscitada em questão de ordem pelo relator a possibilidade

---

<sup>236</sup> Conforme referido no ponto 3.2, Canotilho afirma que a parcialidade pode resultar de uma intenção deliberada do legislador (exclusão expressa ou explícita) ou de uma apreciação incompleta da situação de fato (incompletude regulativa).

<sup>237</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99.** São Paulo: Saraiva, p. 394.

de conversão das ações. Transcreve-se trecho do voto do Ministro Néri da Silveira, decidindo a questão:

Configurada hipótese de ação de inconstitucionalidade por omissão, em face dos termos do pedido, com base no §2º do art. 103 da Lei Magna, o que incumbe ao Tribunal é negar curso à ação direta de inconstitucionalidade, "ut" art. 102, I, letra "a", do Estatuto Supremo. À parte ficará reservado aforar, então, a ação de inconstitucionalidade por omissão, ou não, adotando-se, para tanto, o procedimento cabível, não coincidente com o da demanda aforada, não sendo, desde logo, cabível cautelar.<sup>238</sup>

O Ministro Sepúlveda Pertence, ao analisar a questão, seguiu o mesmo entendimento, com as seguintes considerações:

Ora, o pedido da ação direta de inconstitucionalidade de norma é de todo diverso do pedido da ação de inconstitucionalidade por omissão. Por isso, creio, de fato, inadmissível a conversão da ação de inconstitucionalidade positiva, que se propôs, em ação de inconstitucionalidade por omissão de normas. Acompanho, portanto, o eminente Relator e não conheço da ação.<sup>239</sup>

A ação não foi conhecida pela unanimidade dos Ministros. Tal posição foi mantida no julgamento da ADI 1.439, em 25.05.1996, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello. Nesta ação, buscava-se a declaração de inconstitucionalidade e suspensão dos efeitos do art. 1º e parágrafo único da Medida Provisória n.º 1.415, de 29.04.1996, que fixava o salário mínimo nacional em R\$ 112,00. Os autores sustentaram que tal valor não seria suficiente para atender às necessidades essenciais do trabalhador e sua família e não preservava o poder aquisitivo do salário mínimo, descumprindo o disposto no art. 7º, IV, da Constituição. O Ministro Relator reconheceu a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão parcial do poder público e, em extenso voto, censurou tal comportamento, que torna inviável o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas asseguradas pelo texto constitucional às pessoas. No entanto, ao final, não conheceu da ação, rejeitando a conversão, com a seguinte fundamentação:

Tenho para mim - consideradas as razões que venho de expor e que evidenciam a especificidade desses meios de controle abstrato de constitucionalidade - que não se revela possível converter, em ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de inconstitucionalidade, que, ajuizada - como a presente - com a única finalidade de, após suspensão cautelar de eficácia da norma impugnada (norma que transgrediria, por omissão parcial, texto da Constituição), promover,

<sup>238</sup> STF, ADI 986 MC, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. em 10/02/1994, DJ 08-04-1994.

<sup>239</sup> STF, ADI 986 MC, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. em 10/02/1994, DJ 08-04-1994.

mediante decisão plenária desta Corte, "a exclusão dos dispositivos retromencionados do arcabouço jurídico pátrio".<sup>240</sup>

A mesma fundamentação contrária à conversão das ações foi utilizada no julgamento conjunto das ADIs 1.442 e 1.445, que questionavam a constitucionalidade do mesmo dispositivo. O julgamento foi iniciado também em 25.05.1996 e finalizado em 03.11.2004, após cumprimento de diligência, quando foi julgado prejudicado por perda de objeto, vez que a Medida Provisória já havia sido revogada.

Ao comentar tais decisões, Gilmar Ferreira Mendes sustenta que o problema da possibilidade ou não de fungibilidade entre as ações não decorre propriamente do pedido veiculado na petição inicial, pois em ambos os casos haverá pedido de declaração de inconstitucionalidade. Nesse sentido, possui posição contrária ao entendimento até então vigente no STF, ao afirmar que:

Em se tratando de omissão, a própria norma incompleta ou defeituosa há de ser suscetível de impugnação na Ação Direta de Inconstitucionalidade, porque é de uma norma alegadamente inconstitucional que se cuida, ainda que a causa da inconstitucionalidade possa residir na sua incompletude.<sup>241</sup>

André Ramos Tavares igualmente criticava tal posicionamento do STF, argumentando que o reconhecimento da fungibilidade seria o mais alinhado com a Constituição, sob pena de "valorização exacerbada do aspecto procedimental".<sup>242</sup> Gilmar Ferreira Mendes conclui que, no caso das omissões parciais inconstitucionais, a questão na verdade residiria menos na escolha de um processo especial do que na adoção de uma técnica de decisão apropriada para superar a omissão legislativa, a qual defende que seja a da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.<sup>243</sup>

<sup>240</sup> STF, ADI 1439 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 22/05/1996, DJ 30-05-2003. No julgamento, o Ministro Marco Aurélio conheceu da ação, por crer que não teria ocorrido omissão inconstitucional, eis que o ato impugnado não regulamenta o inciso IV do art. 7º, mas dele discrepa. O Ministro Moreira Alves não conheceu da ação sob outro fundamento: não estaria presente uma das condições da ação da ADI, a de não pleitear algo que fira o interesse genérico de todos, eis que trata-se de ação objetiva. A retirada da Medida Provisória do ordenamento jurídico faria com que o valor anterior do salário mínimo voltasse a vigor, o que pioraria ainda mais a situação das pessoas que recebem o salário-mínimo. O Ministro Sepúlveda Pertence seguiu o relator, mantendo seu próprio entendimento proferido na ADI 986.

<sup>241</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99.** São Paulo: Saraiva, p. 395-396.

<sup>242</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 10 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 339.

<sup>243</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 396.

Com base nessas considerações, no julgamento conjunto das ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, em 24.02.2010, cujo Relator foi justamente o Ministro Gilmar Mendes, reconheceu-se certa fungibilidade entre as duas ações e a possibilidade de sua utilização simultânea. As ações contestavam a constitucionalidade da Lei Complementar n.º 62, de 28.12.1989, que estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações de recursos que compõem o Fundo de Participação dos Estados (FPE). Na ADI 1.987, era pleiteada a declaração de inconstitucionalidade por omissão da LC n.º 62, que não teria regulamentado integralmente o art. 161, II, da CRFB<sup>244</sup>, ao não estabelecer critérios suficientes para a repartição de recursos componente do FPE. Na ADI 3.243, o autor requeria a declaração de inconstitucionalidade total da Lei Complementar, fundada na mesma causa de pedir e com mesmo objeto e parâmetro de controle. A ADI 875 questionava a constitucionalidade do art. 2º, incisos I e II, e parágrafos 1º, 2º e 3º,<sup>245</sup> e o Anexo Único da LC n.º 62, também devido à ausência de critérios de rateio dos recursos FPE. Por fim, a ADI 2.727 questionava os parágrafos 1º, 2º e 3º da LC n.º 62, bem como seu Anexo Único, sob mesmo argumento das demais ações.

A questão foi analisada em tópico próprio no voto do Ministro Relator, que, superando o entendimento vigente, reconheceu que a distinção rígida entre as ações não mais se coadunava com a nova jurisprudência Tribunal no tocante ao controle abstrato de normas e às novas técnicas de decisão. O reconhecimento da fungibilidade foi fundamentado com as seguintes considerações:

---

<sup>244</sup> “Art. 161. Cabe à lei complementar: (...)II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios;(...)”. Assim dispõe o art. 159: “Art. 159. A União entregará: I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;” Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

<sup>245</sup> “Art. 2º Os recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE serão distribuídos da seguinte forma: I - 85% (oitenta e cinco por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste; II - 15% (quinze por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Sul e Sudeste. § 1º Os coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal no Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE a serem aplicados até o exercício de 1991, inclusive, são os constantes do Anexo Único, que é parte integrante desta Lei Complementar. § 2º Os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, a vigorarem a partir de 1992, serão fixados em lei específica, com base na apuração do censo de 1990. § 3º Até que sejam definidos os critérios a que se refere o parágrafo anterior, continuarão em vigor os coeficientes estabelecidos nesta Lei Complementar.” BRASIL. Lei Complementar n.º 62, de 28 de dezembro de 1989. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp62.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp62.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

A imprecisa distinção entre ofensa constitucional por ação ou por omissão leva a uma relativização do significado processual-constitucional desses instrumentos especiais destinados à defesa da ordem constitucional ou de direitos individuais contra a omissão legislativa.

(...)

Tem-se, pois, aqui, uma relativa, mas inequívoca, fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos - o de controle de normas e o de controle da omissão - acabam por ter o mesmo objeto, formal e substancialmente, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.<sup>246</sup>

A decisão referiu ainda a exigência, no sistema abstrato, de certa fungibilidade entre os tipos de ações, com o reconhecimento, pelo STF, do caráter dúplice entre a ADI e a ADC e da fungibilidade entre ADPF e ADI, tendo em vista sua relação de subsidiariedade.

Ao final, as ações foram conhecidas pela unanimidade dos Ministros e julgadas procedentes, para, aplicando o art. 27 da Lei 9.868<sup>247</sup>, declarar a inconstitucionalidade do art. 2º, incisos I e II e parágrafos 1º, 2º e 3º da LC n.º 62, mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2012.<sup>248</sup> A decisão destaca-se também pela utilização da técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, analisada anteriormente no ponto 4.2.

Verifica-se, assim, que a nova orientação do STF quanto à questão representa, também, uma solução mais adequada tendo em vista o próprio objetivo das ações do controle abstrato, de defesa da ordem constitucional contra condutas com ela incompatíveis. Além disso, o entendimento privilegia os princípios da celeridade e economia processuais, uma vez que não será mais necessário o ajuizamento de nova ação com os mesmos fundamentos da ação não conhecida para que o mérito da questão possa ser analisado.

<sup>246</sup> STF, ADI 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 24/02/2010, DJ 30-04-2010.

<sup>247</sup> “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Planalto**. Disponível em: > [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

<sup>248</sup> O Ministro Marco Aurélio foi vencido neste ponto, pois não aplicava o art. 27 da Lei 9.868. Entendeu também ser procedente a ADO, mas sem a fixação de prazo para que o Legislativo editasse a norma omissa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A omissão do Poder Público em concretizar os preceitos constitucionais configura comportamento merecedor de grave censura, uma vez que compromete a realização do próprio Estado Democrático de Direito. Ao deixar de cumprir o dever de legislar expressamente previsto na Constituição, o Poder Público ofende os direitos que nela se fundam e impede a aplicabilidade de suas normas. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, “nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente.”<sup>249</sup>

Um dos problemas das Constituições brasileiras anteriores a de 1988 residia na falta de efetivação de seus preceitos por parte dos órgãos políticos. Diante desse quadro, foram introduzidos na Constituição vigente dois mecanismos inéditos para o controle da omissão inconstitucional: o mandando de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Tal previsão decorre também do caráter dirigente do texto constitucional, que vincula os Poderes Públicos à realização dos direitos nele previstos. Muitos desses direitos estão previstos em normas de eficácia limitada, as quais não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, ficando a cargo do Estado a tarefa de completar a regulação das matérias dispostas nestas normas.

O presente trabalho analisou se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um instrumento eficaz para alcançar o objetivo para o qual foi criada: dar efetividade à Constituição, mediante o controle das omissões que ameaçam a plena aplicabilidade de suas normas.

Nos primeiros anos de sua aplicação por parte do Supremo Tribunal Federal pode-se considerar que a ação não era capaz de atingir esse objetivo. Apesar do ineditismo da previsão constitucional, vigorava a orientação de que o único efeito decorrente da sentença de procedência da ação era a declaração da mora e a ciência ao órgão competente para que tomasse providências para sanar a omissão. No entanto, nem sempre a providência era tomada e muitas vezes a omissão persistia, nada podendo o STF fazer. A ação criada pelo constituinte para proporcionar efetividade à Constituição não conseguia ser eficaz, eis que a

---

<sup>249</sup> STF, ADI 1484, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 21/08/2001, DJ 28/08/2001.

inconstitucionalidade persistia. A dificuldade alegada estava em conciliar tal objetivo com os princípios da separação dos poderes e da democracia, em como sanar a omissão sem violar a Constituição, ultrapassando os limites de atuação do Poder Judiciário.

O panorama da aplicação modificou-se a partir de 2007, com a consagração de uma nova orientação jurisprudencial, que passou a interpretar o princípio da separação dos poderes de forma menos rígida, ao admitir, com o reconhecimento da existência da omissão, a fixação de um prazo razoável para que o órgão competente tome as providências cabíveis para sanar a omissão. Ainda que não se tenha admitido que o STF indicasse a norma cabível ou regulasse a matéria carente de aplicabilidade, tal solução permitiu que o mandamento dirigido ao órgão competente possuísse maior força coercitiva. Da mesma forma, a utilização da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade mostrou-se uma solução para os casos de omissão parcial, mantendo a aplicação da norma parcialmente inconstitucional por um prazo razoável até que o legislador supra sua omissão.

Ainda que nem sempre da forma mais desejável, a fixação do prazo obteve resultado prático nas ações em que foi aplicada, conciliando o princípio da separação de poderes com a ideia de emprestar força normativa à Constituição. De fato, a lei complementar exigida para estabelecer os requisitos de criação, fusão e incorporação de Municípios não foi editada até o momento. Porém, o Poder Legislativo aprovou, dentro do prazo de dezoito meses fixado pelo STF no julgamento da ADI 3.682, Emenda Constitucional que convalidou a existência dos Municípios criados com base nos requisitos previstos nas legislações estaduais até o ano de 2006. Embora a omissão persista e a solução adotada pelo legislador não tenha sido a melhor possível, os Municípios existentes não ficaram nem em uma situação de inconstitucionalidade nem diante de um vácuo jurídico.

Da mesma forma, sob risco de extinção dos repasses financeiros feitos pelo Fundo de Participação dos Estados com a suspensão da aplicação da Lei Complementar n.º 62, o Senado mobiliza-se para aprovar a lei complementar que vai fixar as regras de distribuição do fundo antes do final de dezembro de 2012, data limite do prazo dado pelo STF no julgamento das ADI 875, 1.987, 2.727 e 3.243. Ainda que possa ser considerada tímida, a nova orientação jurisprudencial consegue provocar a ação do órgão competente, algo que a mera ciência não fazia.

Além do novo entendimento adotado pelo STF, dois outros fatores contribuíram para o aumento da eficácia da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O primeiro ocorreu em 2008, com a criação de uma classe processual autônoma para a ação. O segundo se deu com a edição da Lei n.º 12.063/2009, que após 21 anos de aplicação jurisprudencial, regulou de forma positiva o procedimento da ADO, encerrando a insegurança jurídica que prejudicava o desenvolvimento da ação. Deixou-se claro que o rol de legitimados para ingressar com a ação eram os mesmos da ação de inconstitucionalidade genérica, bem como a possibilidade de audiência do Advogado-Geral da União. Foi garantida também a participação dos demais legitimados como *amicus curiae* e a possibilidade de concessão de medida cautelar, atendendo a determinados requisitos.

A aplicação do mandado de injunção está hoje comparativamente mais avançada, ao permitir que o Judiciário supra diretamente a omissão, regulando o exercício do direito carente de normatização, até que a lei exigida seja editada. Há espaço para o desenvolvimento de soluções nesse sentido também para a ação direta, uma vez que permanece em aberto, por exemplo, a questão do que fazer quando o prazo fixado pelo STF finda sem a edição do ato pelo poder competente, em casos de omissão total (considerando que na omissão parcial após o prazo a lei terá sua aplicação suspensa).

Com efeito, os dois mecanismos possuem objeto e características diversas. Enquanto o mandado de injunção visa a tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, com titulares definidos, a ação direta objetiva defender a ordem constitucional em abstrato, conferindo aplicabilidade às normas de eficácia limitada. Assim, embora a sentença normativa seja uma opção de desenvolvimento para a ADO, não poderá ser aplicada em todos os casos de omissão. Há situações em que a atuação do legislador será insubstituível, como quando a Constituição exigir a edição de um complexo normativo para regulamentar órgãos e instituições ou elaborar Códigos, circunstâncias que exijam o debate político. Nestes casos, mostram-se adequados outros tipos de soluções sugeridas pela doutrina, como a fixação de prazo para o órgão competente e o trancamento da pauta das Casas Legislativas, como ocorre com as medidas provisórias, caso findo o prazo sem manifestação.

De fato, o tema da inconstitucionalidade por omissão é campo complexo, em que não se encontram respostas fáceis ou definitivas. Entende-se que a

jurisprudência e a doutrina ainda não encontraram a solução definitiva para o controle das omissões inconstitucionais por meio da ADO. Pode-se concluir, no entanto, que, embora não o tenha sido por muito tempo, atualmente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode ser considerada um meio eficaz para dar efetividade à Constituição. O escopo do controle de constitucionalidade é, afinal, assegurar a prevalência e o cumprimento da ordem constitucional contra condutas com ela incompatíveis. Por meio da superação de uma postura passiva, o Supremo Tribunal Federal deixou de compactuar com a reiterada violação à ordem constitucional, por meio da inércia dos Poderes Públicos. Resta aos demais Poderes compactuarem da mesma “vontade de Constituição”.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A Constituição Cidadã como Pacto Vivencial da Sociedade. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil**.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)> Acesso em: 26 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890**. Disponível em: <

[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo\\_norma=DEC&data=18900622&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D848impressao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impressao.htm)> Acesso em: 26 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n.º 16, de 1965**. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 06 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1851-1900/L0221.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L0221.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2012.]

\_\_\_\_\_. Senado. **Anteprojeto, Projetos e Emendas da Assembléia Nacional Constituinte de 1988 (APEM).** Bases Históricas do Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/BasesHist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=4&codDocumento=23963&sgBase=APEM&q=inconstitucionalidade+omiss%E3o>>. Acesso em: 29 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 267 MC, Rel.: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 25/10/1990, DJ 19-05-1995.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 336 MC, Rel. Min. Celio Borja, Tribunal Pleno, j. em 24/09/1990, DJ 01-11-1991.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 361 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 05/10/1990, DJ 26-10-1990.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 529 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 19/06/1991, DJ 05-03-1993.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 24/02/2010, DJ 30-04-2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 889, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 16/03/1994, DJ 22-04-1994.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 986 MC, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. em 10/02/1994, DJ 08-04-1994.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 1439 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 22/05/1996, DJ 30-05-2003.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 1458 MC, Rel.: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 23/05/1996, DJ 20/09/1996.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 2495, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. em 02/05/2002, DJ 02-08-2002.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 3276, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 02/06/2005, DJ 01-02-2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 3682, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 09/05/2007, DJ 06-09-2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, MI-QO 107, Rel.: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, j. em 23/11/1989, DJ 21/09/1990.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, MI 232, Rel.: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. em 02/08/1991, DJ 27-03-1992.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, MI 283, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 20/03/1991, DJ 14-11-1991.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, RMS 21662, Rel.: Min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. em 05/04/1994, DJ 20-05-1994.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em: 24 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADO**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adoAguardandoJulgamento>>. Acesso em: 24 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Omissão Inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em: 09 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa por Classe**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 24 nov. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011.

\_\_\_\_\_. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processo Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, tomo VI: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição**. 2 ed, rev. e actual. Lisboa: Coimbra, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976**. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html#art283>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

SECRETÁRIOS da Fazenda propõem acordo para royalties e fundos. O Globo, Brasília, 10 dez. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/secretarios-da-fazenda-propoem-acordo-para-royalties-fundos-6990945>> Acesso em: 10 dez. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.