



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

GUSTAVO FARIAS ALVES

**“SÍNDROME DA INEFETIVIDADE” E AÇÕES
CONSTITUCIONAIS: o controle judicial da
omissão inconstitucional por meio do mandado de
injunção e da ação direta de inconstitucionalidade
por omissão**

**CAMPINA GRANDE – PB
2012**

GUSTAVO FARIAS ALVES

**“SÍNDROME DA INEFETIVIDADE” E AÇÕES
CONSTITUCIONAIS: o controle judicial da
omissão inconstitucional por meio do mandado de
injunção e da ação direta de inconstitucionalidade
por omissão**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)
apresentado como pré-requisito para obtenção
do título de Bacharel em Direito pela
Universidade Estadual da Paraíba.

Orientador: Professor Especialista Alex Muniz Barreto

CAMPINA GRANDE – PB
2012

- A474 Alves, Gustavo Farias.
 “Síndrome da inefetividade” e ações constitucionais
 [manuscrito]: o controle judicial da omissão
 inconstitucional por meio do mandado de injunção e da
 ação direta de inconstitucionalidade por omissão / Gustavo
 Farias Alves.– 2012.
 68 f.
- Digitado.
 Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em
 Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de
 Ciências Jurídicas, 2012.
 “Orientação: Prof. Esp. Alex Muniz Barreto,
 Departamento de Direito Privado”.
1. Direito constitucional. 2. Omissão inconstitucional.
 Mandado de injunção. I. Título.

GUSTAVO FARIAS ALVES

**“SÍNDROME DA INEFETIVIDADE” E AÇÕES
CONSTITUCIONAIS: o controle judicial da omissão
inconstitucional por meio do mandado de injunção e da ação
direta de inconstitucionalidade por omissão**

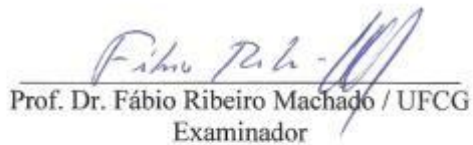
Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)
apresentado como pré-requisito para obtenção
do título de Bacharel em Direito pela
Universidade Estadual da Paraíba.

Aprovada em: 28/11/2012

Nota: 30,0


Prof. Esp. Alex Muniz Barreto / UEPB
Orientador


Prof. Me. Cláudio S. de Lucena Neto/ UEPB
Examinador


Prof. Dr. Fábio Ribeiro Machado / UFCG
Examinador

DEDICATÓRIA

Ao POVO DO ESTADO DA PARAÍBA, por financiar os meus estudos em uma universidade pública, gratuita e de qualidade, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Alberina e Egberto, pela educação ofertada.

À minha avó Irene, pelo amor incondicional.

Ao meu tio-padrinho Alberto e à minha madrinha Ana, por tudo.

Ao meu tio Alberes que junto com o tio Alberto foram meus *mecenas*.

A todos os demais familiares que me auxiliaram neste percurso de vida.

À minha namorada, Jardiene Ferreira, pela paciência e compreensão.

Ao professor e orientador, Alex Muniz Barreto, pelas leituras sugeridas e pela criticidade inspiradora.

Aos colegas de luta do Movimento Estudantil, especialmente, Tiago Medeiros Leite.

Desaprender oito horas por dia ensina os princípios.

Descobri que todos os caminhos levam à ignorância.

MANOEL DE BARROS

A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.

DANIEL SARMENTO

A vontade do legislador, agora, está submetida à vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais.

LUIZ GUILHERME MARINONI

No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de “separação dos poderes”, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original.

EROS GRAU

Percebe-se, à luz do problema, que é meramente ideológico, e não científico, o argumento de lesão ao dogma da separação de poderes, habitualmente invocado para recusar ao Poder Judiciário a função de integrar as omissões legislativas.

DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR

R E S U M O

O presente trabalho buscou investigar a omissão inconstitucional e suas modalidades, além dos mecanismos técnico-legais para a sua supressão. Para isso, foram apresentadas as principais correntes doutrinárias existentes no tocante ao controle judicial da omissão vedada pela Constituição republicana de 1988. Ademais, foram analisadas as principais ações que têm como objetivo, imediato ou mediato, o controle judicial da omissão inconstitucional, quais sejam elas, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Verificou-se, ainda, boa parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em questão e se as novas posturas jurisdicionais adotadas, que passaram de não concretista a concretista geral, ferem ou não a ideia de tripartição das funções estatais. Por fim, o trabalho foi conclusivo no sentido de que a adoção de teses concretistas, em face da omissão inconstitucional, não viola a clássica ideia de tripartição de poderes e que a postura ativista – no melhor sentido do termo – adotada pelo STF é condizente com uma imposição constitucionalmente estabelecida.

PALAVRAS-CHAVE: Omissão Inconstitucional. Controle Jurisdicional. Mandado de Injunção. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Tripartição das Funções Estatais.

A B S T R A C T

This study sought to investigate the unconstitutional omission and its modalities, in addition to technical and legal mechanisms for their removal. For this, were presented the main doctrinal currents existing in relation to the judicial review of the omission forbidden by Republican Constitution of 1988. Furthermore, we analyzed the main actions that aim, immediate or mediate, the judicial review of unconstitutional omission, which whether the Writ of Injunction and Direct Action of Unconstitutionality by Omission. Verified, though, much of the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court on the issue in question and examines whether new postures adopted courts, which have not-Concrete to Concrete General, hurt or not the idea of separation of powers. Finally, the paper was conclusive in the sense that the adoption of theses Concretists in face of unconstitutional omission does not violate the classical idea of separation of powers and that the activist approach - in the best sense of the term - adopted by the Brazilian Supreme Court is consistent with a charge constitutionally established.

KEYWORDS: Unconstitutional Omission. Jurisdictional Control. Writ of Injunction. Direct Action of Unconstitutionality by Omission. Separation of Powers.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 –	Processos em que o STF declarou a mora do Poder Legislativo.....	47
TABELA 2 –	ADO por legitimados – 2008 a 2012.....	52
TABELA 3 –	MI's protocolados, distribuídos e julgados pelo STF – 2005 a 2012.....	54

LISTA DE 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/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TCC	Trabalho de Conclusão de Curso
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
UEPB	Universidade Estadual da Paraíba

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	AS FUNÇÕES DO ESTADO E O NOVO PAPEL DA JURISDIÇÃO.....	14
2.1	A DIVISÃO ORGÂNICA DAS FUNÇÕES ESTATAIS SEGUNDO O BARÃO DE MONTESQUIEU.....	14
2.2	A ATUAL FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	18
2.2.1	A criatividade normativa no modelo clássico e atual.....	21
3	ATUAÇÃO JUDICIAL NA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....	23
3.1	DEFINIÇÃO DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....	23
3.1.1	Modalidades de omissão constitucional.....	27
3.2	POSITIVISMO (TEORIA DO ESPAÇO JURÍDICO VAZIO) E MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR.....	30
3.3	NEOCONSTITUCIONALISMO(S).....	32
3.4	ATIVISMO JUDICIAL.....	37
4	AÇÕES CONSTITUCIONAIS E OS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO.....	42
4.1	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	42
4.2	MANDADO DE INJUNÇÃO.....	45
4.3	SUPREMACIA E MÁXIMA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO.....	48
5	“LEADING CASES” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	52
6	CONCLUSÃO.....	61
	REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) tem por objetivo o estudo da denominada omissão inconstitucional e da atuação da Função Jurisdicional do Estado ao suprir tal omissão com o fito de garantir direitos fundamentais e a supremacia da Constituição.

Assim, tem-se como tema de estudo o controle judicial da omissão inconstitucional, seja ela normativa ou não normativa. E como objetos de estudo, as ações constitucionais, quais sejam, o Mandado de Injunção (MI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que visam exatamente combater essas omissões, a emprestar máxima efetividade à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Evidente a atualidade do tema ante a “virada jurisprudencial” ocorrida no ano de 2007 no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), que passou a adotar posições mais concretistas quando do julgamento das mencionadas ações.

A importância do presente trabalho reside no fato de que a adoção de teses concretistas ainda não é pacífica no âmbito doutrinário e as novas teses não foram adotadas à unanimidade pelos membros do STF. Trata-se de ponto ainda controvertido no cenário jurídico, mesmo que apenas no aspecto técnico-teórico.

Para muitos, a nova jurisprudência se mostra como mais uma manifestação do ativismo judicial, “exacerbado” pelo(s) neoconstitucionalista(s) e pelo(s) neoconstitucionalismo(s), que têm como um dos pontos de encontro exatamente um maior protagonismo da Função Jurisdicional e da figura do próprio magistrado.

Os críticos das novas teses concretistas (ou “ativistas”) insistem no clássico papel de “legislador negativo” e na ideia de que as novas posições jurisprudenciais violariam a divisão orgânica dos Poderes, em outras palavras, violariam a tripartição das funções estatais tal como definida pelo Barão de Montesquieu.

Então, o problema que se coloca neste estudo é o seguinte: as novas atitudes e a nova jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal violam a clássica ideia de tripartição das funções estatais? Como o Estado-juiz se comporta – e como ele deve se comportar – ante a chamada “síndrome da inefetividade” das normas constitucionais carentes de regulamentação ou de implementação material?

Para responder a estas indagações, apresenta-se uma hipótese logo abaixo, a despeito de a formulação de hipótese não ser obrigatória em estudos descritivos ou exploratórios –

como é o caso – porém, ela é importante na orientação do plano de pesquisa e contribui significativamente para a celeridade do processo investigativo.

A hipótese ora lançada é a de que uma atuação jurisdicional que adota posições mais concretistas não fere a clássica tripartição das funções estatais, a uma, porque a omissão inconstitucional se configura como um abuso do poder-dever de legislar/regulamentar/implementar a Constituição da República e, por isso mesmo, a atuação supletiva do judiciário apenas corrige (sistema de freios e contrapesos) esta distorção – causada pela omissão – e assegura direitos fundamentais e a supremacia constitucional.

A duas, porque, de acordo com algumas teorias da argumentação e da norma e do ordenamento jurídicos, há diferença entre “norma” e “texto normativo” e que a atuação da função jurisdicional, em qualquer hipótese, inclusive quando supre omissões normativas, não cria “texto normativo” (função legiferante), mas apenas “faz a norma” (função jurisdicional), e, mais uma vez, não haverá violação ao art. 2º da CRFB/88.

Ademais, métodos outros de interpretação/integração do direito, além do próprio neoconstitucionalismo, são favoráveis à aplicação direta da Constituição e à concretização (não interpretação) dos direitos fundamentais.

Tem-se no presente trabalho o objetivo geral de analisar historicamente a ideia de tripartição das Funções Estatais e a atuação histórica e atual da Função Jurisdicional do Estado em face das omissões inconstitucionais.

Já os objetivos específicos são os de: 1) demonstrar que a atuação do Estado-Juiz, em determinadas hipóteses e sob determinadas condições de pressão e temperatura¹, como “legislador positivo” (como afirmam alguns), não fere a harmonia e o equilíbrio tripartite das funções estatais; 2) demonstrar que um maior protagonismo da Função Jurisdicional não se afigura como antidemocrático ou como fator que influencie na hipertrofia desta função em relação às demais, em virtude do dever constitucional de não deixar a demanda sem solução e de se preservar direitos fundamentais e a supremacia e prestígio constitucionais; e 3) ilustrar o novo papel da jurisdição, ao apreciar julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, nos quais, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção (mais este que aquela) são efetivamente colocados como instrumentos eficazes no controle da omissão inconstitucional.

Justificado o esforço empreendido e apresentados os objetivos do trabalho, passa-se à metodologia empregada.

¹ Parafraseando o ex-ministro Delfim Netto.

Trata-se do método dedutivo, onde o raciocínio é empregado em forma de silogismo, partindo de premissas (no caso, teóricas e práticas) e chegando a uma conclusão. Há necessidade de explicitação do conteúdo das premissas, analisando-se do geral ao particular, em uma cadeia de raciocínio descendente.

Ademais, por possuir tema específico, o TCC emprega, invariavelmente, o método monográfico. Quanto à natureza, a presente pesquisa é classificada como aplicada, já que tem por fim a geração de conhecimento dirigido à solução de problemas específicos. Quanto à forma de abordagem do problema, há interpretação dos fenômenos jurídicos e atribuição de significados, fundadas em argumentação verdadeira e logicamente estruturada², tornando o pesquisador o instrumento-chave da pesquisa.

Quanto aos objetivos, tem-se a pesquisa exploratória que possui o escopo de proporcionar maior familiaridade com o problema a fim de torná-lo explícito e que, em geral, assume a forma de “pesquisa bibliográfica” e “estudo de caso”.

Por fim, quanto aos procedimentos técnicos, utilizou-se da chamada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial combinadas com o estudo de caso, já que se busca o aprofundamento do conhecimento em relação a poucos objetos.

Todo o trabalho é dividido de modo a demonstrar claramente quais são as premissas levantadas que serviram de embasamento para a conclusão alcançada. Assim, temos a Introdução neste primeiro capítulo. No capítulo 2 (dois), é apresentado o estudo da teoria clássica da tripartição das Funções Estatais e de suas nuances atuais, com foco na Função Jurisdicional. No capítulo 3 (três), conceituamos a omissão inconstitucional, suas espécies, e traçamos um panorama teórico da atuação judicial ante a omissão.

Por fim, no capítulo 4 (quatro), analisamos as ações que visam combater a “síndrome da inefetividade”, quais sejam, o Mandado de Injunção, como remédio constitucional, e a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, como ação integrante do sistema de controle concentrado de constitucionalidade. E, no capítulo 5 (cinco), apresentamos os principais casos, pertinentes à matéria estudada, julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

² “Há duas condições para que o raciocínio lógico nos conduza à verdade: a veracidade das premissas e a correção do próprio raciocínio” (COELHO, 2008, p. 7).

2 AS FUNÇÕES DO ESTADO E O NOVO PAPEL DA JURISDIÇÃO

A seguir será traçado um panorama das teorias clássicas que tratam das funções estatais e mais especificamente da função jurisdicional. Serão postos lado a lado o Estado Legislativo e o Estado Constitucional, verificando-se a alteração que a função de julgar passa a ter no arranjo institucional interpodere para, ao final do capítulo, demonstrar o grau de criatividade normativa existentes no passado e no presente.

2.1 A DIVISÃO ORGÂNICA DAS FUNÇÕES ESTATAIS SEGUNDO O BARÃO DE MONTESQUIEU

Há de se iniciar afirmando que o Barão de Montesquieu foi o primeiro a falar em três funções especializadas, divididas em órgãos distintos, tal como hoje as possuímos de forma consagrada.

Porém, é consensual na doutrina que os princípios apresentados na obra “Do Espírito das Leis” encontram-se em John Locke, que, por sua vez, baseia-se na obra de Aristóteles, conforme nota de Gonzaga Truc (MONTESQUIEU, 2005, p. 201). Apesar deste fato, optou-se por estudar apenas Montesquieu, que é a base dos críticos às teses concretistas atuais e que serão ao final do trabalho detalhadas.

Lembre-se que, ao escrever o Livro XI de sua grande obra, o Barão tinha em mente a ideia de liberdade política, daí o título “Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição”, aqui ela é conceituada e diferenciada da “independência”, numa relação que se assemelha bastante com o chamado princípio da legalidade formal. A corroborar o exposto, tem-se a lição do atual Consultor-Geral da União, GODOY (2012): “Montesquieu talvez tivesse em mente apenas a defesa das liberdades individuais” (ênfase acrescida).

Tão umbilical a relação posta por Montesquieu entre a liberdade política e a técnica separatista que a Revolução Francesa fez insculpir no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão o seguinte: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Neste ponto, a lição de BONAVIDES (2010, p. 291) é lapidar, ao esclarecer os conceitos de liberdade em Montesquieu:

Distingue Montesquieu a liberdade debaixo de dois aspectos: o filosófico e o político. A liberdade do ponto de vista filosófico consiste no *exercício da vontade*. Do ponto de vista político, *cumpra torná-la com respeito ao cidadão e com respeito à Constituição*. (ênfase acrescida)

Neste diapasão, o elogio maior à Constituição da Inglaterra reside mesmo no fato de que o poder de “fazer as leis”, o poder de “fazer a paz ou a guerra” e o poder de “punir os crimes ou julgar as querelas” estava posto em mãos distintas, a desdobrar-se na *moderação* tão acalentada pelo mestre francês.

De forma expressa, o autor clássico coloca que a função de julgar é nula:

Dos três poderes dos quais falamos, *o de julgar é, de algum modo, nulo*. Restam apenas dois e, como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir esse efeito. (ênfase acrescida) (MONTESQUIEU, 2005, p. 205).

E a explicar o porquê de a “função de julgar” seria nula, invisível:

O poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo (como em Atenas) num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário. Desta maneira, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação nem a uma certa profissão, *torna-se, por assim dizer, invisível e nulo*. Não se têm constantemente juízes diante dos olhos e teme-se a magistratura, mas não os magistrados. (ênfase acrescida) (MONTESQUIEU, 2005, p. 203).

Atualmente não se tem esta “invisibilidade” proclamada, visto que a própria vitaliciedade é posta como garantia dos magistrados, da magistratura e da própria função de julgar (art. 95, I da CRFB/88). A ideia hoje, neste ponto, é outra.

Quanto ao rigor da lei e à possibilidade de sua moderação, já havia a proclamação no sentido de se evitar o rigor excessivo. Porém, a diferença em relação à doutrina atual é que esta função era delegada, na Constituição Inglesa, a uma espécie de “câmara alta”:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor. É, portanto, a parte do corpo legislativo que noutra ocasião dissemos ser um tribunal necessário, que aqui também é necessária; cabe à sua autoridade suprema moderar a lei em favor dela própria, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela. (ênfase acrescida) (MONTESQUIEU, 2005, p. 208).

Este trecho merece destaque, posto que a ideia de que o magistrado é mera “boca da lei” é repetida por muitos de forma descontextualizada. Montesquieu não nega que é necessário que uma das funções atue na moderação da lei. Ocorre que ele, com base no ideal inglês, atribui esta função a uma das câmaras legislativas.

Sem dúvidas, hodiernamente o magistrado aplica uma lei em sentido material, moderando-a, aplicando-a com parcimônia, conformando-a com a Constituição, iluminando-a através de princípios e de direitos fundamentais. A “boca da lei” de há muito não é mais a mesma. E as “frases prontas” – de fácil repetição³ – precisam ser contextualizadas para não perderem todo o sentido.

A função de *moderar* a lei passa, com o tempo, do próprio legislativo à jurisdição, sem que isso se consubstancie em afronta à separação de poderes.

Esclareça-se, por oportuno, que hoje se tem a exata noção de que o Poder é uno, pois, atributo do Estado. Assim, quando se reporta à “repartição” do Poder, ou “tripartição” do Poder, está-se a se referir à repartição das Funções do Estado.

Refere-se, então, a apenas uma das três acepções da palavra Poder na ordem constitucional vigente (TEMER, 2008, p. 120), segundo elucidação do Ministro e atual Presidentes do STF, Carlos Ayres de Britto, quais sejam:

- Revelação da soberania (parágrafo único do art. 1º da CRFB/88), no sentido de “governo”;
- Órgãos do Estado (art. 2º da CRFB/88): órgão Executivo, órgão Legislativo e órgão Judiciário;
- Funções Estatais (arts. 44, 76, 92 da CRFB/88): função executiva, função legislativa e função jurisdicional.

Assim, cada órgão desempenha funções Estatais distintas, classificadas como típicas ou atípicas, a depender do maior ou menor grau de atuação de cada órgão com cada uma das funções – tudo definido constitucionalmente.

Tal doutrina surge como meio de retirar as funções estatais das mãos de única pessoa. Sua finalidade é evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, através da limitação de poderes (pois “dividir” é limitar) para garantir o Estado *Democrático* de Direito, onde impera a responsabilidade dos gestores públicos, pois *República* (MORAES, 2008, p. 402). Diferindo-se a República do Estado onde há centralização do Poder.

³ “Repetir repetir – até ficar diferente. /Repetir é um dom do estilo” (sic). (Manoel de Barros)

Ela, a República, fundamenta-se na especialização funcional – em cada órgão prepondera uma função – e na independência orgânica – cada órgão é independente (SILVA, 2000, p. 113) e se constitui como “princípio fundamental da organização política liberal” (MORAES, 2008, p. 402).

No dizer de Paulo Bonavides, tal técnica surge, pois “precisava-se sepultar nos espíritos a Idade Média, o corporativismo, a feudalidade e seus privilégios, o absolutismo do rei e sua contradição com a realidade moderna” (BONAVIDES, 2009, p. 66).

E como “corretivo à técnica separatista” (BONAVIDES, 2009, p. 74) premente se fez a elaboração do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), onde cada órgão desempenha função distinta e, ao mesmo tempo, a atividade de cada qual se caracteriza como forma de contenção da atividade de outro órgão do poder, tal sistema atua como mecanismo de harmonização entre os órgãos desempenhadores de funções estatais, conforme art. 2º da Constituição Republicana.

Outrossim, a doutrina da “tripartição de poderes”, de cunho notoriamente político (segundo Jellinek) serviu para “fundar o Estado constitucional” e para “amparar e explicar a organização do Estado federal” (BONAVIDES, 2009, p. 76).

No Brasil, é notória a hipertrofia do Executivo⁴, mas tal relevo dessa função estatal encontra limites na própria constituição. Há no Estado brasileiro, a bem da verdade, uma constitucionalização da supremacia do Executivo. E essa constatação passa imune às críticas daqueles que hoje se insurgem contra o exercício constitucional da jurisdição.

De vital importância é a lição do grande constitucionalista e cientista político, Paulo Bonavides, no sentido de relativizar o dogma da “tripartição de poderes”, pois a sua observação nunca foi cumprida a contento, a harmonia ou a cooperação devem ser sempre buscadas a todo instante:

Sua simples presença no corpo das Constituições presidencialistas não fez nosso homem mais livre. Como nunca se praticou a contento e os mais de cem anos da existência republicana estão, hoje, a repudiá-lo, o que dele recebemos não foi jamais a lição da liberdade, que ele nunca nos pôde ministrar, senão a prepotência ditatorial dos governos que tiveram sempre a assiduidade de contraditá-lo, *humilhando e enfraquecendo o Poder Legislativo, afogando-o em crises periódicas*, de que os últimos acontecimentos de nossa vida constitucional dão, aliás, triste cópia. (ênfase acrescida) (BONAVIDES, 2009, p. 88).

⁴ Que até bem pouco tempo atrás legislava mais que o próprio legislador pátrio, por meio das famigeradas Medidas Provisórias, sem que, superficial e juridicamente, discuta-se a contento a legitimidade da relevância e da urgência das matérias legisladas pelo Executivo. Neste momento, o Executivo não é mais o legislador primeiro, mas a diferença é pequena e o número de proposições de iniciativa do próprio Legislativo é apenas um pouco maior que a chancela às MP’s do Executivo.

Uma maior relevância (mesmo que moderada) da Função Jurisdicional parece incomodar a hipertrofia do Executivo, tão bem instalada desde o início dos tempos em nosso país. Defender uma maior legitimidade do Legislativo ante o Judiciário é fácil, porém, parece impossível quando o “embate” se dá entre o Legislativo e o Executivo, este sempre figurando, no caso aparentemente *sui generis* da pátria tupiniquim, vulgarmente, como o mais legítimo de todos os Três Poderes.

O medo de que abusem do poder é sempre pertinente. O abuso pode ocorrer em quaisquer das três funções, pelos homens que ocupem quaisquer dos três órgãos. Pois, “a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites” (MONTESQUIEU, 2005, p. 200).

Porém, há mecanismos de controle, e um possível (apenas hipoteticamente falando) abuso futuro praticado pela Função Jurisdicional não pode ser justificativa para a manutenção dos abusos (inclusive omissivos) perpetrados pelas Funções Executiva e Legislativa. Já que, “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (idem, *ibidem*).

Ademais, há de se ter em mente que a análise clássica é formal e não material, a tese dissociada da prática tem menor valia. Confessa o senhor de La Brède que: “Não me cabe examinar se atualmente os ingleses gozam ou não dessa liberdade. É-me suficiente dizer que ela é estabelecida pelas leis e eu nada mais procuro” (MONTESQUIEU, 2005, p. 210).

Outrora, a análise formal, mais simplista por sua própria natureza, bastava. Hoje já não mais. Saber se os brasileiros gozam das liberdades, direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República é imperativo e premente.

2.2 A ATUAL FUNÇÃO JURISDICIONAL

Parte-se, pois, de uma função jurisdicional tida por nula, invisível. Sem papel algum. Mesmo quando se fala do “poder que freia o poder” ela fica de fora do jogo institucional no sistema de freios e contrapesos (MONTESQUIEU, 2005, p. 209). O juiz como “boca da lei” parece ser a proclamação do óbvio. Apenas parece, como se verá.

Em análise mais recente – e, mesmo assim, distante de nós em 100 (cem) anos – Chiovenda afirma que a jurisdição tem a função de atuar a vontade concreta da lei e, para Carnelutti, o juiz “cria” a norma individual para o caso concreto.

Permanece, pois, o Estado Legislativo, com suas leis formais, com a supremacia do legislador num período em que leis e códigos são tidos como claros e completos, a gerar única e inquestionável interpretação, sem recurso às normas constitucionais.

As lacunas, ah, as lacunas. Elas são preenchidas – por assim dizer – através da analogia e do método interpretativo sistemático. O panorama é positivista, onde o Direito resta reduzido à lei, com simplificação das tarefas e das responsabilidades do juiz.

No Estado Liberal, a função do magistrado é meramente declaratória, inexistente vinculação aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. A aplicação e a criação separam-se nitidamente e a subsunção é a técnica de aplicação utilizada.

Em Carnelutti, onde se destaca a “composição da lide”, com a sentença funcionando como mecanismo que torna a norma geral particular entre as partes, a integrar o ordenamento jurídico, não há criação da norma. Pois, tanto nele quanto em Chiovenda o que prevalece é a subordinação ao princípio da supremacia da legalidade (MARINONI, 2009, pp. 23-41).

Voltamos ao problema do poder e de seu controle:

Na crença de que o juiz está sujeito às amarras da lei, sente-se a utopia do desconfiante liberalismo contra todo poder estatal, imaginando-se com isso se ter solucionado o problema do controle do poder (Rudolf Wassermann *apud* MARINONI, 2009, p. 33).

“Amarra-se” o juiz à lei e, pronto, imagina-se que o controle do poder foi exercido. Todavia, sabe-se bem que as coisas não funcionam dessa forma.

O advogado e catedrático, Luiz Guilherme Marinoni, conclui que nenhuma das duas correntes expostas correspondem ao Estado constitucional. A lógica atual indica um sentido inverso:

Compreender a lei a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da ideia de que esses direitos dependam de lei, pois hoje são as leis que têm a sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretações que a eles estejam adequadas.

Isso obviamente representa uma *reação* contra o princípio da supremacia da lei e *contra o absolutismo do legislador*. A força normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com que a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislador, agora, está submetida à vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais (ênfase acrescida) (MARINONI, 2009, pp. 97-98).

Ao fim e ao cabo, o autor citado tem em mente que o magistrado não cria o direito, mas ele constrói a *norma jurídica* “a partir da interpretação de acordo com a constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção da regra de balanceamento (ou da regra de

proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto” (MARINONI, 2009, p. 103).

Em nenhuma situação o juiz *cria* o direito, ele apenas o *aplica* através da construção da norma jurídica.

Há insistência na ideia de que a estrutura técnica do processo e a função jurisdicional devem viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material. Mesmo nas omissões inconstitucionais, pois aqui, haverá um direito tutelado pela Constituição que será aplicado diretamente pelo juiz, ante a ausência de lei regulamentadora ou de condições materiais para a sua fruição.

Note-se que o direito preexiste no texto constitucional, apenas o magistrado criará a norma jurídica, para justificar sua decisão, a fim de aplicar o direito ao caso.

A explicar como o magistrado deve colmatar as lacunas inconstitucionais e criar a norma jurídica⁵, o autor expõe:

Nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade e de supressão de omissão constitucional há uma *conformação da legislação* (embora não exatamente da lei) às normas constitucionais.

Mas a conformação da lei ou da legislação faz com que o juiz crie, mediante a interpretação ou o controle de constitucionalidade, uma *norma jurídica* para justificar a sua decisão.

Trata-se de propor, na verdade, a conhecida distinção entre norma, vista como texto da lei, e norma jurídica, compreendida como interpretação do texto legal, deixando-se claro, no entanto, que tal norma jurídica *não é apenas a expressão da interpretação da lei, mas também o resultado do controle de constitucionalidade*. (ênfase no original) (MARINONI, 2009, p. 100).

E a justificar a atuação da jurisdição ante a omissão do legislador, em uma nova concepção de jurisdição:

[...] o mais importante, para uma nova concepção de jurisdição, é a possibilidade de o juiz controlar a inconstitucionalidade por omissão no caso concreto. Como já foi dito, há normas constitucionais que impõem um dever de legislar e há direitos fundamentais que, embora decorrentes de normas que se calam sobre essa espécie de dever, dependem, para a sua efetivação ou proteção, de regramento infraconstitucional.

Como os direitos fundamentais devem ser protegidos ou tutelados pelo *Estado* e, assim, não apenas pelo legislador, é possível verificar, no caso concreto, se a omissão normativa implicou em negação de tutela ao direito fundamental, para, na hipótese positiva, admitir que o juiz supra a omissão de proteção devida pelo legislador. (ênfase no original) (MARINONI, 2009, p. 99).

⁵ Frise-se que a distinção entre texto de lei e norma jurídica é exposta no voto-vista do Ministro Eros Grau, quando do julgamento do MI nº 721-7/DF (p. 28 do inteiro teor de acórdão).

Assim, o critério primeiro para atuação da função jurisdicional ante a omissão é muito claro: há de se verificar se a falta de regulamentação deixa desprotegido o direito fundamental. A nova concepção de jurisdição e a diferença efetuada entre “norma” e “norma jurídica” faz com que não se incida numa ruptura ao sistema tripartite mesmo quando o magistrado aplicado o direito fundamental carecedor de norma regulamentar.

Por fim, numa crítica ao jusfilósofo austríaco, o advogado paranaense adverte que, se para Kelsen a atuação da jurisdição constitucional em controle judicial de constitucionalidade não atenta contra a separação de poderes, pois o tribunal atua, na espécie, como “legislador negativo”, também não há razão para se dizer que a atuação como “legislador positivo”⁶ (suprindo omissão em favor de direito fundamental) atente contra ela. Pois o próprio Kelsen diz que anular uma lei é estabelecer uma norma geral e ainda afirma que a diferença entre a função jurisdicional e a função legiferante consiste em que esta cria normas gerais enquanto aquela cria normas individuais (MARINONI, 2009, p. 103-104). A contradição é flagrante, ademais quando o pensamento clássico é analisado com base nos abusos omissivos atuais.

Como foi muito bem colocado por Luiz Guilherme, a expressão “legislador negativo”, sustenta “de forma um tanto quanto ambígua, que o controle judicial de constitucionalidade não atenta contra a separação de poderes”. (MARINONI, 2009, p. 104). O tiro de Hans Kelsen, neste particular, saiu pela culatra.

Assim, conforme contradição exposta e seguindo a mesma linha do mestre Hans Kelsen – se considerado que ele está correto –, se a atuação jurisdicional como “legislador negativo” não fere a tripartição de poderes, com maior razão não ferirá a atuação como “legislador positivo”, já que, segundo Sérgio Moro (*apud* MARINONI, 2009, p. 103): “quando é declarada a inconstitucionalidade de uma lei, o grau de interferência da jurisdição sobre o legislativo é maior do que quando se faz o controle da inconstitucionalidade por omissão no caso concreto”.

2.2.1 A criatividade normativa no modelo clássico e atual

Traçado o panorama, observa-se que em Montesquieu e em Carnelutti e Chiovenda temos um juiz sem capacidade criativa alguma, muito porque estes dois se baseiam nas ideias

⁶ Por assim dizer, apenas para uma contraposição antitética de expressões. Aqui não se concorda com a expressão, já que se considera que o magistrado apenas aplica o direito, não inovando no mundo jurídico.

daquele. E mais ainda porque aquele não cria que a atribuição de poderes ao magistrado fosse boa coisa à liberdade política por ele defendida, já que a corrupção e as vicissitudes eram práticas comuns, ainda mais em vista de que os cargos da magistratura poderiam ser comprados por qualquer um.

Quando não eram comprados, os cargos eram herdados, como foi o caso da própria “herança” recebida pelo Barão (Mauro Cappelletti *apud* MARINONI, 2009, p. 28). Acreditava-se que o melhor a se fazer era vincular o magistrado à lei. Assim, a nulificação da função jurisdicional no arranjo tripartite e a invisibilidade do juiz/magistrado eram imperativos.

Com a nova feição da jurisdição, condicionada pela prevalência dos direitos fundamentais insculpidos em Constituição de viés político-jurídico e não apenas político, surge alguma criatividade e maior complexidade às tarefas do juiz.

Não se diz, por óbvio, que o juiz cria o direito. Agora, diz-se que ele apenas aplica o direito, mas que cria a norma jurídica necessária à sua aplicação. A criatividade antes inexistente agora floresce, mas não com a inovação de direitos, e sim com a inovação em termos de fundamentação, em termos de criação da norma jurídica e não do texto da lei.

A jurisdição evoluiu, pois, no sentido de garantir direito, vejam bem, atuando como fiel da balança, e enfrentando a poderosa omissão dos demais poderes constituídos, em uma conformação de todo o ordenamento em favor do cidadão.

Em uma atual perspectiva nacional, na qual os magistrados são nomeados pelo Executivo, após concurso de provas e títulos, com promoção por antiguidade e merecimento, sendo este o melhor sistema dentre os existentes, quais sejam, a eleição pelo cidadão, a eleição pelo Parlamento e a nomeação pelo Executivo (AZAMBUJA, 1996, p. 201), não há o que temer, visto que “entre nós este sistema tem dado excelentes resultados” (*Idem*, p. 202).

Sustentar que o Judiciário deve permanecer inerte mesmo quando diante de omissões inconstitucionais, apenas sob o pretexto de não se violar a tripartição de poderes, é sustentar que o abuso da prerrogativa de legislar ou regulamentar/implementar deve se sobrepor ao dever constitucional de prestação jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV da CRFB/88), a relegar a função de julgar à nulidade dos primórdios das teorias clássicas.

3. ATUAÇÃO JUDICIAL NA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Neste capítulo discute-se o conceito de omissão constitucional, definindo-o e dissecando-o da melhor forma possível, sempre com amparo nos próprios dispositivos da Constituição, na doutrina e nas jurisprudências pátria e internacional.

Definido e problematizado o conceito de omissão constitucional passa-se à análise de suas espécies ou modalidades. Tal trabalho, como se verá, é fundamental à análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no controle da omissão do Poder Público vedada pela Constituição republicana.

3.1 DEFINIÇÃO DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Busca-se, neste ponto, definir⁷ o conceito de omissão constitucional para que se torne claro o problema a ser enfrentado por via das ações ao final expostas.

Esclareça-se, de antemão, que o conceito aqui definido deverá servir para ambas as ações que objetivam, direta (ADO) ou indiretamente (MI), combater a omissão constitucional.

Neste diapasão, cita-se a doutrina pertinente, com os defensores e os opositores a uma conceituação mais ampla da omissão vedada, como também a posição consolidada, mas, aparentemente, em vias de modificação, do Supremo Tribunal Federal. Deixa-se de lado aqui a interpretação puramente literal, acatando-se, com o devido respeito à jurisprudência do STF, uma interpretação extensiva e sistemática, conforme se mostrará abaixo.

Lapidar é, pois, a definição trazida por Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 260), magistrado federal, professor nato e estudioso do tema⁸, para quem a omissão constitucional é “caracterizada como um não fazer o que era devido, em tempo razoável, para integrar uma norma constitucional certa e determinada inexecutável ou de eficácia limitada”.

⁷ O dicionário Houaiss dispõe sobre a *definição* nos seguintes termos: “*Lógica*. Operação linguística que busca a determinação clara e precisa de um conceito ou objeto”.

⁸ Autor da tese de doutorado, publicada pela editora Saraiva e em 2ª edição: “*O Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*”.

Mister se faz alguns esclarecimentos. Em primeiro plano, a omissão inconstitucional pode existir em face de quaisquer funções do Estado, conforme lição de Jorge Miranda (*apud* CUNHA JÚNIOR, 2012, pp. 258) e não apenas em face do legislador, como à primeira vista possa parecer.

Ademais, a abstenção indevida corresponde em não fazer aquilo que a Constituição obriga a fazer, a estar tal obrigação inculpada em norma constitucional certa e determinada, posto que não há inconstitucionalidade por omissão em face do sistema constitucional em bloco.

Cumulativamente ao exposto, deve haver “ordem de legislar” (determinação única) ou “imposição constitucional” (determinação permanente), conforme ensinamento de J. J. Gomes Canotilho (*Idem, ibidem*), sejam imposições ou ordens de carácter abstrato ou concreto⁹.

Neste mesmo sentido, acatando inclusive a ordem ou imposição de carácter abstrato, se coloca o Tribunal Constitucional Alemão, posto que “a omissão inconstitucional pressupõe um dever constitucional de legislar, que tanto pode ser derivado de ordens concretas contidas na Lei Fundamental quanto de princípios desenvolvidos mediante interpretação”, conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes (2009a, p. 517).

São exemplos de determinações permanentes a fixação e atualização de salário mínimo e a garantia de ensino básico universal, obrigatório e gratuito. E é exemplo de determinação única a criação de uma instituição, uma vez que a obrigação se esgota logo que seja publicada a lei que organiza e estabelece o funcionamento dela.

Há, ainda, a necessidade de um prazo para aferição da inconstitucionalidade ou não da omissão. Pode ser um “tempo certo”, quando houver um prazo fixado pela própria Constituição, ou um “tempo razoável”, aferido caso a caso, para a edição da medida¹⁰ indevidamente omitida.

Por fim, as normas investigadas devem ser de eficácia limitada (não autoaplicáveis). Em outras palavras, elas devem ser de incidência indireta, mediata e não integral. Necessitam de atuação futura para que produzam todos os seus efeitos jurídicos, de acordo com a doutrina clássica quanto à aplicabilidade das normas jurídicas.

As espécies de normas de eficácia limitada são as normas institutivas/organizatórias e as normas programáticas. Em relação a estas, há o estabelecimento, regra geral, de direitos

⁹ No sentido do texto: Dirley da Cunha Júnior, Clèmerson Merlin Clève e Anna Cândida da Cunha Ferraz. Defende-se apenas a omissão inconstitucional quando a ordem ou imposição sejam concretas: J. J. Gomes Canotilho. (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 258).

¹⁰ A *medida* necessária pode se caracterizar como *integração legislativa* (do Legislativo ou do Executivo) ou *integração material* (do Executivo), a depender de cada caso.

sociais e elas carecem, para além de uma integração legislativa, de uma integração material, a merecer a devida atenção da doutrina (por exemplo: BITENCOURT NETO, 2009; MELLO, 2009) e da jurisprudência¹¹, posto que direitos sociais são também espécie de direitos fundamentais e por isso mesmo as normas estabelecedoras de tais direitos também devem possuir aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º da CRFB/88).

A questão da aplicabilidade merece destaque, pois, se tivermos em mente que por via de integração judicial qualquer norma da constituição pode ser diretamente aplicada, não haveria razão para a distinção doutrinária e jurisprudencial entre normas autoaplicáveis e não autoaplicáveis. Assim, “todas as normas são aplicáveis na medida em que, se necessário, sejam integradas por via legislativa, administrativa ou judicial” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 256).

¹¹ Em relação à saúde, por exemplo: “O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.” (AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, *DJE* de 20-8-2010.) Vide: RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-2005, Segunda Turma, *DJ* de 3-2-2006; RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, *DJ* de 24-11-2000.

“O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso porque, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.” (RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 31-5-2011, Primeira Turma, *DJE* de 17-6-2011.) No mesmo sentido: AI 553.712-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-2009, Primeira Turma, *DJE* de 5-6-2009; AI 604.949-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-10-2006, Segunda Turma, *DJ* de 24-11-2006.

“Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.” (AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, *DJE* de 16-8-2012.)

E em relação à educação, por exemplo: “A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da administração importa afronta à Constituição.” (RE 594.018-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, *DJE* de 7-8-2009.) No mesmo sentido: AI 658.491-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 20-3-2012, Primeira Turma, *DJE* de 7-5-2012.

“A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças até cinco anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impõe o próprio texto da CF. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.” (ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, *DJE* de 15-9-2011.) No mesmo sentido: RE 464.143-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 15-12-09, Segunda Turma, *DJE* de 19-2-10; RE 594.018-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-6-09, Segunda Turma, *DJE* de 7-8-09.

O conceito já exposto e definido leva em conta os dispositivos constitucionais inseridos no art. 5º, LXXI e no art. 103, §2º, todos da CRFB/88:

Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a *falta de norma regulamentadora* torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Art. 103, § 2º - Declarada a inconstitucionalidade *por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional*, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Partindo das transcrições acima, faz-se a interpretação que melhor atenda aos fins do controle judicial da omissão inconstitucional, qual seja, a interpretação extensiva e sistemática.

Desta feita, onde se lê “falta de norma regulamentadora” no art. 5º, LXXI deve-se ler “medida para tornar efetiva norma constitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2012, pp. 138-139). Não faz sentido o Mandado de Injunção – remédio constitucional que é – ficar muito mais limitado quanto à remediação da omissão inconstitucional quando comparado à própria Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, que objetiva “apenas” o resguardo da supremacia constitucional.

No mesmo sentido interpretativo aqui exposto se coloca a doutrina mais abalizada: José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso, Diomar Ackel Filho, Clèmerson Merlin Clève e J. J. Gomes Canotilho (*Idem, ibidem*).

As “medidas necessárias” podem ser de “natureza legislativa ou não (leis, regulamentos, decretos, portarias, instruções, resoluções, despachos administrativos, e outros atos legais e administrativos), abstrata ou concreta, jurídica ou material” (*Idem, ibidem*); assim, as omissões podem ser de ordem normativa ou não, mesmo que de caráter secundário ou concreto (*Idem*, pp. 267-268)¹².

Tal empreendimento interpretativo exposto tem como escopo o Estado Social. Com a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional e com a transfiguração deste modelo em um Estado Social – com todos os demais qualificativos: Constitucional, Social, Democrático, de Direito etc. – verificamos que não apenas a ação, mas também a inação pode receber o qualificativo de inconstitucional.

O Poder Constituinte Originário estabeleceu “a inconstitucionalidade por omissão, como uma sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos do Estado pelo silêncio

¹² Em sentido diverso ao do texto e apenas admitindo as omissões de medida normativa, notadamente em ações de controle concentrado, encontra-se a jurisprudência do STF, por exemplo: ADI 19-5 e ADI 297.

transgressor da Constituição e destinada a evitar a erosão da força normativa da Constituição Dirigente”. (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 256). E a nossa Carta Política é Dirigente.

No debate para a formulação do novo documento político-jurídico formador do atual Estado havia a clara preocupação com a efetividade do Texto Magno.

O professor de Direito Constitucional, Deputado Federal Constituinte e atual Vice-Presidente da República, Michel Temer, afirma, com base no conhecimento dos debates da época, que: “O legislador constituinte de 1988 baseou-se nas experiências constitucionais anteriores, quando muitas normas não foram regulamentadas por legislação integrativa e, por isso, tornaram-se ineficazes” (TEMER, 2008, p. 52).

O aspecto histórico, como se vê através do testemunho abalizado de um constituinte, foi fundamental para a nova formatação de institutos e instituições e para que os estudiosos instrumentalizem e garantam – por via das ações postas à disposição pelo ordenamento, por via de uma nova hermenêutica e por via da assunção explícita do caráter também político que possui o Poder Judiciário – a efetividade de direitos fundamentais, garantindo-se com isso a efetividade e supremacia da própria Constituição.

Assim, resta claro que a definição do conceito de omissão inconstitucional não é suficiente à resolução do problema.

3.1.1 Modalidades de omissão inconstitucional

Definida a omissão inconstitucional, passa-se às suas espécies: a omissão inconstitucional total (formal) ou parcial (material), absoluta ou relativa.

O *non facere* ou *non praestare* poderá resultar na omissão total (formal), caracterizada quando nenhuma providência é adotada. Ou na omissão parcial (material), quando é insuficiente a medida adotada pelo Poder Público.

Das duas espécies, apenas a omissão parcial é, digamos assim, peculiar. Pois, como na omissão parcial há também uma conduta positiva, não raro caracterizada estará a inconstitucionalidade por ação. E um bom critério para, didaticamente, distingui-las é o formulado por Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 265):

Na inconstitucionalidade por ação, o poder público atua *de encontro* à norma constitucional (ou seja, contrário a ela), já na inconstitucionalidade por omissão parcial ele atua *ao encontro* da norma constitucional, porém não a efetivando totalmente. (ênfase no original)

Neste ponto é que a técnica adotada pelo julgador se afigura como mais importante que o tipo de ação manejada, pois,

a principal problemática na omissão do legislador situa-se menos na necessidade da instituição de determinados processos para o controle da omissão legislativa do que no desenvolvimento de fórmulas que permitam superar, de modo satisfatório, o estado de inconstitucionalidade. (MENDES, 2009a, p. 559)

Por este viés, percebe-se que a pura e simples declaração de inconstitucionalidade da norma apenas parcialmente omissa não resolve o problema, podendo mesmo agravá-lo. A cassação da norma (sua declaração de nulidade), nos casos típicos de omissão, agravaria a inconstitucionalidade. A inidoneidade da declaração de nulidade é flagrante (MENDES, 2009a, pp. 551-559).

Imperativa, pois, conforme a doutrina, a adoção, tal como na Alemanha, da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com arrimo no art. 27 da Lei 9.868/1999:

Ao lado da ofensa ao princípio da igualdade, a omissão legislativa assume relevo para fundamentar a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* na jurisprudência do Tribunal constitucional [alemão]. (MENDES, 2009c, p. 274) (ênfase no original)

Resta evidente, assim, que o controle de constitucionalidade da omissão parcial torna inevitável, senão imperiosa, a adoção de técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade no sistema brasileiro. (MENDES, 2009^a, p. 559)

A citação logo acima está inserida em obra publicada antes do advento da Lei 12.063/2009¹³, por conseguinte, verifica-se que o legislador incorporou fielmente as lições doutrinárias expostas, em consonância com o estudo do direito comparado, ao dispor que se aplica à decisão em ADO, no que couber, o disposto no Capítulo IV (Da decisão na ADI e na ADC) da própria Lei 9.868/1999 (art. 12-H, §2º c/c art. 27).

Ainda na questão da omissão parcial, quando a lei parcialmente omissa viola o princípio da isonomia ou da igualdade há duas posições doutrinárias traçadas, verifica-se sempre se a violação a este princípio ocorreu por deliberação do legislador ou por seu mero equívoco na tarefa legiferante.

¹³ Lei 12.063/2009: Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Nas duas hipóteses, defende Gilmar Ferreira Mendes que haja apenas a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da lei, a se evitar com esta medida a supressão do benefício concedido à parcela daqueles que foram alcançados pela norma.

Porém, de outra banda se encontram Dirley da Cunha Júnior¹⁴, Eduardo Appio e as “sentenças aditivas” da Corte Constitucional italiana, nas quais se admite a extensão do benefício àqueles indevidamente não abarcados, corrigindo-se o equívoco e estendendo-se o benefício ao grupo involuntariamente esquecido, por meio de sentença (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 264).

Conforme Clèmerson Merlin Clève (*apud* CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 265), a Corte alemã adota uma terceira via, concretista como a italiana, porém com um pouco mais de prudência: ela confere prazo ao legislador para que ele supra a inconstitucionalidade por omissão parcial ofensiva à isonomia. Findo o prazo, a própria Corte poderá remover diretamente a disparidade de tratamento inconstitucional.

No Brasil, podemos dizer que a jurisprudência evoluiu no sentido traçado pela Corte italiana, e esta evolução pode ser vista de forma cristalina a partir da simples leitura de duas Súmulas oriundas do próprio STF, uma de 1963 e a outra do recente ano de 2003:

STF Súmula nº 339- 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 148.* 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.

STF Súmula nº 672 - 24/09/2003 - *DJ de 9/10/2003, p. 4; DJ de 10/10/2003, p. 4; DJ de 13/10/2003, p. 4. Republicação: DJ de 1º/6/2004, p. 1; DJ de 2/6/2004, p. 1; DJ de 3/6/2004, p. 1.* Reajuste dos Servidores Militares e Civis do Poder Executivo - Compensações Diferenciadas pelos Mesmos Diplomas Legais

O reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas Leis 8.622/93 e 8.627/93, estende-se aos servidores civis do Poder Executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais.

Ao que parece, restou superada a posição anterior, consubstanciada na Súmula 339 que apregoava que não se poderia estender benefícios/direitos, notadamente aqueles que possuem impacto financeiro-orçamentário, sob fundamento na isonomia.

¹⁴ Apenas uma ressalva é feita por este autor, nos casos de omissão parcial inconstitucional que afronta o princípio da isonomia: nas hipóteses em que a concessão de vantagem constitui um privilégio inadmissível e não permitido pela Constituição deverá sim haver declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade. Em outras palavras, com o “não favorecimento arbitrário” não se deve pronunciar a nulidade da norma, já com “a exclusão inconstitucional de vantagens” a pronúncia de nulidade deve, sim, estar presente na decisão.

Já quanto ao dever de legislar, as omissões podem ser classificadas como absolutas ou relativas. Nestas não há dever de legislar autônomo, enquanto que naquelas há.

Assim, apenas existirá omissão relativa inconstitucional quando o legislador atuar “facultativamente” (quando não está autonomamente obrigado a isso) e a sua intervenção legiferante viole o princípio da igualdade.

Por fim e para sintetizar, temos que toda omissão total (formal) corresponde a uma omissão absoluta (quando há dever autônomo de legislar). E que as omissões parciais (materiais) correspondem ou a omissões relativas (quando houver descumprimento do princípio da isonomia) ou a omissões absolutas (quando houver insuficiente satisfação de um dever autônomo de legislar).

3.2 POSITIVISMO (TEORIA DO ESPAÇO JURÍDICO VAZIO) E MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR

Bem, definida a omissão inconstitucional, pergunta-se como se deve saná-la se adotarmos uma postura positivista? O que fala o positivismo sobre a completude do direito (ou das leis)? As omissões existem no plano teórico?

Ao princípio da *certeza do direito* liga-se estreitamente o dogma da completude do ordenamento jurídico. E neste ponto, é despidendo falar em completude do ordenamento, posto que, mesmo sendo certo que o juiz não pode criar o direito, ele jamais pode se recusar a resolver uma controvérsia jurídica (vedação ao *non liquet*¹⁵), aplicando-se, quando cabível e necessário, os métodos integrativos do ordenamento, quais sejam, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito¹⁶.

Assim, “é necessário, em lugar disso, falar de lacunas da lei, com referência, portanto, às normas postas por uma fonte específica do direito, o poder legislativo” (BOBBIO, 2006, p. 208), já que lacunas no ordenamento não existirão, ao menos teoricamente.

Duas são as teorias criadas pelos positivistas para demonstrar a inexistência de lacunas da lei. Trata-se da *teoria do espaço jurídico vazio* e da *teoria da norma geral exclusiva*.

¹⁵ Expressão latina utilizada quando os juízes deixavam de julgar quando não encontravam solução clara para o litígio. A vedação ao *non liquet* está disposta no art. 4º da LINDB, abaixo transcrito.

¹⁶ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (Lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Quanto à teoria do espaço jurídico vazio – que é a que nos interessa – ou algo é juridicamente relevante e é regulado pelo direito, ou, ao revés, algo é juridicamente irrelevante e o direito o deixa à margem, como na metáfora do rio. O que está no rio “é direito”, o que não está no rio não “é direito”, apenas é a margem e por isso não pode ser tido como lacuna do próprio rio-direito.

Quando, pois, o juiz afirma que há lacuna no direito, segundo Norberto Bobbio (2006, p. 210) ele foge do sentido técnico-jurídico e adentra ao debate do tema de forma ideológica:

Assim fazendo, os juízes movem uma crítica ao direito vigente, considerando o caso que devem resolver não do ponto de vista de *lege lata*, mas do ponto de vista de *lege ferenda*: abandonam, assim, o plano do direito positivo, para se colocarem no plano da política legislativa. (ênfase no original)

Na hipótese de omissões inconstitucionais, notadamente ao se falar de direitos e garantias fundamentais, das duas uma, ou se considera que os direitos positivados na Constituição da República estão à margem do Direito e por isso são irrelevantes jurídicos, apenas por ausência de integração legislativa ou administrativa (o que represente um paradoxo sem fim). Ou, ao revés, vê-se que há consignação do direito no próprio ordenamento, reconhecendo a Constituição como parte dele e como seu ápice, e se permite ao aplicador o recurso às técnicas de integração do ordenamento, tão perfeitas à sustentação do dogma ora exposto.

Diante das pesquisas empreendidas, não há quem sustente que os direitos fundamentais expostos na Constituição (direito à saúde, à educação, à greve...), e carentes de regulamentação ou integração material, não sejam “Direito”, que estejam à sua margem. Então, por que negar o recurso às técnicas integrativas, “visto que as normas podem se completar a partir do interior do sistema (*auto-integração do direito*) (*idem, ibidem*)”?

O neoconstitucionalismo e um de seus elementos, o ativismo judicial, permitem, pois, a aplicação direta da Constituição e, aparentemente, resolvem este problema, mesmo porque “na aplicação da lei [ou da Constituição], o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 5º da Lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Antes da análise do(s) neoconstitucionalismo(s) e de seus elementos, porém, passemos à sintética análise do método hermenêutico-concretizador, de Konrad Hesse, mais adequado ao estado atual de coisas.

Reconheça-se aqui que o positivismo foi idealizado com o fito da aplicação de um ordenamento hermeticamente fechado, sem interferência da moral e sem a carga axiológica

dos ordenamentos jurídicos atuais, não sendo a crítica honesta se não for feita de modo a se contextualizar o problema. Em tempos de força normativa da constituição e de direitos e garantias fundamentais, há de se mudar o panorama, mudando-se, no que for necessário, as teorias, métodos, ideologias...

A máxima a que se chega a partir do pensamento de Hesse, ante esse novo contexto, é a de que os direitos fundamentais, em rigor, não são interpretados; eles concretizam-se. Ele afirma que,

se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (HESSE, 1991, p. 22-23).

Para Hesse, são três os elementos principais da interpretação concretizadora: a norma que se deseja concretizar, o problema concreto a resolver e a compreensão prévia do intérprete. Tal teoria une o momento da determinação do sentido da norma e da sua aplicação em um só desígnio. O teor da norma só é obtido a partir do ato aplicador-interpretativo.

Como será visto, as normas da Constituição trazem os próprios princípios orientadores de sua própria interpretação. O fim da Constituição é mesmo o de se concretizar. E se puder ser aferido um nível de “vontade de se concretizar”, deve-se dizer que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais certamente terão essa vontade em um grau maior que as demais normas constitucionais.

Porém, mesmo assim, todas as normas constitucionais, devem ser vistas (interpretadas-aplicadas) com desiderato concretizador a fim de garantir o prestígio de todo o ordenamento.

3.3 NEOCONSTITUCIONALISMO(S)

Há de se esclarecer, logo de início, que não há uma só conceituação de neoconstitucionalismo. A própria coletânea organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, publicada em 2003 e considerada como o principal marco divulgador das novas teorias, é explícita em seu título: “Neoconstitucionalismo(s)”.

Ademais, a cientificidade desta corrente de pensamento não passa imune a contestações. Um isento crítico do, diga-se assim, “movimento” é o jurista Humberto Bergman Ávila que, apesar de reconhecer o caráter normativo dos princípios jurídicos (ÁVILA, 2012) – um dos pilares do neoconstitucionalismo –, nega cientificidade ao movimento (ÁVILA, 2008).

As críticas traçadas partem da identificação dos quatro principais fundamentos do neoconstitucionalismo, quais sejam: o fundamento normativo (da regra ao princípio); o fundamento metodológico (da subsunção à ponderação); o fundamento axiológico (da justiça geral à justiça particular); e o fundamento organizacional (do Poder Legislativo ou Executivo ao Poder Judiciário).

No Brasil, o novo paradigma está posto, seja na teoria jurídica, seja na prática dos tribunais, conforme expõe Daniel Sarmento (*in*: NOVELINO, 2009, p. 31).

A exposição e reflexão colocadas¹⁷ pelo professor de Direito Constitucional da UERJ e Procurador Regional da República, Daniel Sarmento, dividem-se em três partes, numa busca pela definição do que vem a ser o neoconstitucionalismo (ou as suas variadas faces), a recepção histórica do neoconstitucionalismo no Brasil e as objeções a esta corrente.

Tal conceito foi formulado na Espanha e na Itália, tendo reverberado no Brasil a partir da publicação da obra intitulada “Neoconstitucionalismo(s)”, já mencionada. Esta expressão, tão em voga em anos recentes, ao definir novo paradigma, não é utilizada nem nos Estados Unidos da América, nem na Alemanha, para citar apenas alguns países paradigmáticos no estudo do direito comparado.

Ademais, o autor citado assevera que não há um único constitucionalismo. Prosperam, em realidade, linhas bastante heterogêneas, numa ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política.

Historicamente, o pós-segunda grande guerra é o marco temporal que dissolve uma cultura jurídica baseada na centralidade das leis e dos códigos e que não dá qualquer valor jurídico às constituições, conforme já visto nos primeiros capítulos do presente trabalho. Após a Segunda Guerra, percebeu-se que as maiorias políticas poderiam associar-se à barbárie, notou-se a necessidade de se fortalecer a jurisdição constitucional com a instituição de mecanismos de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do próprio legislador (NOVELINO, 2009, p. 35).

¹⁷ “O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. (*In*: NOVELINO, 2009, pp. 31-68).

Com isso, cresce a importância do Poder Judiciário, que deixa de ser a mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como afirmava Montesquieu.

Essas modificações da cultura jurídica, segundo o autor, são os principais traços identificadores do neoconstitucionalismo. Já que este visa a se compatibilizar com a realidade, em substituição ao positivismo jurídico.

Neste novo quadro, há valorização da razão prática no âmbito jurídico, com a ideia de racionalidade jurídica se aproximando da ideia do razoável.

Agora, a teoria das fontes do direito muda de foco e passa a mirar na Constituição como centro do ordenamento jurídico. Já a clássica teoria da tripartição de poderes cede espaço às amplas restrições ao poder do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias.

Os princípios jurídicos abrem as portas do direito para o debate Moral. E fileiras de positivistas e não-positivistas se posicionam (todos se considerando neoconstitucionalistas), mesmo sendo tal dicotomia desinflante em um momento de “positivismo inclusivo”, onde a Moral é aceita por todos, desde que positivada, logicamente.

Com tantas nuances nas fileiras neoconstitucionais não há consenso sobre como devem ser interpretados/aplicados os valores morais incorporados pela ordem constitucional, pela vagueza e indeterminação que contém.

Nesta perspectiva, o juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias do texto constitucional. A ser o neoconstitucionalismo concebido como uma teoria otimista e que alenta um ideário humanista, que aposta na possibilidade de emancipação humana pela via jurídica, através de um uso engajado da moderna dogmática constitucional. Isso tudo é reflexo dos valores incorporados, como se verá a seguir.

Mais especificamente, quanto à incorporação do novo paradigma no direito brasileiro, Sarmiento expõe que, efetivamente, apenas com a Constituição de 1988, uma Constituição passou a ter valor normativo no Brasil. Até 1988 a lei valia muito mais do que a Constituição e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a Lei.

Com a democratização de acesso ao Supremo Tribunal Federal, permitida pela nova ordem constitucional, notadamente com a ampliação do rol dos legitimados às ações do controle concentrado de constitucionalidade, houve o favorecimento da judicialização da política, outro traço marcante do novo paradigma teórico aqui estudado.

Isso somado ao fato de que a Constituição atual está impregnada de valores e possui um texto analítico (e não sintético, como o estadunidense ou alemão, por exemplo), tudo a desembocar no fenômeno chamado de “filtragem constitucional do Direito”, onde há

irradiação de todos esses valores por todo o ordenamento jurídico e também onde há o reconhecimento da aplicação horizontal dos direitos e garantias fundamentais.

Na opinião de Daniel Sarmento, a doutrina teve papel importante na mudança de paradigma do Direito Constitucional brasileiro, em face do chamado “constitucionalismo brasileiro da efetividade” (“positivismo de combate”), encabeçado por Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève, que visou e conseguiu elevar a Constituição à categoria de norma jurídica, deixando de ser apenas texto meramente político.

Na segunda fase, a das teorias jurídicas ditas pós-positivistas, há o encabeçamento realizado por Paulo Bonavides (2011b) e por Eros Roberto Grau (2010), que divulgaram entre os brasileiros as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Essa fase enfatiza o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, além de estudar as peculiaridades de sua aplicação.

Nesta senda, o problema da legitimidade do Poder Judiciário surge com mais força, graças, exatamente, à maior importância política por ele alcançada. É então colocada sob discussão a chamada “dificuldade contra-majoritária do Judiciário”. A legitimidade do ativismo é posta à prova e, dependendo do posicionamento adotado, pode-se preconizar um maior ou menor grau de ativismo judicial, ou defender o ativismo em algumas áreas, mas recusá-lo em outras.

O Supremo Tribunal Federal passa a ter uma postura tida como de caráter “ativista”¹⁸, e restam presentes elementos que contribuem com a democratização do processo constitucional, seja por meio do *amici curiae*, seja por meio das audiências públicas.

Doutra banda, as três objeções à nova ordem são as de que a judicialização, nos moldes apregoados, é antidemocrática, a abertura na interpretação e aplicação do Direito é perigosa em face da cultura brasileira e a de que a panconstitucionalização do Direito pode diminuir a autonomia pública do cidadão e a autonomia privada do indivíduo.

Em outras palavras, diante da vagueza e da abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes, quem as interpreta também participa de seu processo de criação, conferindo-se, com isso, aos juízes, uma espécie de “poder constituinte permanente”, notadamente quando falamos da jurisdição constitucional. O que pode ser utilizado tanto para defender e garantir direitos fundamentais como para a manutenção do *status quo ante*.

¹⁸ Detalha-se o conceito de ativismo judicial no próximo ponto deste capítulo.

Quanto à exacerbada abertura interpretativa, no Brasil, terra do “homem cordial” e do “jeitinho”, Daniel Sarmento afirma que a desconsideração das regras e da subsunção é um perigo, dadas as influências claras do político e do econômico no jurídico em *terrae brasilis*.

Já a panconstitucionalização reveste-se de viés antidemocrático quando engessa sobremaneira a atividade do legislador infraconstitucional e quando matérias que interessam apenas à esfera privada são reguladas e sofrem a influência direta da constituição.

Há, porém, diante de tantos debates e diante de tantos elementos a serem considerados, um mínimo consenso de que os traços identificadores do novo paradigma do Direito são: o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a sua valorização no processo de aplicação do Direito; o recurso a métodos mais abertos de raciocínio jurídico; a constitucionalização do direito; a reaproximação entre Direito e Moral; a judicialização da Política; e um maior relevo institucional e político do Poder Judiciário e do magistrado.

Diante de tudo quanto foi exposto, a crítica formulada por Humberto Ávila e a precavida ou moderada forma de filiação ao movimento neoconstitucionalista, por parte de Daniel Sarmento, apenas demonstram que “o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso” (NOVELINO, 2009, p. 59).

Assim, resta claro que o neoconstitucionalismo em si mesmo não deve ser descartado, deve-se apenas descartar o seu excesso.

Como no caso do presente trabalho, fica claro que o que se busca não é a passagem da regra ao princípio; da subsunção à ponderação; da justiça geral à justiça particular; e do Poder Legislativo ou Executivo ao Poder Judiciário.

Os excessos devem, sim, ser repudiados. O que se busca é exatamente a conciliação disso tudo, dentro de um, diga-se, neoconstitucionalismo moderado, onde efetivamente se reconheça a força normativa dos princípios, sem que isso importe em supressão ou diminuição da importância das regras; da aplicação da ponderação como técnica correta de aplicação do direito nos chamados *hard cases*; de fazer justiça ao caso concreto sem desrespeito ao ordenamento preestabelecido; de tratar com a devida importância, inclusive política, o Poder Judiciário e os magistrados, sem que isso importe em atitudes antidemocráticas ou que firam a tripartição das funções estatais.

No caso das omissões inconstitucionais o paradigma do neoconstitucionalismo moderado se mostra como útil e adequado, posto que resta clara a importância do magistrado e do Poder Judiciário a garantir os direitos fundamentais e a supremacia e efetividade da Constituição quando falham os demais Poderes.

Ademais, a aplicação dos dispositivos constitucionais diretamente ao caso *sub judice*, quando inexistente ou ineficiente a atuação do Poder Público ou quando a própria Constituição assim determina, dando caráter jurídico ao Texto Magno e reconhecendo, sempre, o caráter normativo dos princípios, é técnica que não pode ser jogada fora e respeita mesmo a vontade do Poder Constituinte Originário.

Tudo porque a própria Constituição assim determina, a se lembrar sempre que o Poder Judiciário é inerte, mas que quando provocado deve dar respostas e apresentar resultados, não podendo negar a jurisdição (art. 5º, XXV da CRFB/88). Resta claro o papel supletivo do juiz e do Judiciário.

Todo excesso deve, sim, ser punido. A própria omissão inconstitucional se configura como um excesso punível, como um abuso de poder-prerrogativa seja do legislador, seja do administrador. A omissão dos demais Poderes não pode ser acatada pelo Judiciário e, neste ponto, é isso que prega o neoconstitucionalismo.

Vê-se que “é meramente ideológico, e não científico o argumento de lesão ao dogma da separação de poderes” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 372). Desde que atue supletivamente e sem excessos, é válido e louvável o novo papel do magistrado e do Poder Judiciário ante um neoconstitucionalismo aqui tido por moderado.

E se foi transformado em dogma, em ideologia, o que antes era tido por científico, não há mal algum em se adotar nova ideologia consentânea com o novo Estado Constitucional em que vivemos já há mais de vinte anos.

3.4 ATIVISMO JUDICIAL

Os marcos histórico, filosófico e teórico do neoconstitucionalismo são muito bem delineados em trabalho de Luís Roberto Barros, divulgado em seu próprio sítio na Internet (BARROSO, 200-) e reproduzido em diversas publicações nacionais.

Fixou-se no citado trabalho o marco histórico do neoconstitucionalismo como sendo o segundo pós-guerra e, no Brasil, a própria Constituição da República de 1988. O marco filosófico como sendo o pós-positivismo. E o marco teórico como sendo o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 200-, pp. 01-15).

É no marco teórico que se finca pé e se estabelece o ponto de partida ao estudo do ativismo judicial. Pois, é a partir da aplicação direta da Constituição, da ponderação de valores e princípios jurídicos e de um maior relevo político-institucional do próprio Supremo Tribunal Federal que surgem as críticas, a taxar a Corte Suprema de “ativista” no sentido pejorativo do termo.

Mais uma vez apresenta-se a difícil tarefa de definir um conceito. Trabalho árduo, mas imprescindível ao conhecimento do estado de coisas e à adoção de posturas ao final expostas em forma de conclusão.

Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁹ nos remete à origem casual da expressão *judicial activism*, trazida ao público pela primeira vez na revista de atualidades *Fortune* em texto de autoria do jurista Arthur Schlesinger Jr., em janeiro de 1947 (*in*: FELLET, 2011, p. 389).

No texto publicado, o autor estadunidense divide os juízes da Suprema Corte do seu país entre os rótulos de “ativistas judiciais” de um lado e os “campeões de autocontenção” (*self-restraint*), de outro. Tal dicotomia perdura até os dias de hoje, sendo também certo que o contraposto de “ativismo judicial” seja o chamado “passivismo judicial”.

A explicar a forma como a expressão é usada e por quem ela é usada, Gonet Branco assim expõe:

O ativismo pode ser de esquerda ou de direita, portanto, sendo a crítica que o aborrece não raro proveniente da parte preterida nos seus interesses.

O fato é que se o debate sobre decisões mais relevantes da Suprema Corte vale-se do forte apelo do termo *ativismo*, sem lhe definir contudo, na maior parte das vezes, os lineamentos essenciais.

Tudo isso contribui para que uma parte da doutrina americana desdenhe do conceito, tomando como um “pouco mais do que uma maneira abreviada de, com forte carga retórica, o interlocutor se referir a decisões com as quais discorda”, um “termo irremissivelmente banal”.

Como quer que seja, costuma-se usar o termo *ativismo* em contextos destinados a apontar, para fins de censura ou de aplauso, um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas. (*in*: FELLET, 2011, p. 392) (ênfase no original).

O autor, assim, identifica o âmago de não se ter uma definição deste conceito na doutrina nacional ou internacional: a expressão “ativismo judicial” é utilizada, mais da vezes, para desqualificar (mas também para aplaudir) as decisões de uma Suprema Corte, seja nos Estados Unidos da América, seja no Brasil, notadamente nos casos de grande repercussão e que envolvem opções morais e políticas.

Na própria Europa, a Corte Constitucional húngara, foi taxada de ativista na década de 1980, pois “conferira conteúdo material à recém-descoberta democracia, dando ensejo a que

¹⁹ “*Em Busca de um Conceito Fugidio – o ativismo judicial*”. (*In*: FELLET, 2011, pp. 387-401).

se falasse em uma ‘democracia por meio do Judiciário’” (FELLET, 2011, p. 393), algo muito parecido ao que apregoa Paulo Bonavides em sua “Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade” (2003).

Abro apenas um parêntese, para trazer a lume a original ideia de Bonavides, a dividir os legisladores em três categorias: o legislador de primeiro grau (aquele que faz a norma fundamental), o legislador de segundo grau (que é o legislador ordinário, como o conhecemos) e o legislador de terceiro grau (o juiz):

Em todo o sistema jurídico-constitucional do Estado de Direito contemporâneo, nascido à sombra dos postulados do contrato social, há, em rigor, *três legisladores* perfazendo as tarefas normativas do regime.

Um *legislador de primeiro grau* que faz a norma fundamental – a Constituição. Sua autoridade depois remanesce no corpo representativo, legitimado pela vontade constituinte. Mas remanesce como um poder jurídico limitado, apto a introduzir tão-somente as alterações que se fizerem mister ao estatuto fundamental com o propósito de aperfeiçoar a constituição e manter a estabilidade dos mecanismos funcionais de governo. E também para tolher, por via de emenda, reforma ou revisão, o advento das crises constitucionais, dando-lhes solução adequada e legítima.

A seguir, depara-se-nos, em escala de verticalidade, o *legislador de segundo grau*, que faz a norma geral e abstrata, na qualidade de legislador ordinário. Para desempenhar este múnus constitucional recebe a colaboração do Poder Executivo, cujo Chefe sanciona ou não atos das assembleias parlamentares.

Têm estas, porém, o poder de rejeitar o veto do presidente e restabelecer a vontade do órgão legiferante.

Enfim, depara-se-nos o *legislador de terceiro grau*, no estreitamento do funil normativo, a saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto. *Legisla entre as partes.*

Intérprete normativo no caso da velha dogmática jurídica, esse juiz tende, desde o advento da Nova Hermenêutica, a ser, com razão, o legislador por excelência; aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade bastante com que coibir de uma parte as usurpações do Executivo, de outra as tibiezas e capitulações do Legislativo. Sobretudo quando este, por omissão, se faz desertor de suas atribuições constitucionais.

Assim, sob a égide de um Judiciário, guardião efetivo da supremacia constitucional e da ordem democrática, recompor-se-á a esfera da harmonia e equilíbrio dos Três Poderes. (BONAVIDES, 2003, p. 21) (ênfase acrescida).

O juiz, na teoria da democracia participativa de Bonavides, seria como a Corte “ativista” de Budapeste, a garantir direitos individuais e sociais, quando da redemocratização da Hungria. Seria, pois, um juiz ativista ante o contexto aqui estudado. Fecho o parêntese e retorno ao ativismo.

O próprio Peter Häberle, analista do constitucionalismo da América Latina, citado por Gonet Branco (FELLET, 2011, p. 393), afirma que “como observador participante, estou contente que os tribunais pratiquem o ativismo judicial *e que obriguem os demais poderes a*

atuar (...). O sistema republicano não se vê debilitado por um ativismo jurídico senão que fortalecido” (ênfase acrescida).

A configuração do conceito de ativismo está intrinsecamente ligada aos conceitos de separação de Poderes e das atribuições do Judiciário, assunto já tratado no primeiro capítulo deste TCC.

Gonet Branco (FELLET, 2011, p. 394), citando Elival da Silva Ramos, assevera que ativismo judicial em sentido pejorativo “é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa”.

Fixada essa premissa, fica mais claro saber quando, por exemplo, o STF atua de forma ativista no sentido positivo ou negativo do termo.

Cabe aqui o ensinamento de Eros Roberto Grau, ministro aposentado do nosso Tribunal Maior: “No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de ‘separação dos poderes’, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original” (MI nº 721-7/DF. p. 29 do inteiro teor de acórdão).

Assim, não se pode falar que o STF é ativista, no mau sentido da expressão, quando edita uma súmula vinculante, quando, com frequência, fiscaliza a constitucionalidade de leis e de emendas à Constituição ou quando controla a omissão do Poder Público, por exemplo. Posto que, todas essas atribuições estão definidas constitucionalmente, não havendo ultrapassagem das linhas demarcatórias da jurisdição tal qual delimitado pela própria Constituição, e não pela idealização de quem quer que seja.

Por isso, “não deve surpreender que, para assegurar a plena vigência desses direitos [fundamentais], o Tribunal, provocado por instrumentos criados pela Constituição, exerça, por exemplo, *jurisdição superadora da omissão de outros poderes*” (FELLET, 2011, p. 397) (ênfase acrescida).

O Tribunal apenas cumpre sua função institucional, se ele “se torna necessariamente mais ativo nessas circunstâncias, não será exato atribuir-lhe comportamento *ativista* no sentido recriminador do termo” (*idem*, p. 396).

Podemos mesmo afirmar que até 2007 o STF foi “campeão de autocontenção”. Ocorre que, apenas a partir desse ano (CUNHA JÚNIOR, 2012, pp. 161-162), em se tratando de controle judicial da omissão inconstitucional, com a “virada” da jurisprudência e a adoção de posições concretistas nos julgamentos de Mandados de Injunção, é que parece que o Tribunal

verdadeiramente descobriu o seu papel institucional, mesmo havendo as mesmas previsões normativas há quase vinte anos, à época das decisões inovadoras.

Apenas a invasão das “zonas de ação cobertas pela margem da discricionariedade do legislador” é que configuraria a atuação jurisdicional como indevidamente ativista. “Decerto que também será assim criticada a decisão que supra uma inação do Poder Legislativo que não configure uma *omissão censurável*, mas que responda a uma apreciação de oportunidade confiada pelo constituinte ao legislador” (FELLET, 2011, p. 401) (ênfase acrescida).

Assim, a análise do ativismo devido ou indevido deve ser feita caso a caso, julgado a julgado, não se mostrando até o presente momento nenhuma decisão do STF que tenha transbordado ao dever constitucional de controle da omissão indevida do Poder Público, com a Corte tendo sempre o cuidado de verificar, no caso *sub judice*, se há “ordens de legislar” ou “imposições constitucionais”, conforme já visto, a justificar a atuação supletiva da função jurisdicional.

Muito ao revés, o trabalho aqui empreendido é mesmo no sentido de demonstrar que a “virada” jurisprudencial tardou e que ainda não está em conformidade com o estipulado pela própria Constituição da República.

4 AÇÕES CONSTITUCIONAIS E OS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Há de se esclarecer, a princípio, que não apenas o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão se prestam ao combate da omissão inconstitucional.

Também se consubstancia em instrumento técnico-processual com desiderato similar aos das citadas ações a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), ou, neste particular, a chamada “Arguição de Descumprimento por Omissão”, conforme nomenclatura e tratamento dados por Dirley da Cunha Júnior (2012, pp. 369-373).

A abordagem dada pelo autor encontra respaldo na ADPF nº 04, onde o “Supremo Tribunal Federal admitiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento eficaz de controle da inconstitucionalidade por omissão” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 370).

Ocorre que, por força da natureza do presente trabalho e pela delimitação dos objetos de estudo, optou-se por deixar de lado a ADPF, já que a lei (9.882/1999) que regulamenta esta específica ação é objeto da ADI 2.231-8/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados de Brasil, distribuída em 27 de junho de 2.000, porém, ainda pendente de julgamento pelo STF.

Na pendência de definição da constitucionalidade da própria lei que regulamenta a ADPF, optou-se pelo estudo desta ação em trabalho futuro e específico, visando mesmo à utilidade e à permanência do presente trabalho, posto que a declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.882/1999 poria a perder parte dos esforços aqui empreendidos.

Passemos, pois, à análise da ADO e do MI.

4.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com natureza de ação específica (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 250) – natureza esta apenas reforçada pela edição da Lei

12.063/2009²⁰ – possui clara influência da Constituição portuguesa de 1976, mais precisamente do seu art. 283º:

Art. 283º (Inconstitucionalidade por omissão):

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*.

Sua finalidade é a defesa objetiva da Constituição, a realizar controle abstrato-objetivo-concentrado de constitucionalidade das omissões do Poder Público.

Por essa própria natureza jurídica a competência é exclusiva do STF e, por simetria, do Tribunal de Justiça local, a teor do disposto no art. 103, §2º da CRFB/88 e do art. 107 da Constituição do Estado da Paraíba:

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

§ 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.

Art. 107. Declarada a inconstitucionalidade, *por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição ou da Constituição Federal*, a decisão será comunicada ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, prática do ato que lhe compete ou início do processo legislativo e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Muito já se discutiu neste trabalho sobre o alcance da expressão “omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”. Quanto à eficácia da decisão em sede de ADO há de se analisar se apenas a “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”, no caso do legislador, é suficiente à concretização dos direitos fundamentais e ao resguardo da supremacia do Texto Magno.

A interpretação sistemática e finalística (teleológica) dos dispositivos e do instituto são essenciais, seja no caso da análise do MI, seja na análise da ADO. Tudo com o fim de que se evite a “alteração informal da Constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 274; BULOS, 1997), a se consubstanciar – se se permitir tal estado de coisas – em uma verdadeira “*mutação constitucional*” *inconstitucional*, ou seja, uma mutação vedada pela própria constituição, já

²⁰“Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.

que ela mesma se reveste de mecanismos à recriminação da omissão vedada. E apenas dar ciência ao órgão legislativo, como veremos no último capítulo, é fazer do judiciário um mero “certificar” da *mora* inconstitucional.

Procedimentalmente, a ADO tem rito similar a ADI, os legitimados são os mesmos, em conformidade com o art. 103, e seus incisos, da CRFB/88, respeitando-se o requisito da pertinência temática e observando-se a capacidade postulatória.

A regulação desta ação fica por conta da Lei 9.868/1999, com as inclusões efetivadas pela Lei 12.063/2009. Antes desta alteração normativa, porém, ainda em 2008, foi criada a classe ADO no âmbito do STF. Foi decidido pela Presidência daquele tribunal que as ADI por Omissão em tramitação seriam reautuadas como ADO. Tudo a facilitar o estudo quantitativo do tema.

Aplica-se à ADO, supletivamente, as normas que regulam o processo da ADI, art. 12-E da Lei. A oitiva do AGU é facultativa (art. 12-E, §2º), porém se torna obrigatória quando falamos de omissão parcial, posto que há uma norma que poderá ser declarada inconstitucional, fazendo-se necessária a atuação do *defensor legis*.

O Procurador-Geral da República sempre se manifestará, no prazo de 15 (quinze) dias. E as medidas cautelares (art. 12-F) poderão ser concedidas: para suspender a lei ou ato normativo questionado (no caso de omissão parcial); para suspender processos judiciais ou procedimentos administrativos; ou, ainda, para que o STF fixe outras providências pertinentes.

Porém, até o presente momento não há decisão cautelar em ADO para citação ou comento (MARTINS, 2011, p. 539), apesar do permissivo legal, visto que a posição clássica do STF é a de “não se poder pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF”²¹. Espera-se que a aparente nova postura do STF, notadamente em sede de MI, estenda-se e também repercuta neste campo.

Em relação à omissão de órgão administrativo será dada ciência para que a supra no prazo de 30 (trinta) dias ou em prazo razoável (art. 12-H, §1º da Lei), sob pena de responsabilidade pessoal do gestor ou agente estatal (BARRETO, 2013, p. 163).

No sentido exposto, a Constituição da Paraíba aponta que, quando a omissão inviabilizar a fruição de direitos e garantias fundamentais, a penalidade imposta deverá ser severa:

²¹ADI 1.439/DF. Relator Ministro Celso de Melo, julgado em 22.05.1996. DJ: 30.05.2003.

Art. 3º O Estado e os Municípios asseguram, em seus territórios e no limite de suas competências, a plenitude e inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal reconhece e confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, bem como outros quaisquer decorrentes do regime e dos princípios adotados.

§ 1º Incide na penalidade de *destituição de mandato administrativo, de cargo ou função de direção, em órgão da administração direta ou indireta, o agente público* que, dentro de noventa dias do requerimento do interessado, deixar, injustificadamente, de sanar *omissão inviabilizadora do exercício de direito constitucional*.

E neste particular a nossa Constituição é severíssima, mas apenas em face da omissão do Executivo, tudo a resguardar direitos fundamentais em face do administrador omissor, aplicando-se, em sede de controle estadual, o dispositivo mencionado quando se tratar de ADO ou mesmo de MI, já que tudo que é objeto desta ação (defesa de direitos fundamentais) pode ser objeto daquela (defesa das normas constitucionais, em sentido amplo), não sendo a recíproca verdadeira.

4.2 MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção é criação pátria, tal como o mandado de segurança. A sua previsão foi pela primeira vez inserida no ordenamento jurídico nacional através da Constituição da República de 1988, no art. 5º, LXXI, e suas raízes históricas são controversas, como bem coloca Rodrigo Mazzei (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 211).

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

Não se sabe ao certo se a origem desta ação mandamental é oriunda do ordenamento inglês, estadunidense, português ou mesmo alemão. O certo é que a natureza jurídica do mandado de injunção “nada tem a ver com o seu símile do direito anglo-saxônico, do qual conservou apenas o nome”, assevera José Cretella Júnior (*apud* Rodrigo Mazzei *in*: DIDIER JÚNIOR, 2009, 211).

Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 137) crê mesmo é que a matriz do mandado de injunção é o próprio mandado de segurança. Uma originalidade do direito pátrio desdobrou-se em outra.

Certo é que este *mandamus* foi confeccionado pelo Constituinte para combater a “síndrome da inefetividade” das normas constitucionais. Não queria o primeiro legislador ver todo o seu trabalho perdido com o tempo, sucumbindo com uma doença que atacou todas as Constituições anteriores, quando diversos dispositivos e direitos findaram revogados sem nunca terem sido aplicados. O mandado de injunção é o “remédio constitucional” a este mal histórico.

A bem da verdade, o objeto desta ação é “tornar viável o exercício de um direito fundamental” (*idem*, p. 143), porém, para este mister é imperativo o reconhecimento incidental da omissão inconstitucional.

Assim, reconhece-se essa ação como instrumento de controle difuso-incidental de constitucionalidade, já que o tal controle pode ser realizado no bojo de qualquer demanda judicial, tendo a questão constitucional natureza de prejudicial de mérito, na medida em que deve ser resolvida pelo juiz antes de julgar a própria controvérsia. Trata-se de um antecedente lógico e uma *conditio sine que non* da resolução do conflito, conforme ensinamento de Dirley da Cunha Júnior (2012, pp. 119-121, 134 e ss.).

Resta claro que a posição adotada pelo STF até 2007 apenas resolvia o ponto incidental da demanda, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão no caso concreto, a negar o caráter mandamental do remédio.

Não há lei que lhe regule o processo e nem seria lógico supor esta necessidade, pois condicionar a viabilidade de uma ação que objetiva exatamente garantir direitos em face de omissão inconstitucional à integração legislativa, considerando-se, com esta interpretação hipotética, a norma constitucional instituidora da ação como de eficácia limitada, seria um paradoxo. Neste sentido, pronunciou-se o STF²², dispondo pela autoaplicabilidade do art. 5º, LXXI.

Ademais disso, o art. 24 da Lei 8.038/1990 prevê expressamente a observância às normas que regulam o Mandado de Segurança, no que couber:

Art. 24 - Na ação rescisória, nos conflitos de competência, de jurisdição e de atribuições, na revisão criminal e no mandado de segurança, será aplicada a legislação processual em vigor.

Parágrafo único - No *mandado de injunção* e no *habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.

²² MI 107. Relator Ministro Moreira Alves. DJU: 21.09.1990.

Assim, é aplicável atualmente a Lei 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.

Suas modalidades são o mandado de injunção individual e o mandado de injunção coletivo, sendo esta modalidade perfeitamente admitida pela jurisprudência da Suprema Corte²³ e possuindo como legitimados ativos para a impetração os mesmo do mandado de segurança coletivo:

Art. 5º, LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano²⁴, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

No MI individual são legitimadas ativamente quaisquer pessoas, nacionais ou estrangeiras, físicas ou jurídicas, capazes ou incapazes, que titularizem direito fundamental não exercitável ante a omissão do Poder Público. Quando o direito a ser resguardado for difuso ou coletivo, o Ministério Público goza de legitimidade para a impetração, sem impedir a legitimidade de terceiros na mesma hipótese, conforme art. 129, III c/c §1º da CRFB/88 (CUNHA JÚNIOR, 2012, pp. 143-144).

Conforme a jurisprudência²⁵, o polo passivo da demanda deve ser formado apenas pela pessoa estatal que tem o dever de elaborar a norma regulamentadora, seja autoridade, órgão ou entidade, ou, quem deveria ter apresentado projeto de lei, quando a iniciativa for privativa (MARTINS, 2011, pp. 257-258).

Em sentido contrário se coloca parte da doutrina, posto que “a legitimidade passiva no mandado de injunção deve incidir sobre a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que viria a suportar o ônus de eventual concessão de *writ*” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 145). No mesmo sentido se coloca Rodrigo Mazzei (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 257), posto que com a nova amplitude e concretude do MI há viabilidade e imperativa necessidade do reconhecimento do litisconsórcio passivo, a evitar-se, com isso, mácula ao princípio da ampla defesa.

²³ Por exemplo: MI 102/PE. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Carlos Veloso. Julgado em 12.02.1998. *DJU*: 25.10.2002. MI 472/DF. Relator Ministro Celso de Melo. Julgado em 06.09.1995. *DJ*: 02.03.2001.

²⁴ O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu que não é necessário que a pessoa jurídica impetrante tenha sido constituída há mais de um ano: MI 19/DF. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. *DJU*: 11.06.1990.

²⁵ Por exemplo: MI 168/RS. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 21.03.1990. *DJ*: 20.04.1990. MI 444-QO/MG. Relator Ministro Sydney Sanches. Julgado em 29.09.1994. *DJ*: 04.11.1994.

A competência para julgamento está fixada na Constituição da República nos seguintes dispositivos: art. 102, I, *q* (STF, originariamente) e II, *a* (STF, em Recurso Ordinário); 105, I, *h* (STJ, originariamente); e 121, §4º, V (TRE, originariamente). Com a admissão de que os Estados-membros determinem a sua própria competência para julgamento.

Neste sentido, dispõe a Constituição do Estado da Paraíba e a Lei de Organização Judiciária do Estado, fixando a competência do Tribunal de Justiça e das Varas da Fazenda Pública no julgamento do MI individual ou coletivo:

Art. 104. Compete ao *Tribunal de Justiça*:

[...]

XIII - processar e julgar:

[...]

e) o *mandado de injunção*, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Governador do Estado, da Mesa ou da própria Assembleia Legislativa, do Tribunal de Contas do Estado, do Tribunal de Contas dos Municípios, dos Prefeitos, da Mesa da Câmara de Vereadores, de órgãos, entidades ou autoridades das administrações direta ou indireta estaduais ou municipais ou do próprio Tribunal de Justiça do Estado;

• Nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 24 de novembro de 1994.

LOJE: LC 96/2010:

Art. 165. Compete a *Vara de Fazenda pública* processar e julgar:

[...]

II - os mandados de segurança, os habeas data e os *mandados de injunção* contra ato de autoridade estadual ou municipal, *respeitada a competência originária do Tribunal de Justiça*;

Quanto ao cabimento de medida liminar, mais uma vez divergem a doutrina e a jurisprudência, esta pelo não cabimento e aquela pelo seu cabimento, quando presentes os requisitos de admissibilidade (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 157).

Por fim, os efeitos de uma decisão em mandado de injunção serão abordados no último capítulo do presente trabalho, traçando a evolução jurisprudencial quanto à concretude dada às decisões proferidas em sede deste remédio constitucional e o atual reconhecimento do seu caráter mandamental.

4.3 SUPREMACIA E MÁXIMA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Apenas para contextualizar, cite-se que, em 2008, o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba ainda cobrava por certidões, as mais diversas, aqui emitidas. Era tempo de se indagar

porque “não valia”, aqui no nosso Estado, o que estava escrito no art. 5º, XXXIV, *b* da CRFB/88:

Art. 5º, XXXIV - são a todos assegurados, *independentemente do pagamento de taxas*:

a) [...]

b) a obtenção de *certidões* em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

Rememore-se uma entrevista do então presidente do TJPB, a afirmar que a “cobrança era *legal*”, pois amparada por uma Resolução do próprio Tribunal. Despiciendo é dizer que a Resolução mencionada pelo presidente da Corte estadual era inconstitucional, impossibilitava a aplicação direta da Constituição, negava direito fundamental, desrespeitava o Poder Constituinte Originário e violava a tripartição das funções estatais, tudo ao mesmo tempo.

Esta citação apenas demonstra, exemplificativamente, o que é não dar efetividade à Constituição, o que é não respeitar, através de conduta comissiva, a supremacia hierárquica, formal e materialmente falando, do seu Texto.

Com o mesmo espanto com que se ouvia a entrevista do Presidente do TJPB, lia-se o texto “frio” da Constituição Cidadã. E indagava-se por que, em muitos casos, a fruição do direito dependia de Lei, se a própria Constituição era superior às leis e já garantia o direito.

Ficava-se a indagação, também, porque a omissão voluntária e antidemocrática do Legislativo, ou mesmo do Executivo, passava impune (notadamente em relação àquele Poder).

Como isso ocorre se há o estabelecimento, em diversos dispositivos do Texto Maior, de um verdadeiro poder-dever de legislar-integrar a Constituição e se o desrespeito a estas imposições é deveras antidemocrática e inconstitucional?

Parece absurdo o que disse o Presidente do TJPB e o que fez o próprio Tribunal. Pois bem, negar direito fundamental e negar efetividade e supremacia à Constituição realmente é um absurdo, seja através de conduta comissiva, seja através de conduta omissiva, esta muito mais virulenta e perigosa, como já citado ao logo do presente trabalho.

Absurdas também são uma hermenêutica e uma atuação jurisdicional que não correspondem à aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º da CERFB/88) e que não adotam posições mais concretistas quando tratamos do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

É cediço que existe imperatividade nas normas jurídicas. Então, por que quando o legislador é obrigado a legislar e não o faz, nada ocorre? Sobre a imperatividade das normas jurídicas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, expõe Luis Roberto Barroso:

as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*. (BARROSO, 200-, p. 7).

Por que as normas dispostas no texto constitucional não eram (não são) imbuídas da força vinculante necessária à própria concretização? A Constituição não era (é) superior às leis? O contexto era outro, como já se fez referência. E, aparentemente, o debate é muito mais ideológico que científico. Assim,

a partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. (BARROSO, 200-, p. 8).

A defesa de direitos fundamentais é mesmo uma defesa das minorias, neste particular. E aqui não se vislumbra nenhum ponto tido por antidemocrático.

Em toda a história institucional brasileira observa-se o Executivo a massacrar o Legislativo e o Judiciário. A ditadura da maioria foi sempre institucionalizada. Em outras palavras, por toda a história, a repisada tese da tripartição de poderes, apesar de sustentada retoricamente, nunca foi cumprida a contento, o “poder não refreava o poder”.

Agora, quando se tem a consagração do “direito fundamental à efetividade da Constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 276) e o “direito fundamental à jurisdição efetiva” (MARINONI, 2009, p. 138) o Judiciário está a ferir de morte a teoria clássica?

Não há de se esquecer que sustentar e defender a supremacia e a máxima efetividade (HESSE, 1991) da Constituição é defender o próprio Direito:

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão

institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional. (BARROSO, 2000-, pp. 52-53).

Os dogmas da tripartição de poderes e da falta de legitimidade da função jurisdicional retornam, em uma verdadeira contrarreforma, a tentar suplantar o mínimo que até aqui foi conquistado. Alguns buscam, com todas as forças, nulificar, mais uma vez, a função jurisdicional.

5 “LEADING CASES” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em vista de tudo quanto até aqui foi exposto e da realidade prática dos juízes e tribunais, percebe-se a *mora* a ser institucionalizada pelo Poder Público, inclusive pelo Poder que teria o dever, constitucionalmente imposto, de agir. O cidadão, prejudicado pela inércia do legislador ou pela inércia do executivo vê-se obrigado a buscar meios outros de atenuação de danos, como é o caso do manejo de ação reparatória autônoma contra o Estado, a objetivar ressarcimento civil (BARRETO, 2013, p. 163).

Como bem acentua o magistrado estadual e perspicaz professor, Alex Muniz Barreto, em sua mais recente obra publicada:

Tem-se uma expansão da inatividade estatal para outras esferas do Poder Público: no primeiro momento, há uma *omissão legislativa*; posteriormente, essa postura negativa acaba produzindo uma *omissão judicial*, isto porque os órgãos jurisdicionais quedam-se paralisados diante da inefetividade concreta da decisão proferida na ADI por omissão. (BARRETO, 2013, p. 163) (ênfase no original).

Estenda-se aqui a lição do professor também à hipótese do MI, e pergunte-se: Como o constituinte pode ter sido tão ingênuo ao criar ferramentas jurídicas inúteis? Ou foram os juízes, notadamente do STF, que se assustaram com as inovações do constituinte e apenas agora acordam às suas reais potencialidades, deixando de lado a *omissão judicial*?

Novas posturas precisavam ser adotadas e a jurisprudência da Corte começou a virar a partir de 2007. Neste último capítulo analisa-se os efeitos concedidos às ações constitucionais estudadas, em quais delas o STF declarou a mora do legislador, em que momento o legislador atendeu ao reclamo constitucional após as reiteradas admoestações do Supremo e quais são os temas (normas carentes de regulamentação) pendentes de julgamento pelo Supremo, em sede de ADO.

Abaixo segue tabela onde constam as decisões em que se declarou a mora do Poder Legislativo e cuja matéria, na maioria dos casos, ainda se encontra pendentes de disciplina:

Tabela 1: Processos em que o STF declarou a mora do Poder Legislativo.

Processo	Relator	Data do julgamento
<u>MI 788</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 795</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 796</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 797</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 808</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 809</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009

<u>MI 815</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 825</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 828</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 841</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 850</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 857</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 879</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 905</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 927</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 938</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 962</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 998</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 758</u>	Min. Marco Aurélio	1/7/2008
<u>MI 670</u>	Min. Maurício Corrêa	25/10/2007
<u>MI 708</u>	Min. Gilmar Mendes	25/10/2007
<u>MI 712</u>	Min. Eros Grau	25/10/2007
<u>MI 721</u>	Min. Marco Aurélio	30/8/2007
<u>ADI 3682</u>	Min. Gilmar Mendes	9/5/2007
<u>MI 695</u>	Min. Sepúlveda Pertence	1/3/2007
<u>ADI 3276</u>	Min. Eros Grau	2/6/2005
<u>MI 278</u>	Min. Carlos Velloso	3/10/2001
<u>MI 95</u>	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
<u>MI 124</u>	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
<u>MI 369</u>	Min. Sidney Sanches	19/8/1992

Fonte: Portal do STF.

Aposentadoria Especial do Art. 40, § 4º, da CF. O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em mandado de injunção impetrado contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Na espécie, a impetrante, auxiliar de enfermagem, pleiteava fosse suprida a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre. Salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas

viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador. (MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 30.08.2007)

Na linha da nova orientação jurisprudencial fixada no julgamento do MI 721/DF (DJE publicado em 30.11.2007), o Tribunal julgou procedente pedido formulado em mandado de injunção para, de forma mandamental, assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Tratava-se, na espécie, de writ impetrado por servidor público federal, lotado na função de tecnólogo, na Fundação Oswaldo Cruz, que pleiteava o suprimento da lacuna normativa constante do aludido § 4º do art. 40, assentando-se o seu direito à aposentadoria especial, em razão de trabalho, por 25 anos, em atividade considerada insalubre, em que mantinha contato com agentes nocivos, portadores de moléstias humanas e com materiais e objetos contaminados. Determinou-se, por fim, a comunicação ao Congresso Nacional para que supra a omissão legislativa. (MI 758/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.7.2008)

Em sessão plenária do dia 15.04.2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, concedeu parcialmente a ordem nos MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF, para comunicar a mora legislativa à autoridade coatora competente e determinar a aplicação, no que couber, do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. Dessa forma, reafirmou-se o entendimento do Tribunal no sentido de que, ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição de lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, impõe-se a aplicação das normas correlatas previstas no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo. Na mesma ocasião, o Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa para autorizar que os Ministros decidam monocraticamente e definitivamente os casos idênticos.

Na mesma linha de entendimento, em sessão plenária do dia 02.08.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do relator Min. Marco Aurélio, nos MI 835/DF, MI 885/DF, MI 923/DF, MI 957/DF, MI 975/DF, MI 991/DF, MI 1.083/DF, MI 1.128/DF, MI 1.152/DF, MI 1.182/DF, MI 1.270/DF, MI 1.440/DF, MI 1.660/DF, MI 1.681/DF, MI 1.682/DF, MI 1.700/DF, MI 1.747/DF, MI 1.797/DF, MI 1.800/DF, MI 1.835/DF.

Nestas hipóteses de aposentadoria especial baseadas no §4º do art. 40 da CRFB/88, o STF adotou a posição concretista individual direta, tendo como *leading cases* o MI 721/2007 e o MI 758/2008. A eficácia destas decisões, por força da posição adotada, é apenas *inter partes*.

Direito de Greve de Servidores Públicos. O Tribunal julgou três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil no Estado do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF ("Art. 37. ... VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;"). O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. (MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007).

Há de se ressaltar que o Supremo Tribunal Federal entendeu que os Sindicatos são parte legítima para impetrar o Mandado de Injunção, aplicando, analogicamente, o disposto no art. 5º, LXX, da CRFB/88 c/c art. 21, da Lei 12.016/2009, por força do disposto no art. 24, parágrafo único, da Lei 8.038/1990. Os efeitos destas decisões são *erga omnes*, já que o Supremo Tribunal Federal, nestas hipóteses, adotou a posição concretista geral.

Lei Complementar Federal para Criação de Municípios. O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/1996 ("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"), e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da referida norma constitucional. (ADI 3682/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, 9.5.2007).

Decorrido o prazo de 18 (dezoito) meses, estabelecido no julgamento da ADO supramencionada, a Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso impetrou o Mandado

de Injunção 1.818, a fim de assegurar a aplicação de lei estadual do Mato Grosso para possibilitar a criação de novos municípios, diante da continuada omissão legislativa federal. Ocorre que, foi negado seguimento ao MI, pois a Assembleia Legislativa é “desprovida de legitimidade ativa *ad causam*, já que não é, no tocante ao disposto no art. 18, § 4º, da Carta Magna, titular de direito subjetivo ou prerrogativa constitucional, nos termos do art. 267, VI, do CPC, e do art. 21, § 1º, do RISTF”.

Esclareça-se ainda que o prazo estipulado quando do julgamento da ADO não fere o princípio da separação entre os poderes (art. 2º, da CRFB/88), pois, “Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável”.

Ademais, na citada decisão monocrática, a Ministra Ellen Gracie ainda leva em conta que por meio da Emenda Constitucional nº 57/2008 a omissão não foi sanada e apenas parte do problema oriundo da não regulamentação da matéria foi tratado com o acréscimo do art. 96 ao ADCT da CRFB/88:

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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 57, de 2008).

Aviso Prévio Proporcional. O Tribunal julgou procedentes quatro pedidos formulados em mandado de injunção para declarar a mora legislativa do Congresso Nacional na regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da CF, e para determinar a comunicação da decisão a esse órgão (CF: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais... XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;”). (MI 369/DF, rel. org. Min. Sydney Sanches, rel. p/ o acórdão Min. Francisco Rezek; MI 95/RR, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 7.10.1992; MI 124/SP, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 7.10.1992; MI 278/MG, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, 3.10.2001; MI 695/MA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1º.3.2007).

Após as decisões do Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional legislou, suprimindo a omissão inconstitucional por meio da Lei 12.506/2011.

Tribunal de Contas: Criação de Cargos no Modelo Federal. O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT e declarou a inconstitucionalidade por omissão, por ausência de lei de criação das

carreiras de auditores e de membros do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará, a impedir o atendimento do modelo federal (CF, art. 73, § 2º e art. 75 - verbete 653 da Súmula do STF). (ADI 3276/CE, rel. Min. Eros Grau, 2.6.2005).

Ultrapassada a análise dos processos em que o STF decretou a *mora* do Legislativo, notadamente em sede de MI, passa-se, pois, a uma exposição jurisprudencial acerca da ADO.

Abaixo estão expostas as ADO ainda pendentes de julgamento. Os números apontam a importância que têm as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional na luta pela concretude das disposições constitucionais.

Tabela 2: ADO por legitimado - 2008 a 2012*

Legitimados	Quant.	%
Presidente da República	-	0,0%
Mesa do Senado Federal	-	0,0%
Mesa da Câmara dos Deputados	-	0,0%
Mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	-	0,0%
Governador de Estado ou do Distrito Federal	1	5,3%
Procurador-Geral da República	-	0,0%
Conselho Federal da OAB	-	0,0%
Partido Político com representação no Congresso Nacional	4	21,1%
Confederação Sindical e Entidade de Classe de Âmbito Nacional	14	73,7%
Mais de 1 legitimado **	-	0,0%
Outros (Ilegitimados)	-	0,0%
Total	19	100,0%

*Dados de 2012 atualizados até 30 de setembro. ** Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados.

Fonte: Módulo de Recuperação Textual do STF. Portal do STF.

Gestor: Assessoria de Gestão Estratégica.

Nota: Apenas a partir de outubro de 2008 foi criada a classe ADO. Foi decidido pela Presidência que as ADI por omissão em tramitação seriam reatuadas como ADO.

Entre 2008 e 2012 foram autuados 19 processos na classe ADO. Destes, 07 (36,8%) não foram conhecidos e 12 (63,2%) ainda aguardam julgamento. Tratam-se das ADO's de nº 02, 04, 05, 06, 10, 11, 12, 13, 18, 19, 20 e 21. Em alguns desses casos não foi possível a verificação de quais eram as normas constitucionais em que se alegava a carência de regulamentação por problemas operacionais de busca e visualização oriundos do próprio portal do STF.

ADO 02, assunto: Defensoria Pública, assistência judiciária gratuita²⁶.

ADO 04 e 05, assunto: revisão geral anual (art. 37, X da CRFB/88), mora do Executivo²⁷.

²⁶ A análise do assunto desta ADO restou prejudicada em face de falha no sistema de visualização dos arquivos eletrônicos no sítio do STF.

ADO 06, assunto: sistema remuneratório e de benefícios. O requerente aduz que houve omissão do Governador do Estado por não ter enviado ao Legislativo estadual mensagem de lei que versasse sobre a implantação do subsídio das carreiras (I) do Ministério Público estadual (art. 128, § 5º, I, c, da CF), (II) dos Procuradores de estado, Advogados de estado, Defensores Públicos (art. 135 da CF), (III) Policiais Civis, Militares e do Corpo de Bombeiros (art. 144, § 9º, da CF) nos termos determinados pelo § 4º do artigo 39 da Constituição Federal.

ADO 10 (ADO 11 apensada), assunto: direito de resposta, omissão em regulamentar os arts. 5º, inciso V; 220, § 3º, II; 220, § 5º; 222, § 3º, todos da Constituição Federal. Há pedido para que se dê ciência da decisão Congresso Nacional, a fim de que seja providenciada, em regime de urgência, na forma do disposto nos arts. 152 e seguintes da Câmara dos Deputados e nos arts. 336 e seguintes do Senado Federal, a devida legislação sobre o assunto.

ADO 12, assunto: Polícia Civil, subsídios. Estado de São Paulo. De acordo com a associação, essa garantia remuneratória (subsídio) estaria prevista no artigo 144, parágrafo 9º, da Constituição Federal, com a redação dada pelo artigo 19 da Emenda Constitucional 19/98. O dispositivo assegura às autoridades policiais e a seus agentes a remuneração exclusivamente por subsídio fixado em parcela única.

ADO 13, assunto: Polícia Civil, subsídios. Estado de Minas Gerais. *Idem.*

ADO 18, assunto: Autonomia orçamentária ao Poder Judiciário. Comando que obriga a Presidência da República a enviar a proposta orçamentária, conforme apresentada pelo Poder Judiciário. Separação entre poderes. Violação pela Presidência da República da autonomia do Poder Judiciário da União que afeta interesse de servidores públicos vinculados a este. Determinação para que a Presidência da República apresente mensagem modificativa do Anexo V do PLOA2012 ou, sucessivamente, que o Congresso Nacional considere a modificação veiculada pela Mensagem nº 355, de 2 de setembro de 2011, da Presidência da República. Provimentos da Lei 9.868, de 1999. Associação Nacional dos Agentes de Segurança do Poder Judiciário da União – AGEPOLJUS.

ADO 19, assunto: *idem.* Associação dos Servidores do Ministério Público Federal – ASMPF.

ADO 20, assunto: salário paternidade, gestante/adotante/paternidade²⁸.

²⁷*Idem.*

²⁸*Idem.*

ADO 21, assunto: reajustes de remuneração, proventos ou pensão. Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais (FEBRAFITE). Art. 37, X, parte final da CRFB/88. Pedido: que o STF determine à autoridade administrativa responsável pelo processamento da folha de pagamento dos servidores do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais que aplique os mesmos índices de reajuste previstos nos arts. 8º e 9º da Lei est.19.973/2011 à remuneração dos cargos por ela não contemplados, especialmente, os cargos em comissão do Poder Executivo, no prazo de 30 dias (CF, art. 103, §2º, in fine). Afronta à isonomia, inconstitucionalidade parcial. Aplicação analógica da Súmula 672 do STF. Superação da súmula 339.

Há de ser feita uma observação muito importante: por se tratar de defesa de direitos e garantias fundamentais, o STF está dando muito mais “concretude” às decisões tomadas no âmbito do MI que no âmbito da ADO.

Isso explica muito bem o *boom* de impetrações de injunção para que direitos antes negados pelo próprio STF pudessem ser exercitados. A tabela a seguir é sintomática a demonstrar os efeitos da mudança de postura jurisprudencial.

Tabela 3: MI's protocolados, distribuídos e julgados pelo STF – 2005 a 2012.

	Protocolados	Distribuídos	Julgados
2005	-	16	37
2006	-	17	17
2007	52	48	50
2008	136	135	52
2009	1.389	1.365	1.090
2010	1.245	1.251	1.341
2011	761	754	1.283
2012	598	598	999

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.

Nota: Protocolados: A partir de 17/10/2009 os processos deixaram de ser protocolados e passaram a ser diretamente autuados. Os dados inseridos a partir dessa data são referentes a quantidade de processos autuados. Julgamentos: Engloba decisões monocráticas (despachos) e decisões colegiadas (acórdãos).

*Dados de 2012 atualizados até 30 de setembro.

Apenas 16 processos são distribuídos em 2005, ao passo que em 2009 esse número sobe para mais de 1.300. É impressionante verificar, numericamente, a quantidade de direitos “represados” pela histórica adoção de posturas não concretistas quando da aferição da omissão inconstitucional.

Imperativa é a possibilidade de resolução de processos idênticos de forma monocrática, conforme restou consignado em Questão de Ordem levantada pelo Ministro Joaquim Barbosa na sessão plenária do dia 15.04.2009. Porém, apenas isso não resolve a

enxurrada de impetrações, a adoção da posição concretista geral afigura-se como diminuidora da demanda, como foi nos casos julgados envolvendo o direito de greve dos servidores públicos.

Ao fim e ao cabo, pode-se resumir o histórico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal da seguinte forma (CUNHA JÚNIOR, 2012, pp.161-162; MARTINS, 2011, pp. 258-259):

- Posição não concretista: MI 107-3/DF (*DJU*: 21.09.1990). Equiparação do MI à ADO, com a simples comunicação da omissão ao órgão legiferante;
- Posição concretista intermediária: MI 283-5 (*DJU*: 14.11.1991). Assinala prazo razoável para a elaboração da norma regulamentadora e assegura ao impetrante título jurídico para obtenção de reparação por perdas e danos. Mais recentemente o STF também assinalou prazo para o legislador em sede de controle concentrado, foi na ADI por Omissão 3.682/MT (09.05.2007);
- Posição concretista individual direta: MI 721/DF (julgado em 30.08.2007. *DJU*: 30.11.2007). Neste caso o STF decidiu pela aplicação analógica, no que couber, do disposto no art. 57 da Lei 8.213/1991 para assegurar o direito do impetrante à aposentadoria especial positivado no art. 40, §4º, III da CRFB/88 (efeitos *inter partes*);
- Posição concretista geral direta: MI 712, MI 708, MI 670 (julgamento em 25.10.2007). Nestes casos o STF assegurou o direitos de greve dos impetrantes previsto no art. 37, VII da CRFB/88, estendendo-os a todos os servidores públicos (efeitos *erga omnes*), aplicando analogicamente, a Lei 7.783/1989.

6 CONCLUSÃO

No presente trabalho analisou-se a clássica teoria da tripartição de poderes (Montesquieu), na qual a função de julgar era tida como “nula”, “invisível”, e onde o trabalho de moderar a Lei era tarefa que cabia à Câmara Alta, e não ao magistrado. Sendo, por esse motivo, o juiz considerado como a simples “boca da lei”.

A tripartição das funções estatais tinha como fim mais evidente a vedação ao arbítrio oriundo da concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa, de um só órgão. Havia, como ainda há, o medo do “abuso de poder”. Por fim, asseverou-se que a análise feita por Montesquieu foi meramente formal, na qual não se buscou verificar se as liberdades insculpidas abstratamente e asseguradas pela tripartição de poderes eram realmente fruídas pelos cidadãos.

Verificou-se historicamente a passagem do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Naquele havia a supremacia do Legislador e a vinculação do juiz à Lei, como forma de se controlar o seu poder.

Já no Estado Constitucional, as leis passam a depender dos direitos fundamentais, não o inverso, e o juiz se apresenta como aquele que constrói a norma jurídica (para justificar e fundamentar a aplicação do direito), mas não cria o direito, apenas o aplica.

Há uma conformação da legislação (não exatamente da Lei) às normas constitucionais, sendo a norma tida como texto de lei e a norma jurídica como interpretação do texto de lei, seja através da interpretação, seja através do controle de constitucionalidade.

Ademais, verificou-se, por exemplo, que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei gera um grau de interferência do Judiciário no Legislativo muito maior que o controle da inconstitucionalidade por omissão no caso concreto.

Definiu-se o conceito de omissão inconstitucional de forma ampla e doutrinária, por isso mesmo muitos pontos da definição exposta são discordantes da definição ofertada pela jurisprudência pátria.

As modalidades de omissão foram traçadas e verificou-se que a análise da aplicabilidade das normas resta despidianda se for adotada a ideia de que todas as normas são autoaplicáveis na medida em que haja integração legislativa, administrativa ou jurisdicional.

Consignou-se que a definição do conceito de omissão inconstitucional no presente trabalho tem por base a análise teleológica das normas instituidoras dos mecanismos técnico-

processuais de seu controle, numa clara interpretação extensiva dessas normas e a expor que não há hierarquia entre os métodos de interpretação postos à disposição.

Observou-se que, conforme doutrina de Konrad Hesse, os direitos fundamentais devem ser concretizados – e não interpretados – através do método hermenêutico-concretizador. Além disso, viu-se que a teoria do espaço jurídico vazio ou reconhece as normas constitucionais estabelecadoras de direitos fundamentais não integradas legislativamente como normas jurídicas e lhes empresta os métodos integrativos do direito a fim de concretizá-los, por força do dogma da completude do ordenamento jurídico, ou, ao revés, nega-lhes o caráter jurídico, colocando estes direitos constitucionais como irrelevantes jurídicos, a vedar, com isso, a utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Abordou-se o neoconstitucionalismo, com suas diferentes nuances, e a extremada posição de se ir, bruscamente, das regras aos princípios, da subsunção à ponderação, da justiça geral à justiça particular e do Legislativo/Executivo ao Judiciário.

Optou-se, pois, por adotar um neoconstitucionalismo que neste trabalho foi cognominado de moderado, a reconhecer os seus elementos, mas sem extremá-los.

Verificou-se, outrossim, que o chamado ativismo judicial, elemento do(s) neoconstitucionalismo(s), pode possuir sentido positivo ou pejorativo, a se esclarecer que, quando no sentido pejorativo, o ativismo corresponde à uma atuação da jurisdição transbordante ao âmbito do fixado pela própria Constituição da República. Tudo a demonstrar que o juiz passa a ser, também, um ator político a consubstanciar os valores prestigiados pela Constituição, em atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum.

Por fim, analisou-se alguns aspectos das ações constitucionais em conformidade com as ideias de supremacia e de máxima efetividade da Constituição e traçou-se um panorama da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, notadamente em relação aos julgamentos dos Mandados de Injunção e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão.

Feito o panorama de todo o trabalho volta-se à questão que o originou.

As novas atitudes e a nova jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal violam a clássica ideia de tripartição das funções estatais? Como o Estado-juiz se comporta – e como ele deve se comportar – ante a chamada “síndrome da inefetividade” das normas constitucionais carentes de regulamentação ou de implementação material?

Ante todo o exposto, não há violação à tripartição das funções estatais com as novas teses concretistas adotadas, a uma, porque a atuação do STF não é transbordante à sua própria

função estabelecida constitucionalmente. A duas, porque a jurisdição constitucional tem o poder-dever de atuar em face de omissões inconstitucionais.

No mesmo sentido, tem-se que a atuação a suprir omissões inconstitucionais, no mais das vezes, utiliza-se da técnica da analogia, elencada pelo positivismo como mecanismo a dar substância à completude do ordenamento jurídico.

Assim, a conclusão a que se chega corresponde à hipótese lançada na introdução do presente trabalho, posto que, a omissão inconstitucional se configura como um abuso do poder-dever de legislar/regulamentar/implementar a Constituição da República e, por isso mesmo, a atuação supletiva do judiciário apenas corrige (sistema de freios e contrapesos) esta distorção – causada pela omissão – e assegura direitos fundamentais e a supremacia constitucional.

Tal conclusão também se mostra cabível porque, de acordo com algumas teorias da argumentação e da norma e do ordenamento jurídicos, há diferença entre “norma” e “texto normativo” e que a atuação da função jurisdicional, em qualquer hipótese, inclusive quando supre omissões inconstitucionais, não cria “texto normativo” (função legiferante), mas apenas “faz a norma” (função jurisdicional), e, mais uma vez, não haverá violação ao art. 2º da CRFB/88.

Em face desta constatação observa-se, quanto à prática do STF, que os efeitos concretos são emprestados com mais intensidade aos Mandados de Injunção quando estes são cotejados com a ADO.

E esta questão é de fácil explicação, já que, apesar de ser teoricamente mais restrito, em decorrência de seus próprios efeitos *inter partes*, o MI alcança maior concretude, pois objetiva a fruição de direitos e garantias fundamentais.

Lança-se aqui, e apenas de passagem, a ideia de que o STF poderia emprestar os mesmo efeitos hoje dados ao MI (posição concretista geral direta) à ADO, uma vez que os efeitos *erga omnes* são próprios do controle abstrato de constitucionalidade e não do controle difuso, a despeito das orientações que indicam a transcendência dos motivos determinantes das ações julgadas pela Suprema Corte.

Não será aprofundada a questão de se essa nova postura deveria partir do próprio STF ou ser posta por Emenda à Constituição.

Por fim, apenas para realçar a importância do tema e dos objetos ora investigados, faz-se premente uma última observação: tudo quanto até aqui discutido não está desvinculado da realidade. Os desdobramentos práticos da mudança jurisprudencial, através da adoção de teses concretistas, são perfeitamente aferidos através da simples análise da Tabela nº 3.

Na citada tabela está a mais clara indicação de que a “autocontenção” do STF, majoritária até o ano de 2007, provocou o “represamento” do direito constitucionalmente assegurado (mas jurisdicionalmente negado) a milhares de pessoas.

Em 2005, por exemplo, ano em que ainda eram adotadas teses não concretistas, 16 (dezesseis) foram os MI’s distribuídos ao STF, deixando aparente o descrédito imposto a este, teoricamente, tão importante remédio constitucional. Número que salta para mais de 1.300 (mil e trezentos) MI’s distribuídos já em 2009, um aumento correspondente a mais de 85 (oitenta e cinco vezes) o valor que se toma como parâmetro.

Tudo a demonstrar que os esforços ora empreendidos tem repercussões práticas fundamentais absorvidas pelo cidadão brasileiro, com a recuperação do prestígio do controle judicial das omissões inconstitucionais, prestígio este apenas menor que o dado a este mecanismo nos debates constituintes.

A nova jurisprudência assegura direitos, exercendo função que foi confiada pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Judiciário (função de julgar) quando omissos os outros dois Poderes. Desta tarefa o magistrado nunca poderia ter se furtado, que não mais dela se furtar doravante.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56094>>. Acesso em: 8 fevereiro 2010.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 35. ed. São Paulo: Globo, 1996.

BARRETO, Alex Muniz. *Direito Constitucional Positivo*. Leme: Edijur, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. 200-.Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 03.08.2012.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Mandado de Injunção na Tutela de Direitos Sociais*. Salvador: JusPodivm, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria Geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 3.682-3/MT*. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 09 mai. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *Mandado de Injunção 670-9/ES*. Relator p/ o Ac. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25 out. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *Mandado de Injunção 721-7/DF*. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 30 ago. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *Mandado de Injunção 1.818/DF*. Relator Min. Ellen Gracie (decisão monocrática). Julgado em 16 nov. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo*. 3. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2010.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988. p. 1 (anexo).

_____. *Manual de Redação da Presidência da República*. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Presidência da República, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1958.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.) *Ações Constitucionais*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011.

FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Org.) *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A tripartição dos poderes em Montesquieu*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-14/embargos-culturais-triparticao-poderes-montesquieu>>. Acesso em: 24.10.2012.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia Científica*. 5. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). *Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes*. 2. série. Salvador: JusPodivm, 2012.

LUCENA, Fábio de Oliveira. *Monografia: arte e técnica de construção*. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev. e atual. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Curso de Processo Civil. 1 v.

MARTINS, Flávia Bahia. *Direito Constitucional*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. 4. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *Do espírito das Leis*. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Introdução e notas Gonzague Truc. São Paulo: Nova Cultural, 2005. 1 v.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

NOVELINO, Marcelo. (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: teoria da constituição*. Salvador: JusPodivm, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e Contrapesos: checks and balances*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.