



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ**  
**PÓS-GRADUAÇÃO *LATU SENSU***  
**DIREITO CONSTITUCIONAL – TURMA V**

**MICHELLE AMORIM SANCHO SOUZA**

**INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: COMENTÁRIOS À LEI N.  
12.063/2009 À LUZ DOS VALORES CONSTITUCIONAIS E DA  
JURISPRUDÊNCIA DO STF**

FORTALEZA  
2010

**MICHELLE AMORIM SANCHO SOUZA**

**INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: COMENTÁRIOS À LEI N.  
12.063/2009 À LUZ DOS VALORES CONSTITUCIONAIS E DA  
JURISPRUDÊNCIA DO STF**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Pós-Graduação *latu sensu* em Direito Constitucional, da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Constitucional

Orientador: Prof. Dr. Marcio Augusto Vasconcelos Diniz

Fortaleza  
2009

**Ficha catalográfica – Biblioteca Roberto Jorge Feitosa de Carvalho**

---

S725i Souza, Michelle Amorim Sancho.

Inconstitucionalidade por omissão: Comentários à Lei nº 12.063/2009 à luz dos valores constitucionais e da jurisprudência do STF/Michelle Amorim Sancho Souza. - 2010.  
48 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (especialização) – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Pós-Graduação em Direito Constitucional, Fortaleza, 2010.

Orientação: Prof. Dr. Marcio Augusto Vasconcelos Diniz

1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 2. Lei n. 12.063/2009. 3. Valores constitucionais. I. Título

CDD 340

---

*Aos meus pais, Marcos e Elyane, pela ajuda sempre incondicional nos momentos mais difíceis, de angústias e incertezas, mas, na alegria, de sempre poder contar com seus valiosos conselhos.*

*Aos meus irmãos Marcello (in memoriam) e Matheus. O primeiro, mesmo na saudade, é presença constante em minha lembrança e o caçula na eterna preocupação com meus estudos e minhas conquistas.*

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, porque Ele me dá forças, diuturnamente, para continuar a me desenvolver no mundo acadêmico e não desistir diante dos inúmeros obstáculos que surgem, porque “o Senhor é meu pastor e nada me faltará” (Salmo 23, 1).

Ao Professor Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, que me orienta desde a Graduação e por quem nutro um sentimento de grande admiração, por sempre me apoiar nos estudos desenvolvidos. Muito obrigada, professor, pelas incansáveis orientações e oportunidades concedidas.

Ao Professor Fernando Luiz Ximenes Rocha, de quem tive a honra de ser monitora de Direito Constitucional na Universidade Federal do Ceará e continuar a amizade mesmo após o fim dos meus estudos da Graduação.

Ao Professor Oscar d'Alva e Souza Filho, que, gentilmente, atendeu ao meu convite para participar dessa banca.

Ao Procurador de Justiça, Marcos Tibério Castelo Aires, que, no dia-a-dia, além de me ensinar a prática em matérias jurídicas, é exemplo de profissional íntegro, sempre preocupado com a melhoria das funções institucionais.

Às minhas amigas e companheiras incansáveis de estudo, Beth, Chris, Dani, Denise, Érika, Eulália e Laís, as quais sempre se mostram dispostas a ler o que escrevo e me incentivam, diuturnamente, nos meus sonhos e nas minhas criações acadêmicas.

Aos meus avós maternos, Francisco e Terezinha, e aos meus tios, Érica e Eduardo, os quais, mesmo na distância, vibram, incessantemente, com os sucessos alcançados.

Aos meus avós paternos, Luís (*in memoriam*) e Margarida, pela experiência de vida ensinada.

Ao Rafael Teixeira Ramos, que, pelo primeiro olhar, a nossa cumplicidade e nossos conhecimentos jurídicos foram transmitidos, para ajudar um ao outro na árdua caminhada da Academia e nas carreiras abraçadas.

À Universidade Federal do Ceará, instituição centenária, na qual tive a honra de estudar desde a Graduação e, atualmente, no Curso de Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional, aprimorar, cada vez mais, os meus conhecimentos relacionados ao Direito Constitucional, a fim de, efetivamente, garantir a força normativa do discurso de 1988.

À Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, que me acolheu e propiciou o aprimoramento constante dos meus projetos acadêmicos.

## RESUMO

Com a Constituição de 1988 (CF), fortemente influenciada pelo constitucionalismo lusitano, as omissões inconstitucionais passaram a ser alvo de preocupação por parte do Poder Constituinte Originário, porque, igualmente, afrontavam a força normativa do discurso. Dessa forma, o mandado de injunção (MI), criação genuinamente brasileira e previsto no art. 5º, LXXI, CF, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), em sede de controle concentrado, por força do art. 103, § 2º, CF, são os dois mecanismos hábeis a combater essa espécie de vício. Passados, então, mais de vinte anos da promulgação da CF, somente no ano passado, a Lei 12.063, de 27 de outubro 2009, veio trazer a regulamentação processual da ADO, principalmente, no tocante à competência, aos legitimados, requisitos da petição inicial, ao procedimento, à possibilidade de concessão de medida cautelar e aos efeitos dessa ação. O presente trabalho, portanto, objetiva analisar esses aspectos processuais mencionados à luz dos valores constitucionais, que estão descritos na identidade constitucional brasileira, e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), guardião máximo do texto de 1988, consoante o art. 102, *caput*, CF.

Palavras-chave: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Lei n. 12.063/2009. Valores constitucionais. Omissões inconstitucionais. Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

With the 1988 Constitution, strongly influenced by the Lusitanian constitutionalism, omissions unconstitutional became the target of concern by the Constituent Power Originating because, also defied the normative force of discourse. Thus, the writ of injunction, creating a Brazilian and the art. 5, LXXI, CF, and the direct action of unconstitutionality by omission in place of concentrated control by virtue of Art. 103, § 2, CF, both mechanisms are able to combat this kind of addiction. After then, more than twenty years of the promulgation of the Constitution, only last year, Law 12.063 of 27 October 2009, came to bring the procedural rules of the direct action of unconstitutionality, especially with regard to jurisdiction, legitimized the application requirements, the procedure, the possibility of granting a precautionary measure, the effects of that action. This study therefore aims to analyze these procedural aspects mentioned in the light of constitutional values, which are described in Brazilian constitutional identity, and the jurisprudence of the Supreme Court, guardian of the text than the 1988, according to art. 102, *caput*, CF.

Key-words: Direct action of unconstitutionality by omission. Law n. 12.063/2009. Constitutional values. Inconstitutional omissions. Supreme Court.

## LISTA DE ABREVIATURAS

ADC – Ação declaratória de constitucionalidade  
ADI – Ação direta de inconstitucionalidade  
ADPF – Ação de descumprimento de preceito fundamental  
ADO – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão  
CF – Constituição Federal de 1988  
CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas  
CPC – Código de Processo Civil  
CPP – Código de Processo Penal  
CRP – Constituição da República Portuguesa de 1976  
DJ – Diário da Justiça  
DOU – Diário Oficial da União  
LC – Lei Complementar  
MI – Mandado de injunção  
STF – Supremo Tribunal Federal  
SUS – Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b>	
2.1 Breves notas sobre o controle de constitucionalidade.....	03
2.2 Modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade: difuso e concentrado.....	05
2.3 Evolução histórico-constitucional do controle de constitucionalidade no Brasil.....	07
<b>3 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO</b>	
3.1 Conceito e espécies de inconstitucionalidades.....	11
3.2 Aplicabilidade das normas constitucionais e a relação com a inconstitucionalidade por omissão	
3.2.1 Classificação de José Afonso da Silva.....	15
3.2.2 Proposta de Virgílio Afonso da Silva.....	18
<b>4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI N. 12.063/2009</b>	
4.1 Competência e legitimidade.....	20
4.2 Requisitos da petição inicial.....	24
4.3 Procedimento.....	27
4.4 Medida cautelar.....	28
4.5 Decisão.....	30
<b>5 VALORES CONSTITUCIONAIS</b>	
5.1 Valores constitucionais a partir da Constituição de 1988 e possibilidade de modificação dos valores constitucionais originários pelo legislador derivado.....	32
5.2 Inconstitucionalidade por omissão e os valores constitucionais.....	36
<b>6 COMBATE ÀS INCONSTITUCIONALIDADES POR OMISSÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>37</b>
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>41</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>43</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O texto constitucional, inegavelmente, após a 2ª Guerra Mundial, em especial mediante o resgate dos valores para o mundo jurídico, passou a ser considerado um sistema aberto de princípios e regras, em que se consagram, além das funções estatais, os direitos fundamentais, uma ordem axiológica objetiva, consoante explica Luís Roberto Barroso<sup>1</sup>. No Brasil, por exemplo, Virgílio Afonso da Silva<sup>2</sup> informa que o Direito Constitucional, sobretudo o anterior à CF, sempre foi um “direito constitucional da organização estatal”.

Com efeito, o desenvolvimento da chamada jurisdição constitucional foi inevitável, ante a supremacia e hierarquia das normas constitucionais já apregoadas por Hans Kelsen. Surgiram, portanto, Tribunais Constitucionais que buscavam, em suma, concretizar os mandamentos constitucionais pela aferição da compatibilidade dos dispositivos infraconstitucionais com esses valores. Assim, a jurisdição constitucional, na Europa Ocidental, abarca dois ramos, a saber: o das liberdades, que envolve os direitos fundamentais, e o da forma orgânica, responsável, essencialmente, pelo controle de constitucionalidade, sobre a qual se detém a análise feita aqui.

Dessa forma, por força, principalmente, do constitucionalismo lusitano, a inconstitucionalidade por omissão, um vício que decorre da inobservância do dever específico de legislar ou da mora na implementação de determinada política pública, por exemplo, seja total, seja parcial, começou a ser combatida pelos ordenamentos jurídicos, já que, igualmente, negava a força normativa do discurso constitucional.

Na ordem pátria, o MI (art. 5º, LXXI, CF) e a ADO (art. 103, § 2º, CF) foram os dois instrumentos idealizados pelo Poder Constituinte Originário para combater essa espécie de vício. O primeiro em sede de controle difuso, ao passo que o segundo, cujos aspectos processuais serão o objeto, sobretudo, do estudo desenvolvido, na via concentrada.

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acessado em 09 de abril de 2010.

<sup>2</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 66.

Com base nesses assentos, este texto tenciona, justamente, abordar os valores constitucionais, transportados para a identidade constitucional brasileira, com base nos ensinamentos de Michael Rosenfeld<sup>3</sup>, e sua relação com os aspectos processuais trazidos recentemente pela Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009, na efetivação dos direitos fundamentais, notadamente, os sociais.

Finalmente, será analisada a jurisprudência do STF ante a novel legislação, bem como se a retromencionada lei reforçou ou não a força normativa do discurso constitucional de 1988.

---

<sup>3</sup> ROSENFELD, Michael. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

## 2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### 2.1 Breves notas sobre o controle de constitucionalidade

Inicialmente, a ideia de tutela da ordem constitucional é posterior à noção de proteção do Estado<sup>4</sup>, pois, durante a formação das monarquias nacionais, por volta dos séculos XV e XVI, fortaleceu-se, primeiramente este ideário, para que, em seguida, a partir do primado da lei e, conseqüentemente, do surgimento do Constitucionalismo Moderno, que remonta, provavelmente, aos séculos XVII e XVIII, passassem a se definir os contornos da garantia do Estado Constitucional.

Nessa linha de raciocínio, Hans Kelsen<sup>5</sup>, ao propor que o ordenamento jurídico assumisse a forma escalonada, cujo topo seria ocupado pelo texto constitucional, norma fundamental hipotética e norma positiva suprema que regula a criação das demais legislações<sup>6</sup>, sedimentou, pelo menos no primeiro instante, a noção de supremacia constitucional formal e, logicamente, da necessidade de aferição constante da compatibilidade do regramento infraconstitucional com os preceitos adotados na Constituição.

Além disso, é oportuno destacar, igualmente, que Norberto Bobbio<sup>7</sup>, quando demonstrou as características do ordenamento jurídico, quais sejam, a unidade, coerência e completude, esclareceu, no tocante ao primeiro atributo, que as normas de um sistema jurídico não se apresentam em igual plano, mas são unificadas mediante a norma fundamental. Há, ainda, a existência de limites materiais e formais, que condicionam a elaboração das leis, sempre em consonância com a legislação superior.

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 887.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>6</sup> José Afonso da Silva (2009, p. 39) explica que uma das concepções de Constituição é, justamente, a jurídica, pensada por Hans Kelsen. Assim, o vocábulo Constituição é entendido em dois sentidos, a saber: um lógico-jurídico, já que esta significa a norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental de validade, e um jurídico-positivo, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

Traçadas as premissas iniciais acerca da temática, objeto desse tópico, é inegável que o controle de constitucionalidade somente passou a ter maior relevância nos cenários jurídicos após a Segunda Guerra Mundial<sup>8</sup>, quando a Constituição, bem como a dignidade da pessoa humana, um dos valores primordiais dos ordenamentos jurídicos atuais e fonte ética de onde brotam todos os direitos fundamentais<sup>9</sup>, se apresentaram como imprescindíveis para o retorno dos valores para o mundo do Direito<sup>10</sup>, os quais são positivados ao longo do discurso constitucional.

Dessa forma, Luís Roberto Barroso<sup>11</sup> ensina que o Neoconstitucionalismo ou Neopositivismo, movimento, em suma, que surgiu, notadamente na Alemanha e Itália e, depois, se espalhou pela Europa Continental, e corresponde a esse retorno da força normativa da Constituição<sup>12</sup>, do resgate dos valores das comunidades políticas, da hermenêutica constitucional, do reconhecimento da normatividade dos princípios, possui na Segunda Guerra o seu marco histórico.

Aliado a isso, embora alguns doutrinadores defendam a ideia de que teria sido verificada na Grécia Antiga a primeira noção do desenvolvimento de um controle de constitucionalidade, é inegável que somente com o surgimento das constituições escritas e do reconhecimento da supremacia constitucional, seja formal, seja material, pela vinculação dos poderes públicos ao discurso constitucional, é possível se falar em aferição da constitucionalidade das leis e dos atos normativos<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Leciona Cristina Queiroz, na obra **Direito constitucional**: as instituições do estado democrático e constitucional, (2009, p. 285), que “a racionalização do controle jurídico do poder apresenta-se como uma das componentes do Estado de Direito do post-guerra”.

<sup>9</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 197. Nesse mesmo sentido, MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 124 e 125.

<sup>10</sup> Segundo Miguel Reale, em **Lições preliminares de direito**, (2004, p. 65-68), o fenômeno jurídico deve ser compreendido em sua estrutura tridimensional, composta por fato, valor e norma. No mesmo sentido, Arnaldo Vasconcelos, em **Teoria da norma jurídica** (1986, p. 09) esclarece que “o Direito se constitui de fato, de valor e de norma. Portanto, não pode o fenômeno jurídico ser apanhado, em sua integridade, senão através da visualização desses elementos em conjunto”.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RETE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acessado em 09 de abril de 2010.

<sup>12</sup> Acerca da força normativa da Constituição, vide HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>13</sup> Conforme Clèmerson Merlin Clève, em **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro** (1995, p. 23) são considerados pressupostos do controle de constitucionalidade: a) existência de uma Constituição formal; b) compreensão da Constituição como lei fundamental (rigidez e supremacia constitucionais; distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais) e c) previsão de pelo menos um órgão dotado de competência para o exercício dessa atividade. No mesmo sentido, vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 890-892.

A jurisdição constitucional, consoante ensina Marcelo Cattoni<sup>14</sup>, na Europa Ocidental, apresenta dois grandes setores de atuação, a saber: a) o da garantia dos direitos fundamentais ou jurisdição constitucional das liberdades e b) o da garantia da Constituição, a qual envolve os conflitos de competência e o controle de constitucionalidade propriamente dito ou jurisdição constitucional orgânica.

Com suporte nessa delimitação, este ensaio ficará adstrito à análise da jurisdição orgânica, especialmente no que tange ao novel tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro à inconstitucionalidade por omissão, bem como a sua relação com os valores constitucionais e a jurisprudência do STF.

Assim, no próximo tópico, serão abordadas as duas principais formas de controle jurisdicional de constitucionalidade desenvolvidas, a saber: difusa e concentrada<sup>15</sup>.

## **2.2 Modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade: difuso e concentrado**

O controle jurisdicional da constitucionalidade, como já assinalado, é um dos pilares da noção moderna de Estado Constitucional, porquanto, mediado por esse mecanismo, o discurso constitucional consegue se firmar como norma suprema e vinculante. Reforça-se, portanto, a força normativa da Constituição.

Destarte, existem dois modelos, realizados de maneira repressiva, para a aferição da compatibilidade das normas infraconstitucionais com o texto constitucional, quais sejam, a forma difusa ou por via de exceção e a concentrada ou abstrata.

Em relação à primeira, esta teve como principal marco histórico o caso *Marbury versus Madison*, no ano de 1803, em que o juiz John Marshall da Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu, sobretudo, a supremacia da Constituição sobre as

---

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 201-202. Ainda na lição do mesmo autor, este informa que a classificação acima trazida não está imune à críticas. Além disso, no Brasil, “se todo órgão do Poder Judiciário não só pode mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar alegações que explicitamente se referem à Constituição, podemos dizer que todo o Judiciário brasileiro é competente para exercer jurisdição em matéria constitucional, toda a jurisdição é jurisdição constitucional”.

<sup>15</sup> Ressalta-se, desde já, que não será analisada a questão referente aos possíveis órgãos que poderão desenvolver o controle de constitucionalidade ou o momento dessa aferição, pois a abordagem será restrita ao controle jurisdicional.

atividades legislativas e administrativas estatais, bem como a necessidade da interpretação judicial das normas constitucionais<sup>16</sup>.

Dessa forma, a formação do constitucionalismo ianque, com a independência perante a Metrópole inglesa, diversamente do modelo francês, não representou uma ruptura drástica no sistema vigente, pois os estadunidenses já haviam incutido a noção de soberania popular para garantir a legitimação democrática das funções estatais<sup>17</sup>.

Então, o fenômeno do *judicial review*, embora somente tenha sido definitivamente incorporado pela decisão do juiz Marshall, demonstrou a possibilidade conferida ao Poder Judiciário de verificar a aplicação da Constituição, agora entendida como a lei suprema de Direito Positivo, e não somente um documento dotado de valor político superior.

Qualquer órgão do Poder Judiciário, então, tem, diante do caso concreto e incidentalmente, a possibilidade de deixar de aplicar certo dispositivo de lei ou ato normativo, por entender que esse seja inconstitucional. Ainda, a funcionalidade desse modelo, consoante explica Clèmerson Clève<sup>18</sup>, reside no princípio do *stare decisis*, uma vez que as decisões da Suprema Corte, a despeito de serem dadas no caso concreto, vinculam os demais órgãos judiciais, por isso possuem efeito *erga omnes*.

A via concentrada<sup>19</sup>, como as denominações já denunciam, é aquela forma de controle de constitucionalidade iniciada na Áustria, em 1920, sob a influência do pensamento kelseniano<sup>20</sup>, com a criação do primeiro Tribunal Constitucional, na qual se objetiva expurgar da ordem jurídica a norma *in abstracto* maculada de

---

<sup>16</sup> O pronunciamento do juiz Marshall nesse caso pode ser consultado em: <<http://www.constitution.org/ussc/005-137a.htm>>. Acessado em 27 de maio de 2010.

<sup>17</sup> DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 107-108.

<sup>18</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 53.

<sup>19</sup> Adianta-se que existem cinco formas para o exercício do controle de constitucionalidade abstrato adotados pela Constituição de 1988, a saber, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental e representação interventiva.

<sup>20</sup> Paulo Bonavides, em **Curso de direito constitucional**, (2008, p. 301), explica que “a idéia de constituir um órgão jurisdicional que enfaixasse toda a competência decisória em matéria de constitucionalidade – o sistema de ‘jurisdição concentrada’ – partiu de Kelsen e se positivou na Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, de que foi abalizado inspirador”. No mesmo sentido, ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira e MEYER-PFLUNG, Samantha Ribeiro. “O controle abstrato nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva na Constituição brasileira de 1988”. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 7, jan./jun. 2006, p. 144.

inconstitucionalidade, a qual será, diferentemente da fiscalização concreta, o objeto principal da relação jurídica.

Percebe-se, portanto, que a evolução do controle de constitucionalidade no continente europeu aconteceu, em relação ao dos Estados Unidos, com um atraso de mais de um século, contado desde a decisão do *Chief Justice* Marshall até a criação do Tribunal Constitucional Austríaco, porquanto vigorava a supremacia do Parlamento e do dogma da lei<sup>21</sup>. Assim, o Poder Legislativo, ao se fundar na soberania popular, deveria estar imune à fiscalização, porque todos os seus atos se presumiam legítimos.

Com essas noções fixadas, abordar-se-á a evolução histórico-constitucional do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, a fim de serem compreendidos os atuais paradigmas do sistema de verificação desenvolvido.

### **2.3 Evolução histórico-constitucional do controle de constitucionalidade no Brasil**

Ao ser feito um breve panorama histórico da evolução do controle de constitucionalidade na ordem jurídica brasileira, vislumbra-se a noção de que, durante o período imperial, a Constituição de 1824 ignorou esse mecanismo, pois, além de adotar a teoria do poder moderador, o qual concedia poderes ilimitados ao imperador de sobrepujar todas as outras funções governamentais ao seu bel-prazer, foi intensamente influenciada pelo constitucionalismo inglês e francês, os quais não se preocupavam *a priori* com a fiscalização dos atos legislativos<sup>22</sup>.

Com a proclamação da República do Brasil, em 1889, foi necessária a elaboração de um novo discurso constitucional, fortemente influenciado pela doutrina estadunidense. Na célebre frase de Aristides Lobo<sup>23</sup>, “o povo assistiu bestializado,

---

<sup>21</sup> Durante o período liberal, no qual o Estado era o fantasma que atemorizava o indivíduo, na lição de Paulo Bonavides, na obra **Do estado liberal ao estado social**, (2007, p. 40), a legalidade, consoante Eurico Bitencourt Neto, “é um dos elementos identificadores do novo regime instaurado a partir das revoluções liberais”, por isso a relevância do Parlamento em todo o Estado Liberal e a desconfiança na função jurisdicional.

<sup>22</sup> Acerca do poder moderador, o art. 98 da Constituição de 1824 expressava: “o Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos”.

<sup>23</sup> Frase retirada de um artigo escrito por Aristides Lobo, no Rio de Janeiro, em 1889.

atônito, surpreso, sem conhecer o que significava. Muitos acreditavam sinceramente estar vivendo uma parada”, em razão, justamente, da ausência de sentimento constitucional comumente presente na elaboração dos textos constitucionais no Brasil.

Assim, foi introduzido o controle de constitucionalidade difuso a ser realizado pelo Poder Judiciário, mas, como o sistema jurídico brasileiro ainda não havia se libertado das caducas mazelas da monarquia, desenvolveu um tímido controle corrompido pela classe dominante. Há de ser ressaltada a criação do STF, o qual recebia a competência máxima, em grau recursal, de decidir acerca do controle de constitucionalidade das leis federais e estaduais, o que ainda não configurava uma fiscalização concentrada<sup>24</sup>.

Já a Carta de 1934, a qual representou “um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo<sup>25</sup>”, já que trouxe, por exemplo, um título referente à ordem econômica e social, acrescentou ao texto anterior, segundo Ronaldo Poletti<sup>26</sup>, as seguintes contribuições ao controle: a) a interposição de recurso extraordinário das decisões das causas decididas pelas justiças locais em única ou última instância, quando se questionasse a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição (art. 76, III); b) determinava que os tribunais só poderiam declarar a inconstitucionalidade pelo voto da maioria de seus membros (art. 179)<sup>27</sup>; c) atribui ao Senado a competência de suspender a execução de lei declarada inconstitucional<sup>28</sup>; d)

---

<sup>24</sup> Segundo Emília Viotti da Costa, na obra **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**, (2006, p. 24), pelo Decreto 510, de 22 de junho de 1890, que estabeleceu uma Constituição Provisória da República dos Estados Unidos do Brasil, o governo dispôs sobre a criação, composição e competência do STF. O art. 56 da CF/1891 dispunha que o referido tribunal seria composto de quinze ministros, dentre cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado, a serem nomeados pelo Presidente da República, sujeitando a nomeação ao Senado. Referida autora leciona que a primeira composição de ministros a qual participou do STF pertencia à geração que nascera na década da Independência, bem como eram homens experientes e que haviam participado ativamente da magistratura do período imperial, ao reforçar aquilo dito acima acerca do comprometimento da nova república com o velho regime monárquico. Para maiores informações sobre o Regimento Interno do STF de 1891, vide <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/RegimentoInterno/RI1891/1891>>.pdf.

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 82.

<sup>26</sup> POLLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 50-51.

<sup>27</sup> No atual discurso, a cláusula de reserva de plenário se encontra no art. 37, CF, bem como a súmula vinculante n. 10 informa que viola o supramencionado dispositivo, quando órgão fracionário de Tribunal declara, no todo ou em parte, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, porque a competência é do pleno ou do órgão especial. Esse procedimento seguirá o rito previsto nos arts. 480 a 482, CPC.

<sup>28</sup> É relevante ressaltar, desde já, que a suspensão pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF (art. 52, X, CF), consoante Gilmar Mendes, encontra-se obsoleta. Assim, a única razão para a existência do instituto tem fundamentos unicamente históricos, já que teve início na Constituição de 1934, quando havia a concepção de uma rígida separação dos poderes. Atualmente, no

obrigatoriedade dos Estados de se constitucionalizarem com a observância de determinados princípios, sob pena de intervenção federal e e) arrolou, dentre os direitos individuais, a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra atos de autoridades, fundados em lei inconstitucional.

Com a decretação do Estado Novo, em 1937, o autoritarismo político e a hipertrofia das funções do Poder Executivo permearam o cenário constitucional, e ocorreu um retrocesso no sistema de aferição dessa compatibilidade. O art. 96, parágrafo único, CF/1937, por exemplo, permitia que o Presidente da República, mesmo quando declarada a inconstitucionalidade de certa legislação, pudesse, quando aquele julgasse ser a lei necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, submetê-la, novamente, ao exame do Parlamento. Destarte, caso o Parlamento confirmasse, por dois terços dos votos, em cada uma das Câmaras, a validade da legislação, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal. Há, portanto, sem qualquer dúvida, um desrespeito ao equilíbrio e à harmonia que devem nortear as funções estatais.

A Constituição de 1946 assemelhava-se bastante à de 1934 e, em razão da instabilidade externa, teve duração breve, no entanto, previu novamente a representação interventiva, cuja titularidade foi outorgada ao Procurador-Geral da República, o qual atuaria consoante as disposições previstas no art. 7º, VII c/c art. 8º, parágrafo único, CF/1946). A emenda n. 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu no Brasil o controle de constitucionalidade por via concentrada, o que produziu um grande avanço na função do STF, ao ser criado o exame de inconstitucionalidade por via de ação.

Com o advento da Ditadura Militar, porém, esses avanços somente seriam efetivamente notados com a Redemocratização, em 1988.

Então, a CF, fortemente influenciada pelas correntes europeias, sobretudo a portuguesa, além de ter ampliado o rol de legitimados para a ADI (art. 103, CF), a previsão da Advocacia-Geral da União como defensor do texto impugnado (art. 103, § 3º, CF), demonstra maior preocupação com a tendência denominada de objetivação do controle de constitucionalidade<sup>29</sup>.

---

HC 82.959 / SP, o Min. Gilmar Mendes proferiu voto no sentido de que a atuação do Senado se restringia apenas à publicidade da decisão do STF, embora nem sempre a referida Casa Legislativa suspenda a lei como decidir a Corte.

<sup>29</sup> Fernando Luiz Ximenes Rocha, em **Controle de constitucionalidade das leis municipais** (2003, p. 76), leciona que, embora o texto constitucional tenha inovado no tocante à necessidade de citação do

Nessa linha de raciocínio, há uma primazia do controle a ser exercido por uma Corte Constitucional, com as competências adstritas apenas para o julgamento de questões essencialmente constitucionais, sem que haja, portanto, o envolvimento de interesses meramente subjetivos. Na lição de Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira<sup>30</sup>, a propositura da ADI e ADC leva à instauração de um processo eminentemente objetivo, uma vez que não existem partes em litígio, não subsiste o contraditório clássico.

Assim, embora o STF não assuma o papel de Corte Constitucional<sup>31</sup>, podem ser identificadas recentes modificações que procuram aproximá-lo, notadamente, da feição do Tribunal Federal Alemão, como a súmula vinculante (art. 103-A, CF c/c Lei n. 11.417/2006) e a necessidade de demonstração da repercussão geral no recurso extraordinário (art. 102, § 3º, CF c/c art. 543-A e segs, CPC).

Finalmente, como uma das principais inovações apresentadas, a inconstitucionalidade por omissão, consoante será analisada no próximo tópico, passou a ser alvo de preocupação do sistema constitucional pátrio. Será combatida tanto pelo MI quanto pela ADO.

---

Advogado-Geral da União, “na realidade, essa preceituação há de ser interpretada sistematicamente, entendendo-se que a manifestação do Advogado-Geral da União não será, necessariamente, em defesa do ato impugnado, caso conclua que este fere de maneira incontestável disposição da Lei Maior, pois, destarte, estaria afrontando sua própria consciência jurídica e, acima de tudo, a ordem constitucional que lhe compete defender como advogado, cidadão e agente público”. No mesmo sentido, vide SOUZA, Michelle Amorim Sancho Souza. O papel do advogado-geral da união no controle de constitucionalidade concentrado. **Revista Themis**. Vol. 05, jan/jul. 2007, p. 210-226.

<sup>30</sup> DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVERIA, Rafael. Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de inconstitucionalidade. In: DIDIER JR., Fredie (Org). **Ações constitucionais**. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2009, p. 416.

<sup>31</sup> Compactua-se com o posicionamento esposado por Francisco Gérson Marques de Lima, no capítulo 3 da sua obra **O STF na crise institucional brasileira** – estudos de casos: abordagem interdisciplinar da sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

### 3 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

#### 3.1 Conceito e espécies de inconstitucionalidades

Segundo a clássica definição de Jorge Miranda<sup>32</sup> acerca do conceito de inconstitucionalidade, tem-se que:

(...) constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceito de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela a sua base ou não (...) Não se trata de relação de mero carácter lógico ou intelectual. É essencialmente uma relação de carácter normativo e valorativo, embora implique sempre em um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um *quid* a outro *quid* ou a desarmonia entre este e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica.

Dessa forma, o comportamento adotado pelas funções estatais deve sempre se encontrar em consonância com o discurso constitucional vigente, ou seja, com os valores ali positivados. Existem casos, no entanto, em que isso não ocorre, por isso a necessidade de se combater no ordenamento jurídico esse vício. Há ainda, conforme se verá adiante, o fato de que a inércia em relação à feitura de certo ato também constitui conduta inconstitucional. Reforça-se, então, a idéia de que “por inconstitucionalidade deverá entender-se o não cumprimento da Constituição, por *acção* ou *omissão*, por parte dos órgãos do poder público<sup>33</sup>”.

A partir dessa breve definição, o estudo das espécies de inconstitucionalidades facilitará uma maior compreensão da matéria abordada. Então, podem ser citadas aquelas atinentes ao conteúdo – inconstitucionalidade material – e à observância dos procedimentos – formal ou orgânica –; a por ação e por omissão; a superveniente e, por fim, às relativas às normas constitucionais originárias.

A inconstitucionalidade material ou substancial, como afirmado logo acima, diz respeito à incompatibilidade do conteúdo da lei ou do ato normativo editado com as

---

<sup>32</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VI. 3. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 09-10.

<sup>33</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional**: as instituições do estado democrático e constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 294.

regras e os princípios insculpidos na Constituição<sup>34</sup>. Ainda, segundo Jorge Miranda<sup>35</sup>, a inconstitucionalidade material envolve, igualmente, a aferição do desvio de poder ou do excesso do Poder Legislativo.

Já a formal ou orgânica<sup>36</sup> está relacionada com a observância dos procedimentos de feitura de certa lei, a exemplo brasileiro, pois, caso não seja respeitada a maioria absoluta dos votos para a aprovação de uma lei complementar (art. 47, CF c/c art. 69, CF), estar-se-á diante de um afronta ao texto constitucional, a qual não poderá ser tolerada pela ordem constitucional<sup>37</sup> ou, ainda, quando não houver obediência à iniciativa prevista no discurso<sup>38</sup>.

Seguidamente, a inconstitucionalidade por ação acontecerá quando o Poder Público, na feitura de uma lei ou de um dado ato normativo, descumprir os preceitos emanados da Constituição. Nota-se que a legislação infranconstitucional e os atos são

---

<sup>34</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direitos constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1063.

<sup>35</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VI. 3. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 43-46.

<sup>36</sup> Não será feita distinção entre inconstitucionalidade formal e orgânica. Para maiores informações sobre o tema, vide CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 31-32 e QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 296-297.

<sup>37</sup> Reforça-se acerca da recepção, que, nesse momento, vigorará o princípio do *tempus regit actum*, ou seja, será observado o procedimento formal adotado pelo texto constitucional vigente quando a lei foi elaborada; bastando verificar, pois, para a ocorrência do supracitado fenômeno, se a legislação infraconstitucional se encontra materialmente em consonância com os novos anseios constitucionais.

<sup>38</sup> Ressalta-se que a jurisprudência do STF não admite que, embora tenha havido usurpação da iniciativa reservada, a sanção posterior do chefe do Poder Executivo não convalida o ato, pois este está evado de inconstitucionalidade formal. Nesse sentido, vide EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MINEIRA N. 13.054/1998. EMENDA PARLAMENTAR. INOVAÇÃO DO PROJETO DE LEI PARA TRATAR DE MATÉRIA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CRIAÇÃO DE QUADRO DE ASSISTENTE JURÍDICO DE ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO E SUA INSERÇÃO NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DE SECRETARIA DE ESTADO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL COM DEFENSOR PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. OFENSA AOS ARTS. 2º, 5º, 37, INC. I, II, X E XIII, 41, 61, § 1º, INC. II, ALÍNEAS A E C, E 63, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. Compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre as matérias previstas no art. 61, § 1º, inc. II, alíneas a e c, da Constituição da República, sendo vedado o aumento das despesas previstas mediante emendas parlamentares (art. 63, inc. I, da Constituição da República). 2. A atribuição da remuneração do cargo de defensor público aos ocupantes das funções de assistente jurídico de estabelecimento penitenciário é inconstitucional, por resultar em aumento de despesa, sem a prévia dotação orçamentária, e por não prescindir da elaboração de lei específica. 3. A sanção do Governador do Estado à proposição legislativa não afasta o vício de inconstitucionalidade formal. 4. A investidura permanente na função pública de assistente penitenciário, por parte de servidores que já exercem cargos ou funções no Poder Executivo mineiro, afronta os arts. 5º, caput, e 37, inc. I e II, da Constituição da República. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (STF, ADI 2113 / MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 04/mar/2009).

presumivelmente constitucionais – princípio fundamental da constitucionalidade das leis – a fim de garantir a segurança do sistema jurídico. Essa presunção é, no entanto, *jus tantum* ou relativa, por isso é possível, segundo a dicção do art. 102, I, CF, a propositura de ADI genérica ou ADC, ambas regidas pela Lei n. 9.868/1999, e a ADPF (art. 103, § 1º, CF c/c Lei n. 9.882/1999)<sup>39</sup>. Trata-se, portanto, de um “tipo de inconstitucionalidade *positiva*, que se traduz na prática pela desconformidade de um acto jurídico-público com a Constituição ou os princípios nela consagrados<sup>40</sup>”.

O vício por omissão, diversamente, pressupõe a inércia da função estatal, imbuída do dever de atuação descrita no próprio texto constitucional. Decorre, portanto, “de uma lacuna inconstitucional, ou do descumprimento da obrigação constitucional de legislar<sup>41</sup>”. Destarte, o discurso constitucional determina que certo comportamento legislativo seja adotado ou uma medida de índole administrativa seja tomada, mas, de maneira total ou parcial, o preceito constitucional não é cumprido, o que enseja, portanto, comprometimento flagrante da força normativa da Constituição<sup>42</sup>.

Existe, então, no primeiro caso, uma inobservância do dever específico de legislar, que é pré-condição para a existência da omissão legislativa inconstitucional<sup>43</sup>. No tocante, por exemplo, à implementação de políticas públicas, o órgão encarregado de realizá-la, por força de mandamento constitucional, não a concretiza ou a regula de maneira deficitária.

---

<sup>39</sup> Lembra-se, em linhas gerais, o fato de que tanto a ADC quanto a ADI somente possuem como objeto de impugnação leis ou atos normativos posteriores à promulgação da CF, ao passo que, na ADPF, a Lei n. 9.882/1999, em seu art. 1º, I esclarece que caberá a referida ação “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

<sup>40</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional**: as instituições do estado democrático e constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 295.

<sup>41</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1060.

<sup>42</sup> Konrad Hesse, em **A força normativa da Constituição** (1991, p. 15), demonstra que a “Constituição real” e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem pura e simplesmente uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Dessa forma, embora o discurso constitucional, em seu art. 7º, XXI, contemple a possibilidade de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, tal direito deverá ser regulamentado pelo legislador, porque, caso contrário, não poderá ser usufruído por seus titulares. Vislumbra-se então o comprometimento dessa força há pouco aludida.

<sup>43</sup> NETO, Eurico Bitencourt. **Mandado de injunção na tutela de direitos sociais**. Bahia: Juspodivm, 2009, p. 45. Ainda sobre esse dever de legislar, explica o mencionado autor que deve ser afastado, desde já, o entendimento de que toda ausência de lei conduz a uma omissão legislativa inconstitucional. Esta somente ocorrerá quando houver um descumprimento de uma vinculação feita ao legislador pela própria Constituição, a fim de concretizá-la.

Assim, o art. 103, § 2º, CF instituiu a ADO e o art. 5º, LXXI, CF, o MI, ambos inovações do Constituinte de 1988, que procuram combater essa espécie de inconstitucionalidade no ordenamento pátrio<sup>44</sup>. O primeiro é objeto do controle concentrado, cujos aspectos processuais, regulados pela Lei n. 12.063/2009, serão estudados ao longo desta monografia e sua relação com os valores constitucionais e a jurisprudência do STF, ao passo que o segundo atuará em sede de via difusa.

Ademais, embora haja mecanismos eficazes no combate a essa espécie de inconstitucionalidade, consoante será analisado, o Poder Público e, até mesmo, a sociedade, pouco têm feito para a efetivação das normas constitucionais, ante a ausência, provavelmente, de um sentimento jurídico coletivo, o qual possa impulsionar a realização dos anseios sociais, correspondentes, por conseguinte, aos valores de todos os membros compreendidos naquela coletividade.

Em seguida, não é adotada a tese da inconstitucionalidade superveniente, uma vez que o STF compreende que o direito pré-constitucional, quando não compatível materialmente com a nova Constituição, é revogado do ordenamento jurídico<sup>45</sup>.

Por fim, no Brasil, não é concebida, igualmente, a tese de Otto Bachof acerca das normas constitucionais originárias serem consideradas inconstitucionais, somente sendo admitido o controle com relação às emendas já promulgadas<sup>46</sup>.

Após essas considerações acerca das espécies de inconstitucionalidade, será abordada a aplicabilidade das normas constitucionais, mediante o estudo das duas principais teorias adotadas atualmente no Brasil, juntamente com sua relação com a inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>44</sup> Consoante já afirmado, a previsão da inconstitucionalidade por omissão na ordem constitucional brasileira advém da influência exercida pelo constitucionalismo lusitano. Dessa forma, o art. 283º, CRP traz I. A requerimento do Presidente da República, do Provedor da Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais e II. Quando o Tribunal verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

<sup>45</sup> Vide STF, RE 353508 AgR / RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/mai/2007.

<sup>46</sup> Nesse contexto, é preciso ressaltar que as cláusulas pétreas, na lição de Ingo Sarlet, mostram-se como a identidade constitucional de determinado povo, por isso ser o referido autor contrário à teoria da dupla revisão. Destaca-se, ainda, o fato de que, igualmente, enseja inconstitucionalidade quando determinada emenda procura abolir o significado das cláusulas pétreas, sejam elas explícitas (art. 60, § 4º, CF), sejam implícitas, como o caso dos direitos sociais.

## 3.2 Aplicabilidade das normas constitucionais e a relação com a inconstitucionalidade por omissão

### 3.2.1 Classificação de José Afonso da Silva

Inicialmente, é relevante esclarecer que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, porque “todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada<sup>47</sup>”.

Com amparo nessa premissa, adotar-se-á, nesse tópico, a classificação proposta por José Afonso da Silva, a qual é amplamente aceita pelo STF<sup>48</sup>. Vale lembrar que outros autores, como Maria Helena Diniz e Luís Roberto Barroso<sup>49</sup>, também se detiveram ao estudo dessa temática, contudo, será analisada primeiramente essa classificação, para após ser feita a crítica, tendo por base a lição de Virgílio Afonso da Silva, a qual melhor se compadece aos atuais conhecimentos acerca da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Dessa forma, as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, contida e limitada<sup>50</sup>.

A primeira delas, conforme a nomenclatura denuncia, possui, desde a entrada em vigor do texto constitucional, aplicabilidade direta, imediata e integral de seu conteúdo. Não precisam, portanto, de normatividade ulterior que lhes restrinja ou regulamente a sua abrangência. Pode-se mencionar como exemplo as normas referentes às competências da União, elencadas no art. 21, CF.

---

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 81.

<sup>48</sup> Exemplificativamente, na súmula 7, é feita menção à norma anteriormente prevista no art. 192, § 3º, CF, a qual estava condicionada à sua eficácia à elaboração de uma lei complementar. Trata-se, inegavelmente, como se verá nos moldes dessa classificação, de uma norma de eficácia limitada.

<sup>49</sup> Para maiores esclarecimentos acerca das diversas classificações, vide SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 215-218 e BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>50</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86.

Seguidamente, tem-se as de eficácia contida, que possuem aplicabilidade direta, imediata, porém não integral, uma vez que a legislação infraconstitucional, a própria Constituição, ou até mesmo motivos de ordem social, os bons costumes e a paz social poderão reduzir a esfera de incidência dessas normas. É concedido, pois, ao Poder Público a discricionariedade para a sua redução. Ressalta-se que, enquanto não houver tido a materialização da restrição do conteúdo normativo, essa norma será aplicada integralmente. Uma ilustração bastante elucidativa é, quando no art. 5º, XII, CF, ao dispor acerca da liberdade em relação ao desenvolvimento de qualquer trabalho, ofício ou profissão atendidas as qualificações que a lei estabelecer, o fato de a OAB exigir a realização do exame de Ordem para que os bacharéis em Direito possam estar aptos ao exercício da advocacia, não constitui violação alguma a esse dispositivo (art. 8, IV, Lei n. 8.906/1994)<sup>51</sup>.

Finalmente, as de eficácia limitada ou reduzida dizem respeito àqueles dispositivos cujo conteúdo será regulado por uma legislação integrativa infraconstitucional. Dividem-se em normas de princípio institutivo ou organizativo<sup>52</sup> e programáticas. A primeira delas “contêm esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades<sup>53</sup>”, como ocorre no art. 18, § 2º, CF, o qual trata acerca do processo de criação dos territórios por meio de lei complementar. A outra divisão traz, em suma, anseios sociais, políticos de uma determinada sociedade, isto é, aquilo que, realmente, foi almejado pelo Poder Constituinte Originário para as gerações futuras.

Nesse sentido, as normas programáticas, sobre as quais serão feitas algumas reflexões, uma vez que, por pertencerem ao gênero de normas de eficácia contida, são passíveis de não ser concretizadas imediatamente pelo legislador infraconstitucional ou pela função executiva, por isso haver o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade por omissão somente quanto a essa espécie<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Lembra-se ainda que, no RE 511.961/SP, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, ficou assentado que violaria a liberdade profissional prevista no art. 5º, XII, CF, a exigência de diploma de nível superior, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalismo.

<sup>52</sup> Segundo José Afonso da Silva, essa espécie ainda pode se subdividir em normas impositivas ou facultativas.

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 123.

<sup>54</sup> Esclarece, nesse contexto, Valeschka e Silva Braga, no artigo intitulado **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**: reflexões à luz do direito comparado, que “somente as normas constitucionais de eficácia limitada são suscetíveis de promover a sanção pela inércia

É inegável, pois, que é adotado, na ordem jurídica pátria, um constitucionalismo social<sup>55</sup> e dirigente, baseado, por exemplo, em uma ordem econômica mista<sup>56</sup>, na qual se tutela, por exemplo, tanto a livre iniciativa quanto os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, CF). O dirigismo constitucional, então, é uma característica da própria noção de Estado Social<sup>57</sup>, bem como surge com o constitucionalista português Canotilho<sup>58</sup> o qual defendia a noção de que<sup>59</sup>:

(...) as normas programáticas constitucionais sobre direitos sociais, econômicos, culturais seriam capazes de obrigar o legislador a criar as respectivas leis ordinárias que fixassem as prestações positivas e o Poder Executivo a oferecer os serviços e prestações para realização dos preceitos constitucionais.

Então, tantos os direitos à prestação em sentido amplo quanto os sociais<sup>60</sup> demandam a realização de uma atividade estatal, a fim de que o titular do direito subjetivo possa usufruí-lo em toda a sua integralidade. Seriam, portanto, em sua grande

---

do legislador, afinal, as normas de eficácia plena e contida produzem efeitos desde a sua entrada em vigor”.

<sup>55</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira** – estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 39.

<sup>56</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1244. Na mesma temática, vide GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>57</sup> Embora o Estado Social já apresente contornos de crise, Luísa Cristina Netto, na obra **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional** (2009, p. 28), esclarece que “pode-se sustentar que, atualmente, os elementos da socialidade e da democracia tornaram-se indissociáveis no seio do Estado Social”. Além disso, Vambert Di Lorenzo, em **Teoria do estado da solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários, (2010, p. 12), esclarece, no contexto dessa crise, que suas razões são institucional, fiscal e, sobretudo, de racionalidade ético-política.

<sup>58</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 2002, p. 67. Acerca do significado da Constituição dirigente e demais estudos, vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 1983.

<sup>59</sup> Hodiernamente, o constitucionalista português acima mencionado passa, pela a adoção de um “constitucionalismo moralmente reflexivo”, a defender a crise do dirigismo constitucional. Acerca desse tema, vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Portugal: Almedina, 2006 e KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 2002, p. 68.

<sup>60</sup> Segundo Cristina Queiroz, na obra **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas (2006, p. 25), “os direitos fundamentais sociais constituem obrigações de prestações *positivas* cuja satisfação consiste num *facere*, uma ‘ação positiva’ a cargo dos poderes públicos. É inegável, ainda, que nem todo direito à prestação é considerado social, bem como os direitos fundamentais, de uma maneira geral, geram custam para o Estado, por isso ser necessária desmitificar a noção de que apenas os direitos sociais causam custos ao Estado.

maioria, normas programáticas, mas que não encerram apenas apelos ao legislador, mas possuem força cogente, por isso a ocorrência, na atualidade, do forte ativismo judicial<sup>61</sup>.

Com amparo nesses esclarecimentos feitos acerca da aplicabilidade das normas desenvolvidos por José Afonso da Silva, para uma maior compreensão do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, será abordada, em seguida, a proposta de Virgílio Afonso da Silva, bem como serão feitas referências às críticas relacionadas à primeira classificação e à aplicação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário.

### 3.2.2 Proposta de Virgílio Afonso da Silva

A partir do estudo da teoria dos princípios de Robert Alexy<sup>62</sup>, o doutrinador Virgílio Afonso da Silva demonstra que as normas podem ter a estrutura de princípios ou de regras. As primeiras são aquelas que consagram um direito ou, segundo as quais são impostos deveres *prima facie*. Constituem, portanto, mandamentos de otimização, que deverão ser realizados dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Admitem sopesamento<sup>63</sup>. Já, em relação às normas-regras, a diferença reside, como bem leciona o referido autor<sup>64</sup>, na estrutura dos direitos que essas normas consagram. A garantia, então, se dirige a direitos ou deveres definitivos; ocorrem, pois, o fenômeno da subsunção e o conhecido raciocínio do “tudo-ou-nada”.

Com essas breves considerações, a ideia de um suporte fático amplo trazido para a seara constitucional procura reforçar a noção de que, no caso dos direitos sociais e dos relacionadas às prestações em sentido amplo, sobre os quais será detida a análise, em virtude de serem, comumente, alvo da inércia das funções estatais, o âmbito de proteção desses direitos fundamentais se traduz nas ações estatais que fomentam a realização desse direito.

---

<sup>61</sup> Ensina, mais uma vez, Cristina Queiroz (2006, p. 13) que o objetivo do novo constitucionalismo é justamente reforçar a fiscalização dos atos pelo Poder Judicial, incluindo o Poder Legislativo.

<sup>62</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>63</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44-46. No mesmo sentido, vide SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, jan./jul. 2003, p. 607-630.

<sup>64</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44-45.

Atrelado a isso, há, então, a necessidade de se compreender, diversamente do que ocorre na análise desses elementos nos direitos relacionados às liberdades públicas, que se procura barrar o não-agir ou o agir deficiente por parte das funções estatais no momento da concretização desses direitos fundamentais. Por fim, a ausência de fundamentação constitucional reside na mora legislativa ou executiva não tolerável<sup>65</sup>.

Nesse diapasão, compactua-se, desde já, com o posicionamento de que, embora o ativismo judicial seja uma manifestação do novo paradigma do constitucionalismo contemporâneo, já que a separação dos poderes não pode ser encarada como algo estanque e rígido<sup>66</sup>, o Poder Judiciário não poderá se imiscuir em toda inércia detectada, mas “somente nos casos de omissão infundada é que se poderia imaginar alguma margem de ação para os juízes nesse âmbito<sup>67</sup>”.

Em suma, a proposta de Virgílio Afonso da Silva, como é possível perceber, admite que todas as “normas constitucionais podem ser restringidas pela legislação ordinária<sup>68</sup>”, o que leva a descartar, de plano, a tese de que existam normas restringíveis, como as de eficácia contida, e outras não, e que “toda norma que garante direitos fundamentais pode ou, às vezes deve, ser regulamentada<sup>69</sup>”, ao afastar a concepção, portanto, de normas de eficácia limitada.

Então, com base nesse entendimento, a solução para o vício da inconstitucionalidade por omissão pela função jurisdicional, como já adiantado, além de sua análise não poder ficar atrelada a uma concepção rígida da separação dos poderes, até mesmo porque todas as funções são harmônicas (art. 2º, CF), nem tampouco cingida ao custo dos direitos sociais em relação às liberdades públicas ou na distinção de que as liberdades públicas não merecem regulamentação, ao passo que os direitos sociais

---

<sup>65</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77-79.

<sup>66</sup> Acerca dessa crítica, vide SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 589.

<sup>67</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 251. Nessa linha de pensamento, Francisco Gérson Marques de Lima (2009, p. 463) ensina, no tocante à omissão legislativa, que “a omissão do legislador em regulamentar – e, portanto, tornar plenamente eficaz determinado direito fundamental – inviabiliza a aplicação da Constituição, traido a confiança que o constituinte lhe depositou”.

<sup>68</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 223.

<sup>69</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 230.

demandam constantemente uma intervenção estatal positiva, deve ser resolvida na exigência de uma fundamentação plausível para a existência da mora, pois, caso contrário, o Poder Judiciário estará apto a resolver a inércia.

Finalmente, para arrematar, Mauro Cappelletti<sup>70</sup> defende o argumento de que:

(...) as proclamações (nacionais ou supranacionais) dos direitos fundamentais cessam de ser meras declarações filosóficas no momento em que sua atuação é confiada, em concreto, aos tribunais, ou a alguns tribunais (...) falta aqui acentuar o fato, de resto também já mencionado, que a tarefa dos tribunais, de dar atuação aos modernos “*Bill of Rights*”, grandemente contribui para “expandir o âmbito do “direito judiciário” e aumentar a criatividade dos juízes.

Em seguida, serão estudados os aspectos processuais atinentes à novel regulamentação da ADO.

## **4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI N. 12.063/2009**

### **4.1 Competência e legitimidade**

Como uma das inovações da Carta de 1988, o combate à inconstitucionalidade por omissão, reforça-se, passou a ser guerreado, por incidência de dois mecanismos : o MI (art. 5º, LXXI, CF) e a ADO (art. 103, § 2º, CF).

Em breves palavras, já que não é o objetivo primordial do trabalho, diz-se que o MI é criação genuinamente brasileira<sup>71</sup>, para que, em sede de controle difuso, o

---

<sup>70</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 66. Nesse contexto, Fernando Luiz Ximenes Rocha (2003, p. 55) esclarece que muitos ignoram o fato de que “o Judiciário, ao longo dos tempos, tem sido a maior garantia que se pode oferecer às liberdades humanas e aos valores liberais e sociais, que não podem ficar à mercê da maioria parlamentar conjuntural”.

<sup>71</sup> MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR., Fredie. **Ações constitucionais**. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2009, p. 211. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Phellipe Toledo Pires de. **Das omissões legislativas inconstitucionais e seus instrumentos de combate à luz dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano\\_VIII\\_junho\\_2008/Das%20omiss%C3%B5es%20legislativas%20-%20Phelippe.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_junho_2008/Das%20omiss%C3%B5es%20legislativas%20-%20Phelippe.pdf)>. Acessado em: 20 de abril de 2010.

cidadão, quando diante da falta de uma norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, possa provocar o órgão jurisdicional competente, a fim de garantir a força normativa da Constituição. Ainda, mesmo passados vinte e dois anos da promulgação da atual Carta brasileira, não possui regulamentação específica<sup>72</sup>. Pode ser tanto interposto individual quanto coletivamente. Seus efeitos são *inter partes*; diversamente, a ADO é objeto do controle concentrado, consoante será visto.

Antes de adentrarmos aos aspectos processuais do novel regramento da ADO, no tocante, nesse tópico, à competência e legitimidade, ressalta-se que a Constituição do Estado do Ceará, em virtude da simetria, já que a CF autoriza a fiscalização abstrata pelos Estados (art. 125, § 2º, CF), prevê, em seu art. 127, § 2º, a ADO na seara estadual<sup>73</sup>.

Assim, a ADO será interposta perante o STF<sup>74</sup>, embora a redação do art. 102, CF não esteja imune a críticas em decorrência da não-contemplação em seu rol dessa ação, por um dos legitimados constante no art. 103, CF. Nesse sentido, é a explanação de Gilmar Mendes<sup>75</sup>:

(...) todos hão de concordar que, no tocante à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a fórmula escolhida pelo constituinte, já do ponto de vista estritamente formal, não se afigura isenta de críticas. O art. 102 da Constituição, que contém o elenco das competências do Supremo Tribunal Federal, não contempla a ação direta por omissão, limitando-se a mencionar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a, com redação da EC n. 3/93).

O STF, portanto, possui competência absoluta para o julgamento e processamento dessa ação constitucional, quando houver uma omissão relativa ao texto constitucional de 1988.

---

<sup>72</sup> Segundo o art. 24, parágrafo único, Lei n. 8.038/1990, enquanto não houver regulamentação específica para o MI serão observadas as normas relativas ao mandado de segurança.

<sup>73</sup> Art. 127, § 2º, Constituição do Estado do Ceará. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio constitucional, será dada ciência da decisão ao Poder competente para a adoção de providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de trinta dias.

<sup>74</sup> Segundo o Regimento Interno do STF, em seu art. 5º, VII, é competência do Plenário o processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

<sup>75</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1234.

A legitimidade ativa, por sua vez, segundo Enrico Tullio Liebman<sup>76</sup>, seria uma condição da ação, juntamente com o interesse de agir ou interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido. Assim, na perspectiva de Fredie Didier Jr.<sup>77</sup>:

(...) a todos é garantido o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional. Mas ninguém está autorizado a levar em juízo, de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso. Impõe a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhe autorize a gerir o processo em que esta será discutida. Surge, então, a noção de legitimidade *ad causam*.

Dessa forma, a legitimidade para a propositura da ADO está descrita expressamente no art. 12-A, inserido na Lei n. 9.868/1999, a qual direciona para o rol taxativo descrito no art. 103, CF. Aliado a isso, é preciso ressaltar o fato de que, por uma decorrência lógica, quando for o caso de iniciativa privativa na feitura de determinada legislação, por exemplo, e o órgão competente também possuir legitimidade ativa para interpor a ADO, não será admitida essa ação, porque, se houver procedência, o legitimado será, igualmente, o destinatário da ordem judicial.

Desta maneira, não é necessária a demonstração da pertinência temática, isto é, a relação entre o objeto do controle de constitucionalidade e as atividades desempenhadas pelo legitimado, como exigido na ADI, porque a omissão inconstitucional, em razão de negar a força normativa da CF, bem como está ligada essencialmente à inércia legislativa ou executiva, a exigência dessa condição de procedibilidade viria dificultar ainda mais o combate a esse vício<sup>78</sup>.

Quanto à capacidade postulatória especial, porém, comunga-se com o entendimento de que, com exceção dos partidos políticos e das confederações sindicais e entidades de classe, os demais podem interpor a citada ação sem a necessidade de um advogado e, conseqüentemente, estão aptos a praticar atos, enquanto ostentarem essa qualidade, privativos daquele profissional<sup>79</sup>. É exigido, nessa linha de pensamento, o

---

<sup>76</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 01. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 171.

<sup>77</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 01. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 176.

<sup>78</sup> Em sentido contrário, a fim de demonstrar a necessidade da verificação da pertinência temática, vide BRAGA, Valeschka e Silva. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**: reflexões à luz do Direito Comparado. Disponível na internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de agosto de 2010.

<sup>79</sup> Entendimento consolidado na ADI n. 127 / AL, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/nov/1989. Vide ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO DE ORDEM. GOVERNADOR DE ESTADO. CAPACIDADE POSTULATÓRIA RECONHECIDA. MEDIDA

instrumento de procuração com poderes específicos, em duas vias, consoante preconiza o art. 12-B, parágrafo único, Lei n. 9.868/1999.

Alfim, reforça-se, pois, o entendimento esposado por José Afonso da Silva<sup>80</sup> de que, embora a Constituição de 1988 tenha ampliado significativamente os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, antes restrito somente ao Procurador-Geral da República, o cidadão, infelizmente, não figurou como parte legítima, no controle abstrato, a combater essa espécie de vício no ordenamento pátrio.

A legitimidade passiva, então, recairá sobre a função estatal, executiva, legislativa ou judiciária, competente para conferir eficácia ao dispositivo que se queda inerte ou o órgão administrativo responsável pela adoção da medida. Entende-se por medida de índole administrativa aquela relacionada, exemplificativamente, às atribuições relativas ao poder regulamentar<sup>81</sup>, à expedição de certo regulamento por determinada autarquia, para concretização de certo dispositivo constitucional.

---

CAUTELAR. DEFERIMENTO PARCIAL. 1. O governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado. 2. A suspensão liminar da eficácia e execução de leis e atos normativos, inclusive de preceitos consubstanciados em textos constitucionais estaduais, traduz medida cautelar cuja concretização deriva do grave exercício de um poder jurídico que a Constituição da República deferiu ao Supremo Tribunal Federal. *A excepcionalidade dessa providência cautelar impõe, por isso mesmo, a constatação, hic et nunc, da cumulativa satisfação de determinados requisitos: a plausibilidade jurídica da tese exposta e a situação configuradora do periculum in mora.* Precedente: ADIN nº. 96-9 - RO (Medida Liminar, DJ de 10/11/89).

<sup>80</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51. Apenas a título de esclarecimento, por permissão do mandamento constitucional previsto no art. 125, § 2º, a Constituição do Estado do Ceará, em seu art. 127, IV estabeleceu que o Defensor-Geral é parte legítima para propor a ação direta de inconstitucionalidade, a direta de inconstitucionalidade por omissão e a declaratória de constitucionalidade.

<sup>81</sup> Apenas a título de esclarecimento, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 78-82), o poder regulamentar é uma das espécies de poder normativo. Pode, então, ser conceituado como “o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios de editar normas complementares à lei, para a sua fiel execução”. Está previsto no art. 84, IV, CF.

## 4.2 Requisitos da petição inicial

Primeiramente, preconiza o art. 282, CPC os requisitos que devem ser observados no momento da propositura da ação, como, por exemplo, a indicação do juiz ou tribunal a que é dirigida, no presente caso, o STF, os nomes dos legitimados, ativo e passivo, o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, porque, como a petição inicial é “a forma da demanda<sup>82</sup>”, por isso a relevância de ser demonstrado, ao juízo, de logo, todas as especificações relacionadas à causa, a fim de delimitar o conhecimento da matéria ora impugnada.

Aliado a isso, no direito processual brasileiro, predomina a forma escrita para o ingresso com a petição inicial, bem como, hodiernamente, em virtude da virtualização progressiva dos órgãos jurisdicionais, a ADO é interposta exclusivamente por meio eletrônico<sup>83</sup>.

Em seguida, de maneira específica, o art. 12-B, I, Lei n. 9.868/1999 é bastante claro no sentido de mostrar a necessidade de indicar a omissão inconstitucional, seja parcial, seja total, por meio, sobretudo, das cópias dos documentos que possam comprovar a mencionada ofensa (art. 12-B, parágrafo único, parte final, Lei n. 9.868/1999 c/c art. 283, CPC). Será, aberto, então, um tópico específico na exordial para destacar o descumprimento total ou parcial do dever específico de legislar ou da adoção de providência de medida de índole administrativa. O objeto, então, da ADO, diferentemente do MI, não congrega um limite material, pois, diante de qualquer omissão inconstitucional, será possível ingressar com o referido instrumento<sup>84</sup>. Em

---

<sup>82</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 01. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 397.

<sup>83</sup> De acordo com o art. 18, da Resolução n. 417, de 20 de outubro de 2009, do STF, a ADO, juntamente com a ADC, ADI e demais classes processuais indicadas, será processada, exclusivamente, por meio eletrônico (*e-STF*). Recentemente, a Resolução n. 427/2010, em seu art. 19, contemplou mais classes processuais que devem ser peticionadas somente eletronicamente, como o MI. Informação disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO417-2009.PDF>> e <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO427-2010.PDF>>. Acessado em 02 de agosto de 2010.

<sup>84</sup> Para comparações entre ambos os institutos, vide BRAGA, Valeschka e Silva. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**: reflexões à luz do Direito Comparado. Disponível na internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 01 de agosto de 2010 e OLIVEIRA, Phellipe Toledo Pires de. **Das omissões legislativas inconstitucionais e seus instrumentos de combate à luz dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

sentido análogo, o art. 3º, I, do mesmo diploma legal, bem como o art. 14, I, exigem, respectivamente, em sede de ADI e ADC, a demonstração do dispositivo de lei ou o ato normativo impugnado.

Além disso, é imprescindível, finalmente, a demonstração do pedido com as suas especificações (art. 12, B, II, Lei n. 9.868/1999). Mais uma vez, esse dispositivo guarda simetria com o estabelecido nos procedimentos da ADI e ADC (art. 3º, II e art. 14, II, Lei n. 9.868/1999).

Ressalta-se que, como o STF é o guardião máximo da Constituição (art. 102, *caput*, CF), prevalece o entendimento acerca da causa de pedir aberta, porquanto, no desempenho dessa função, que se afigura, muitas vezes, eminentemente política<sup>85</sup>, principalmente, no controle de constitucionalidade, não podendo o referido Tribunal ficar adstrito ao julgamento somente com as eventuais fundamentações jurídicas formuladas. Não deverá, assim, ser aplicada a correlação, comumente existente na seara processual, entre a decisão judicial e o pedido<sup>86</sup>.

Em seguida, será liminarmente indeferida a petição inicial que for considerada inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente. O conceito de inépcia está contido no art. 295, CPC, o qual traz as seguintes hipóteses: a) falta de pedido ou causa de pedir; b) a narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; c) o pedido for juridicamente impossível e d) contiver pedidos incompatíveis entre si. Já a ausência de motivação, relaciona-se, justamente, com a imprescindibilidade de ser transmitido ao juízo todas as circunstâncias da causa, com a sua respectiva fundamentação jurídica e, no tocante ao indeferimento de inicial manifestamente improcedente, cabe ao relator, em suma, a verificação dos requisitos de admissibilidade da causa. Lembra-se, conforme lecionam Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira<sup>87</sup>,

---

<[http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano\\_VIII\\_junho\\_2008/Das%20omiss%C3%B5es%20legislativas%20-%20Phelippe.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_junho_2008/Das%20omiss%C3%B5es%20legislativas%20-%20Phelippe.pdf)>. Acessado em: 01 de agosto de 2010.

<sup>85</sup> Conforme Francisco Gérson Marques de Lima (2009, p. 74-77), o autor esclarece que o STF também possui uma função política, porque se coloca no ápice da pirâmide judiciária, no cume do Poder Judiciário, ao desenvolver a função estatal da jurisdição, bem como não existe poder apolítico dentro da formação estatal.

<sup>86</sup> Leciona Humberto Theodoro Júnior, na obra **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**, (2007, p. 574), que o princípio da congruência entre o pedido e a sentença é uma decorrência necessária da garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF). Dessa forma, como se está diante de um processo objetivo, reforça-se o princípio da *causa petendi aberta*.

<sup>87</sup> DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. In: DIDIER JR., Fredie. **Ações constitucionais**. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2009, p. 441.

acerca do indeferimento liminar que, mesmo em sede de ADC e ADI, poderá ser aplicado no exame da ADO o seguinte posicionamento:

o indeferimento da petição inicial é decisão que obsta liminarmente o prosseguimento da causa, pois não se admite o processamento da demanda. Não se recomenda, contudo, o indeferimento indiscriminado. Conquanto os arts. 4º e 15 não façam menção expressa à possibilidade de emenda, a petição inicial somente deve ser indeferida se não houver possibilidade de correção de vício ou, se havendo essa possibilidade e tendo sido ela conferida ao autor, este tiver deixado de atender à determinação. Essa é, a nosso sentir, a interpretação que melhor se coaduna com o interesse público que orienta os procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade com os princípios da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais.

Dessa decisão de indeferimento liminar, caberá agravo regimental para o Plenário do STF, no prazo de cinco dias consoante o art. 12-C, Lei n. 9.868/1999 c/c art. 317, Regimento Interno do STF<sup>88</sup>.

Não será admitida, igualmente, a desistência na propositura da ADO (art. 12-D, Lei n. 9.868/1999), porque, em virtude da supremacia constitucional e do compromisso com a força normativa, apregoados pelo Neoconstitucionalismo, qualquer violação aos seus preceitos não deve, de forma alguma, permitir que o prosseguimento do controle de constitucionalidade fique ao alvitrío dos legitimados. O mesmo ocorre com a ADI e ADC (art. 5º e art. 16, Lei n. 9.868/1999)<sup>89</sup>.

Com essa abordagem feita, o estudo, no próximo tópico, será destinado às fases do procedimento da ADO.

---

<sup>88</sup> Art. 317, Regimento Interno do STF. Art. 317. Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte. § 1º A petição conterà, sob pena de rejeição liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada. § 2º O agravo regimental será protocolado e, sem qualquer outra formalidade, submetido ao prolator do despacho, que poderá reconsiderar o seu ato ou submeter o agravo ao julgamento do Plenário ou da Turma, a quem caiba a competência, computando-se também o seu voto. § 3º Provido o agravo, o Plenário ou a Turma determinará o que for de direito. § 4º O agravo regimental não terá efeito suspensivo.

<sup>89</sup> Apenas a título de esclarecimento acerca de uma melhor compreensão no concernente à desistência, no âmbito processual penal, por exemplo, o Ministério Público é o responsável por promover, privativamente, a ação penal pública (art. 129, I, CF). Assim, por ter a sociedade o legítimo interesse na apuração das infrações penais, o art. 42, CPP preconiza que o Ministério Público não poderá desistir da ação penal. Se for desenvolvido um raciocínio análogo, então, toda a comunidade política possui interesse no processamento de qualquer espécie de inconstitucionalidade, por isso a proibição da desistência. Ainda, no controle concentrado, acolhe-se o entendimento já esposado pelo STF de que, em caso de o legitimado ativo ser partido político e este venha perder a representação no Congresso Nacional, não afetará o prosseguimento da ADI, por exemplo, porque a legitimidade deve ser verificada no momento da propositura da ação.

### 4.3 Procedimento

Em relação ao procedimento, o art. 12-E, Lei n. 9.868/1999 informa, inicialmente, que, naquilo que for compatível, serão aplicadas as disposições referentes ao procedimento da ADI. Há, pois, uma aplicação supletiva. Serão enunciadas, a seguir, as principais fases do processamento e julgamento da ADO.

Dessa forma, ao ser interposta a ADO e esta não contenha pedido de medida cautelar, o relator pedirá informações, no prazo de trinta dias, a contar da data do recebimento do pedido, à autoridade responsável pela omissão apontada, consoante é possível inferir da dicção do art. 6º, Lei n. 9.868/1999.

Não será, igualmente, aceita a intervenção de terceiros, porque não há partes, consoante já salientado. A figura do *amicus curiae*, contudo, poderá ser permitida, caso o relator assim se manifeste, como forma de aproximar a discussão das questões fáticas. Além disso, o *amicus curiae* reforça o processo democrático em sede de controle concentrado.

Nesse sentido, ainda, o art. 12-E, § 1º, Lei n. 9.868/1999 permite a manifestação dos demais legitimados ativos para aprofundar o conhecimento da matéria, uma vez que, por se tratar de um processo eminentemente objetivo, o STF deve se cercar de todas as informações possíveis, para um melhor entendimento da situação apresentada. É facultada a apresentação de memoriais.

Posteriormente, poderá ser ouvido o Advogado-Geral da União, no prazo de quinze dias, caso o relator assim entenda, mas o Procurador-Geral da República deverá se manifestar em todos os processos de competência do STF, no período também de quinze dias, após o decurso do prazo das informações (art. 12, §§ 2º e 3º, Lei n. 9.868/1999 c/c art. 103, § 1º, CF).

Seguidamente, o relator lançará o relatório, com cópia para todos os ministros e pedirá dia para julgamento.

#### 4.4 Medida cautelar

A possibilidade de concessão de medida cautelar pelo STF em sede de ADO, notadamente as relacionadas à omissão total, sempre foi refutada por sua jurisprudência<sup>90</sup>, uma vez que, como a decisão final se dirigia a uma simples ciência à função estatal de sua mora, não existiam, portanto, razões lógicas para a previsão desse instituto<sup>91</sup>.

O art. 12-F, Lei n. 9.868/1990, no entanto, passou a admitir a concessão de providência cautelar, em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, após a audiência dos órgãos ou das autoridades responsáveis pela omissão, os quais deverão se pronunciar em cinco dias. Trata-se, inegavelmente, de um conceito indeterminado, pois a urgência e relevância da matéria deverão ser verificadas casuisticamente e ficará a critério do Tribunal determinar essas definições.

---

<sup>90</sup> Conforme, por exemplo, a ADI-MC 267 / DF, sob a relatoria do Min. Celso de Mello, j. 25/out/1990, que recebeu a seguinte ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - RESOLUÇÃO Nº 16.336/90 - INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO - MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS - INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - BANCADA PAULISTA NA CÂMARA FEDERAL - ELEVAÇÃO IMEDIATA PARA 70 DEPUTADOS FEDERAIS - FUNÇÃO DO S.T.F. NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - SUA ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR NEGATIVO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 45, § 1º) - REGRA QUE NÃO É AUTO APLICÁVEL - MORA CONSTITUCIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO AUTOMÁTICA DA REPRESENTAÇÃO PARLAMENTAR - SUSPENSÃO CAUTELAR INDEFERIDA. - A norma consubstanciada no art. 45, § 1º, da Constituição Federal de 1988, reclama e necessita, para efeito de sua plena aplicabilidade, de integração normativa, a ser operada, mediante adequada intervenção legislativa do Congresso Nacional (interpositio legislatoris), pela edição de lei complementar, que constitui o único e exclusivo instrumento juridicamente idôneo, apto a viabilizar e concretizar a fixação do número de Deputados Federais por Estado-membro. - A ausência dessa lei complementar (vacuum juris), que constitui o necessário instrumento normativo de integração, não pode ser suprida por outro ato estatal qualquer, especialmente um provimento de caráter jurisdicional, ainda que emanado desta Corte. - O reconhecimento dessa possibilidade implicaria transformar o STF., no plano do controle concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que ele próprio se tem recusado a exercer. - O Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos (e não de omissões) inconstitucionais, um juízo de exclusão, que consiste em remover, do ordenamento positivo, a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na Carta Política. - **A suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que está em mora constitucional. (grifou-se).**

<sup>91</sup> Tanto na ADI quanto na ADC é possível a concessão de medida cautelar, consoante a redação dos arts. 10 a 12 e 21, Lei n. 9.868/1999.

Então, o deferimento da liminar será dado por maioria absoluta dos membros do STF. Caso seja período de recesso, esclarece o art. 13, VIII, do Regimento Interno do Tribunal, que cabe ao Presidente a decisão de questões urgentes.

Tal tutela de urgência procura, justamente, evitar que, como a própria inconstitucionalidade por omissão já causa uma sensação de insegurança no ordenamento, até a decisão do STF, o referido Tribunal poderá, por exemplo, suspender a aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial ou ocorrer a paralisação de processos judiciais ou de procedimentos administrativos (art. 12-F, § 1º, Lei n. 9.868/1999). Apresenta-se, desta forma, um rol exemplificativo das medidas cautelares a serem adotadas pelo STF.

Acompanhando-se tal raciocínio, acredita-se que, mesmo em caso de omissão total, será possível a concessão da referida tutela, pois, se for tomada como exemplo a ausência de lei no tocante à concessão do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, consoante previsto no art. 7º, XXI, CF, um direito, inegavelmente, fundamental<sup>92</sup>, poderia se chegar à situação de que os magistrados da Justiça do Trabalho, em sede de controle difuso, ao reconhecerem a omissão inconstitucional, concedessem a cada demandante um valor diferenciado. Dessa forma, ante a inegável situação de insegurança jurídica, o STF, no âmbito da ADO, poderia conceder a medida cautelar, com o fito de suspender os referidos processos até o julgamento de mérito da ação.

Ainda, caso o relator julgue indispensável, o Procurador-Geral da República será ouvido em três dias (art. 12-F, § 2º, Lei n. 9.868/1999). O Advogado-Geral da União, igualmente, poderá ser ouvido no mesmo prazo (art. 10, § 1º, Lei n. 9.868/1999).

Além disso, será facultada a sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional (art. 12-F, § 3º, Lei n. 9.868/1999).

Somente em caso de excepcional urgência, poderá o Tribunal deferir a medida liminar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades responsáveis pela omissão (art. 10, § 3º, Lei n. 9.868/1999).

---

<sup>92</sup> Hodiernamente, o art. 487, CLT regulamenta o aviso prévio. Assim, por força do mandamento constitucional acima citado, o primeiro inciso desse dispositivo não foi recepcionado; sendo, portanto, de trinta dias o prazo assinalado.

Quanto aos efeitos, a providência cautelar será dotada de efeitos *erga omnes*, bem como não retroativos. Fica, entretanto, a cargo do STF a concessão de eficácia retroativa (art. 11, § 1º, Lei n. 9.868/1999).

Caso seja concedida a medida liminar, o STF fará publicar, em sessão especial do DOU e do DJ da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de dez dias. Posteriormente, deverão ser solicitadas informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão (art. 12-G, Lei n. 9.868/1999).

Finalmente, o art. 12, Lei n. 9.868/1999 traz um procedimento sumário para o processamento da ADO, quando houver pedido de cautelar, caso em que o rito a ser aplicado será mais célere, ante, justamente, a relevância da matéria e de especial significado para a ordem social e segurança jurídica.

Assim, após a prestação das informações no prazo de dez dias, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, em cinco dias, para que, posteriormente, a ação seja submetida diretamente ao STF, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

#### **4.5 Decisão**

Antes de adentrar o cerne propriamente das teorias atinentes ao estudo dos efeitos da decisão em sede de ADO, bem como suas implicações no ordenamento jurídico, é preciso esclarecer que a decisão acerca da inconstitucionalidade por omissão será tomada por maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 97, CF c/c art. 23, Lei n. 9.868/1999), desde que presentes pelo menos oito ministros (art. 22, Lei n. 9.868/1999).

Após, então, o julgamento da referida ação, será feita a comunicação à autoridade ou órgão responsável pelo vício (art. 26, Lei n. 9.868/1999). Além disso, dentro do prazo de dez dias, após o trânsito em julgado da decisão, o STF fará publicar em seção especial do DJ e do DOU a parte dispositiva do acórdão (art. 27, Lei n. 9.868/1999).

Com arrimo nessas primeiras considerações, destaca-se, de logo, o fato de que é assente no Brasil a adoção da teoria não concretista, ou seja, ao ser declarada a omissão inconstitucional, será apenas dada ciência ao Poder competente, para que sejam

tomadas as providências cabíveis, a fim de sanar o vício, consoante a redação do art. 12-H, Lei n. 9.868/1999.

Não foi, portanto, contemplada pelo legislador a prerrogativa que algumas Cortes Constitucionais possuem, como a da Alemanha<sup>93</sup>, de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente ou até mesmo a possibilidade de fixar um prazo para a função estatal, a fim de que seja cumprida a vontade constituinte.

Quando, entretanto, se tratar de medida a ser tomada por órgão administrativo, em um tratamento completamente diferenciado do explicitado há pouco, aquele deverá sanar em trinta dias ou em prazo razoável a ser fixado pelo STF, a depender das circunstâncias específicas do caso e do interesse público envolvido, a omissão detectada (art. 12-H, § 1º, Lei n. 9.868/1999). Em crítica a esse dispositivo que também possui previsão constitucional, Gilmar Mendes<sup>94</sup> aceita que:

(...) no que concerne à omissão administrativa, deverá o órgão administrativo ser cientificado para atuar em trinta dias. Considerando o quadro diferenciado que envolve a omissão do ato administrativo, afigura-se algo ilusório o prazo fixado. Se se tratar de edição de ato administrativo de caráter regulamentar, muito provavelmente esse prazo há de revelar-se extremamente exíguo. Em outros casos, que demandam realização de medidas administrativas concretas (construção de escolas, hospitais, presídios, adoção de determinadas políticas complexas etc.), esse prazo mostra-se ainda mais inadequado.

Nesse diapasão ainda, embora as funções estatais sejam independentes e harmônicas, segundo a redação do art. 2º, CF, muitos defendem o argumento de que a separação dos poderes seria um óbice insuperável para admitir que o retromencionado Tribunal pudesse legislar positivamente, de maneira provisória, ou fixasse um prazo para que o Legislativo ou Executivo corrigisse a mora. Já foi defendido em linhas atrás que o ativismo judicial deve ocorrer quando se tratar da ausência de uma omissão infundada, como ocorre, indubitavelmente, nos casos de declaração de inconstitucionalidade por omissão. Aliado a isso, há, na verdade, um predomínio das funções estatais, o que deve ser compreendido no contexto do compromisso de todos os poderes com a força normativa do discurso, por isso, repita-se, a mora estatal não

---

<sup>93</sup> Ensina Valeschka e Silva Braga que o recurso constitucional alemão, quando apreciado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, esta Corte pode vir a revogar a decisão contestada, o que pode conduzi-la a declarar a nulidade de uma lei ou até mesmo suprir a omissão do Poder Público.

<sup>94</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direitos constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1250.

poderá inviabilizar, quando ultrapassar os limites temporais da razoabilidade para a feitura da lei ou de certa política pública, exemplificativamente, a fruição de certo direito fundamental.

Finalmente, a decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão tem natureza mandamental, eficácia contra todos, diversamente do MI, consoante já exposto, e, a depender do caso concreto, poderá ter efeitos retroativos, já que esse vício, certamente, compromete a efetiva aplicação dos direitos e garantias que deveriam ser assegurados a todos os membros da comunidade política brasileira.

## 5 VALORES CONSTITUCIONAIS<sup>95</sup>

### 5.1 Valores constitucionais a partir de 1988 e possibilidade de modificação pelo legislador derivado

Inicialmente, o Poder Constituinte Originário, como “o ‘poder’, a ‘força’, ou ‘autoridade’ política que está em condições de, em determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como a lei fundamental da comunidade política<sup>96</sup>”, transporta para o texto constitucional, mediante a consciência jurídica, os anseios, a estrutura governamental, a abordagem dada aos direitos fundamentais de determinado povo, titular desse poder.

Assim, o discurso constitucional passa a desempenhar, então, o papel de pacto vivencial, porquanto “se constitui no mínimo denominador comum da sociedade, no núcleo normativo em que cada cidadão se reconhece como membro da coletividade<sup>97</sup>”.

---

<sup>95</sup> Este capítulo foi fruto do trabalho da autora, intitulado Valores constitucionais originários e reforma constitucional, publicado na **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará**. Ano 02, n. 1., jan./jun. de 2010.

<sup>96</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 65.

<sup>97</sup> AGRA, Walber de Moura. A Constituição cidadã como pacto vivencial da sociedade. In: **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. XVII. Nesse mesmo diapasão, é a

Com amparo nesses breves comentários, é preciso destacar, desde logo, a identidade constitucional brasileira, apreendida no “domínio intersubjetivo circunscrito pelo discurso constitucional”, com base nos ensinamentos de Rosenfeld<sup>98</sup>, a fim de delimitar os valores originários consagrados no ordenamento pátrio, porque “essa identificação permitirá o desenvolvimento da noção de que vivemos em uma comunidade política organizada, na qual os membros se identificam com esta e com o sistema de direito<sup>99</sup>”.

Portanto, a identidade constitucional pátria é dirigida para a instituição de um efetivo Estado Democrático de Direito, cujo objetivo primordial é a concretização de uma sociedade livre, justa e solidária (arts. 1º, *caput* e 3º, I, ambos da CF/1988). Delimitada com suporte na negação dos anseios ditatoriais, a CF reforçou, desde o preâmbulo, a ideia de que toda a comunidade política pátria está voltada para a consagração de uma democracia, voltada para a garantia da liberdade, justiça e solidariedade<sup>100</sup>.

A pluralidade, como característica inata do próprio constitucionalismo e reconhecidamente presente na sociedade brasileira, não constituirá obstáculo para a construção dessa identidade, porque, justamente, a consciência jurídica apontará para os valores que representam aquela coletividade.

Com a delimitação desse conceito, os valores originários, pois, serão, exatamente, aqueles apontados pela identidade constitucional, os quais formarão o material genético da sociedade brasileira, que, se porventura for modificado, a descaracterizará por completo; retirando, portanto, o seu traço identificador comum aos membros. É preciso reforçar tanto a fidelidade<sup>101</sup> quanto o sentimento constitucional<sup>102</sup>, os quais culminarão no fortalecimento dos valores originários.

---

lição de SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 8.

<sup>98</sup> ROSENFELD, Michael. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 40.

<sup>99</sup> SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva**. 45f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2009, p. 04.

<sup>100</sup> Acerca da construção da identidade constitucional brasileira, p. 04-14 da monografia mencionada. Igualmente, Carlos Ayres Brito, em **A Constituição e os limites de sua reforma**, esboça que a “democracia é o valor dos valores de toda a constelação axiológica da Constituição de 1988”, por isso reconhecê-la como a quintessência ou o ser da Constituição.

<sup>101</sup> Gisela Maria Bester, em **Dezesseis anos de Constituição federal, STF e interpretação retrospectiva**: prejuízo aos direitos fundamentais pela falta de vontade de constitucional, ao tempo que reconhece a abertura necessária do texto constitucional, demonstra a relevância da fidelidade

Em suma, não se pode esquecer de que a CF adota um constitucionalismo social, por isso a importância de interpretar, aplicar e modificar o texto constitucional tendo por fundamento a realização efetiva de uma democracia, que objetiva a realização de todos os valores contidos no art. 3º, CF/1988 de cunho, essencialmente, social. Não é admitido, reforça-se pela atual ordem jurídica, que a Constituição seja destituída de sua força normativa, devido à desvirtuação de seus valores-paradigmas, o que viria a comprometer, igualmente, o ideal de justiça almejado pelo texto.

Traçadas essas premissas acerca dos valores originários, em uma análise, inicialmente, quantitativa, tem-se que a Constituição de 1988, até o presente momento, já foi objeto de setenta emendas, incluídas as seis emendas constitucionais de revisão, ao passo que a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, nesses sessenta anos de existência, foi alterada cinquenta e quatro vezes<sup>103</sup>.

Com esteio nessa consideração, a qual apenas teve o cunho de demonstrar que, de fato, o texto constitucional brasileiro já foi objeto de inúmeras modificações, pelo menos do ponto de vista numérico, serão abordadas, em um viés sociológico constitucional, duas emendas operadas pelo legislador derivado que, apesar de terem modificado a vontade da Constituição, retirando-lhe a sua força normativa, foram consideradas em consonância com a axiologia proposta pelo constituinte de 1988, ao serem objeto de impugnações, direta ou indiretamente, perante o STF.

Nessa seara de raciocínio, a primeira modificação a ser tratada diz respeito à adoção da reeleição para o chefe do Poder Executivo no ordenamento pátrio, com a promulgação da Emenda n. 16, de 04 de junho de 1997, que modificou a redação do art. 14, § 5º.

Dessa forma, malgrado os posicionamentos favoráveis ao entendimento de que o referido instituto é mais uma expressão do princípio democrático, alberga-se, contudo, o pensamento de que, realmente, a emenda rompeu com a tradição histórica brasileira, porquanto, além de não ter sido precedida sequer de qualquer instrumento

---

constitucional, pautada em uma interpretação voltada para a maximização e efetivação dos direitos fundamentais.

<sup>102</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>103</sup> No original, Dieter Grim, em *Identity and Change* (Identidade e Mudança), informa que “*the Basic Law, whose 60th anniversary we celebrate today, is not identical with the Constitution that was enacted on 23 May 1949. In the sixty years of its existence, it has been amended fifty-four times*”.

que pudesse expressar a vontade popular, como o plebiscito ou referendo, a fim de atestar a legitimidade da proposta, o povo não concordava com a reeleição.

Atualmente, consoante a lição de Cristina Queiroz<sup>104</sup>, “a democracia necessita de ‘discussão política’ e ‘argumentos racionais’. Daí a acentuação das exigências hodiernas de uma *concepção deliberativa de democracia* (grifos da autora)”. Com efeito, o povo brasileiro, nesse debate, não foi sequer consultado, a fim de, por exemplo, aprimorar a redação do texto constitucional.

Houve, portanto, desprezo em relação ao sentimento populacional, tanto que a reeleição do então presidente à época, Fernando Henrique Cardoso, ocorreu com apenas um terço dos votos válidos, demonstrando que a comunidade pátria não comungava com a aprovação de tal instituto. A democracia brasileira ainda precisa muito amadurecer, pois apresenta uma grande distância entre as normas formais e o funcionamento das instituições políticas, por exemplo, conforme explica Guillermo O’Donnel<sup>105</sup>.

Em seguida, a emenda n. 40, de maio de 2003, alterou completamente a redação do art. 192, CF/1988, o qual previa, dentre outras diretrizes para o sistema financeiro nacional, a limitação de juros reais de até doze por cento anuais. Antes de adentrar o cerne da questão, é necessário denotar que o Estado social, como se apresenta o modelo brasileiro, permite o intervencionismo estatal na seara, por exemplo, econômica. Há, sob essa ótica, até um capítulo referente aos princípios gerais da atividade econômica.

Assim, a supressão de tal dispositivo se apresenta na contramão do modelo social há pouco citado pelo atual discurso constitucional. Gisela Bester<sup>106</sup> chega a defender o argumento de que a limitação originariamente proposta se apresentara como um direito fundamental, já que os indivíduos devem ter um mínimo de segurança nas suas relações econômicas.

---

<sup>104</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional**: as instituições do estado democrático e constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 417.

<sup>105</sup> O’DONNEL, Guillermo *apud* MORAES, Filomeno. **A Constituição de 1988 e a reforma política**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/artigos/Filomeno\\_rev72.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Filomeno_rev72.htm)>. Acessado em 01 de abril de 2010.

<sup>106</sup> BESTER, Gisele Maria. Dezesseis anos de Constituição federal, STF e interpretação retrospectiva: prejuízo aos direitos fundamentais pela falta de vontade de constitucional. In: **Direito constitucional contemporâneo**: homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 340.

É interessante, porém, observar que, a despeito das inúmeras controvérsias referentes à aplicação desse dispositivo, mais uma vez, o STF, descompassadamente em relação aos anseios sociais e à própria força normativa da Constituição, edita a súmula vinculante 7 para fixar o posicionamento de que o art. 192, § 3º não é auto aplicável; necessitando, pois, de uma legislação regulamentadora. Ratifica-se, então, o pensamento já fartamente esposado de que o legislador derivado parece desconhecer a identidade constitucional, o que o autoriza a desfigurar por completo a ordem constitucional vigente e com a anuência do pretenso guardião da Constituição.

## **5.2 Inconstitucionalidade por omissão e os valores constitucionais**

Com o que foi explanado, é possível inferir que o vício da inconstitucionalidade por omissão afeta, diretamente, os valores constitucionais ora descritos, porque, diante da mora estatal, há uma negação flagrante dos anseios ali positivados, o que compromete a efetividade do discurso.

O ativismo judicial, pois, como reiteradas vezes propagado, assume, hoje, a função de garantir esses valores, na busca incessante pela concretização, no Poder Judiciário, da identidade constitucional brasileira.

A relação, portanto, entre inconstitucionalidade por omissão e valores constitucionais é patente, porque, no cenário constitucional brasileiro, pode-se identificar o fato de que alguns direitos sociais, apesar de a CF adotar o modelo de um Estado Social, ainda não poderem ser completamente usufruídos por seus titulares, pois necessitam, em determinados casos, de uma legislação para efetivar os seus preceitos e, em outras, de políticas públicas, já que estas se mostram ausentes ou deficientes na realização do direito tutelado constitucionalmente. Nesse sentido, os direitos sociais “não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável”<sup>107</sup>, porque emana da sociedade a sua realização como valor para uma existência digna.

---

<sup>107</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 2002, p. 20. No

Finalmente, como a temática da inconstitucionalidade por omissão, será, pela análise do ordenamento pátrio, solucionada *a priori* pelo Poder Judiciário, notadamente por meio de sua Corte Suprema, o STF, que possui a incumbência de garantir a supremacia do texto constitucional, ao não permitir qualquer espécie de afronta aos preceitos da Carta, seja por ato comissivo, seja omissivo, por ser o seu guardião, serão analisadas no capítulo seguinte a jurisprudência desse Tribunal em relação algumas omissões detectadas no ordenamento e a solução aplicada em cada caso.

## 6 COMABATE ÀS INCONSTITUCIONALIDADES POR OMISSÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O STF, cuja função, reiteradas vezes afirmado, é a guarda do texto constitucional, por força de vontade expressa do Poder Constituinte Originário, possui uma importante missão, no ordenamento jurídico pátrio, de combater a inconstitucionalidade por omissão na seara do controle de constitucionalidade concentrado.

Então, neste segmento, serão analisados cinco temas abordados pela referida Corte, bem como os efeitos que foram dados a essas decisões, seja em sede de MI, seja em sede de ADO, a fim de que se possa traçar um perfil da evolução ou não da jurisprudência em relação ao combate à inércia estatal e comparar com os preceitos da novel legislação.

Nessa seara de raciocínio, de acordo com informações colhidas no sítio do STF<sup>108</sup>, até o dia 30 de junho de 2010, somente tinham sido interpostas oito ações de inconstitucionalidade por omissão, sendo que desse total cinco ainda aguardavam

---

mesmo sentido, vide QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Portugal: Coimbra Editora, 2006.

<sup>108</sup> Informação disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=ado>>. Acessado em 05 de agosto de 2010.

juízo, pois uma foi julgada improcedente e duas não conhecidas. Até 31 de julho de 2010, ainda não tinha sido interposta nenhuma ADO no corrente ano<sup>109</sup>.

Já em relação à legitimidade ativa, a maioria das ações ou fora impetrada por um partido político ou por uma confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Somente há uma situação de interposição pelo governador de Estado<sup>110</sup>.

Com relação ao MI, a quantidade de ações impetradas é bem superior, somente no ano de 2009, mil trezentos e oitenta e nove processos foram distribuídos<sup>111</sup>.

Dessa forma, pode-se inferir desses números, desde logo, que há uma atuação ainda bastante tímida dos legitimados ativos da ADO no combate à mora estatal, pois, se de um lado há uma quantidade razoável de MI, o que demonstra haver omissões inconstitucionais a serem sanadas, de outro, a manifestação do Tribunal já se apresenta diminuta, em virtude, certamente, da pouca provocação.

Com base neste fato, serão tratados, primeiramente, o reconhecimento pelo STF do direito de greve aos servidores públicos, por força do art. 37, VII, CF e a concessão de aposentadoria especial, nos termos do art. 40, § 4º, CF.

Assim, no tocante à primeira decisão, o Tribunal, ao julgar três mandados de injunção<sup>112</sup>, além de ter reconhecido a mora legislativa, propôs que, enquanto não houver a regulamentação específica prevista no art. 37, VII, CF, deverá ser aplicada, no que couber, a Lei n. 7.783/1989, a qual versa acerca da greve na iniciativa privada.

Além disso, nos referidos julgados, foi estendida, no controle difuso, eficácia *erga omnes* a esse posicionamento, o que, de fato, ensejou inúmeras críticas, haja vista que assemelhou o MI à ADO; esvaziando, pois, o primeiro instituto.

Quanto à concessão da aposentadoria especial, mais uma vez, em sede de MI, foi garantido o referido direito, previsto no art. 40, § 4, CF, aos servidores que ingressaram perante o STF para lhes assegurar uma aposentadoria diferenciada, tendo

---

<sup>109</sup> Informação disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>. Acessado em 05 de agosto de 2010.

<sup>110</sup> Informação disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adolegitimado>. Acessado em 05 de agosto de 2010.

<sup>111</sup> Informação disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>. Acessado em 05 de agosto de 2010.

<sup>112</sup> Vide MI 670 / ES; MI 708 / DF e MI 712 / PA.

em vista o desempenho de suas funções no serviço público em atividade considerada insalubre<sup>113</sup>.

Em seguida, já, em relação ao art. 18, § 4º, CF, foi exigida pela EC n. 15/1996 a elaboração de LC federal para regulamentar a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios. Assim, no julgamento da ADO 3682<sup>114</sup>, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi estabelecido um prazo de dezoito meses para que o Poder Legislativo tomasse todas as medidas necessárias para o cumprimento da referida norma constitucional<sup>115</sup>.

Percebe-se, desde já, que, diversamente do que ocorrido nos dois primeiros casos comentados, o STF adotou, na situação da LC para criação dos municípios, um posicionamento de fixação de um prazo para a feitura da legislação, a fim de procurar não legislar positivamente, já que a Corte, como se viu, em determinadas circunstâncias,

---

<sup>113</sup> Vide MI 721 / DF e MI 758 / DF.

<sup>114</sup> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (STF, ADI 3682 / MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/mai/2007).

<sup>115</sup> Até o presente momento não foi editada a lei complementar a que alude o art. 18, § 4º, CF. No entanto, o art. 96, ADCT afirma que “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”.

aceita a possibilidade de corrigir a lacuna inconstitucional, por meio de aplicação de regramento existente previamente na ordem.

Então, outro entendimento adotado pelo Tribunal é justamente o simples reconhecimento da mora estatal, como preconiza o art. 12-H, Lei n. 9.868/1999, o que foi adotado nas hipóteses do aviso prévio proporcional e da constatação da necessidade de criação de cargos de auditores e membros do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas em simetria com o modelo federal no Tribunal de Contas do Estado do Ceará<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Vide, respectivamente, por exemplo, MI 695 / MA e ADI 3276 / CE.

## CONCLUSÃO

A ADO, juntamente com o MI, foi uma das grandes inovações da Carta de 1988, pois tenciona, justamente, combater a mora da função legislativa ou executiva na concretização dos mandamentos constitucionais, bem como a inércia dos órgãos administrativos. Destarte, a inconstitucionalidade por omissão afronta, igualmente, a força normativa do texto, porquanto as normas passam a ser dotadas de inefetividade, o que compromete o sentimento constitucional da comunidade política pátria.

Dessa forma, a Lei n. 12.063/2009, embora tardia, já que há mais de vinte anos se esperava por essa regulamentação, contribuirá, certamente, para o fortalecimento do controle de constitucionalidade concentrado e, conseqüentemente, do desempenho da jurisdição constitucional pelo STF.

Não se pode deixar de destacar, entretanto, o fato de que essa regulamentação possui alguns pontos controvertidos, como a ausência do cidadão do rol dos legitimados ativos para a propositura da referida ação e a adoção de soluções díspares para o tratamento da omissão inconstitucional, o que não reforça, portanto, o combate a esse vício e a própria axiologia proposta pelo Poder Constituinte Originário, consoante explanado no Capítulo 4.

Já, no que concerne à concessão de medida liminar na seara da ADO, acredita-se ter havido um avanço, uma vez que situações de tamanha insegurança jurídica poderiam surgir se fosse mantida, por exemplo, pelo Poder Público certa omissão parcial que viesse a malferir a isonomia. Assim, a medida cautelar, segundo demonstrado, também poderá ser requerida nas hipóteses de omissão total.

Além disso, a análise da jurisprudência do STF, feita, principalmente no Capítulo 6, apenas revela que o próprio Tribunal adota comportamentos ainda não uniformes no tratamento das omissões inconstitucionais, notadamente aquelas relacionadas à mora legislativa, pois, em determinadas situações, supre a lacuna mediante a utilização de um outro regramento já previsto no ordenamento, em outras, fixa um período para a manifestação da função legislativa e, em alguns, apenas reconhece a inércia, sem que sejam tomadas as providências necessárias para a correção efetiva da omissão.

Pode-se concluir, então, que, a despeito de ainda não se possuir a delimitação de uma verdadeira Corte Constitucional, bem como a temática do controle de constitucionalidade ter tido, no Brasil, um avanço significativo somente a partir de 1988, é forçoso o reconhecimento de que se vivencia um período de certa estabilidade, notadamente, econômica. Dessa forma, embora essa situação devesse favorecer a prolação de decisões mais afinadas com o sentimento constitucional, por meio dos valores esboçados, percebe-se, na realidade, um certo descompasso ainda entre as decisões emanadas do STF na ADO e os temas a que se relacionam.

O estudo, portanto, da jurisprudência do STF tem demonstrado uma atuação ainda bastante tímida no combate à inconstitucionalidade por omissão, principalmente em relação ao tratamento dado quando da ausência de atividade legiferante positiva, a qual é somente detectada no julgamento do MI ou da ADO, porém nada de concreto, em algumas situações de maior urgência, é realizado para garantir o direito fundamental violado, objeto desses remédios constitucionais, o que compromete, certamente, a identidade constitucional brasileira.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A constituição cidadã como pacto vivencial da sociedade. In: **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acessado em 09 de abril de 2010.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BESTER, Gisele Maria. Dezesseis anos de constituição federal, STF e interpretação retrospectiva: prejuízo aos direitos fundamentais pela falta de vontade de constitucional. In: **Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção: reflexões à luz do direito comparado**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=93](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=93)>. Acessado em: 29 de abril de 2010.

BRITO, Carlos Ayres. A constituição e os limites de sua reforma. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, jan./jun. 2003, p. 225-246.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

\_\_\_\_\_. **Constituição federal anotada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Portugal: Almedina, 2006.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 66.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

DIDIER JR., Fredie (Org). **Ações constitucionais**. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 01. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2008.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRIMM, Dieter. **The basic law at 60 – Identity and Change**. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1230>>. Acessado em 20 de janeiro de 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira – estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

LORENZO, Wambert Di. **Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 3.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional**. Tomo VI. 3. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

MORAES, Filomeno. **A constituição de 1988 e a reforma política**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/artigos/Filomeno\\_rev72.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Filomeno_rev72.htm)>. Acessado em 01 de abril de 2010

NETO, Eurico Bitencourt. **Mandado de injunção na tutela de direitos sociais**. Bahia: Juspodivm, 2009.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional.** Bahia: Juspodivm, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Phellipe Toledo Pires de. **Das omissões legislativas inconstitucionais e seus instrumentos de combate à luz dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em:  
<[http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano\\_VIII\\_junho\\_2008/Das%20omiss%C3%B5es%20legislativas%20-%20Phelippe.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_junho_2008/Das%20omiss%C3%B5es%20legislativas%20-%20Phelippe.pdf)>. Acessado em: 20 de abril de 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

POLLETI, Ronaldo. **Constituições brasileiras: 1934.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas justiciabilidade.** Portugal: Coimbra Editora, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de constitucionalidade das leis municipais.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira e MEYER-PFLUNG, Samantha Ribeiro. O controle abstrato nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva na constituição brasileira de 1988. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 7, p. 139-172, jan./jun. 2006.

ROSENFELD, Michael. **A identidade do sujeito constitucional.** Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, jan./jun. 2003, p. 631-680.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p 587-602.

\_\_\_\_\_. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, jan./jul. 2003, p. 607-630.

SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva.** 45f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2009.

\_\_\_\_\_. O papel do advogado-geral da união no controle de constitucionalidade concentrado. **Revista Themis.** Fortaleza, Vol. 05, jan./jul. 2007, p. 210-226.

\_\_\_\_\_. Valores constitucionais originários e reforma constitucional. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará.** Fortaleza, ano 1, n. 2, jan./jun. 2010. Disponível em: <[http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/6\\_Valores\\_const.pdf](http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/6_Valores_const.pdf)> Acessado em: 05 de agosto de 2010.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 01. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.