LUIZ HENRIQUE BOSELLI DE SOUZA

A CORRELAÇÃO DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS COM O SUPRIMENTO DAS OMISSÕES NORMATIVAS

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROFESSOR ASSOCIADO SÉRGIO RESENDE DE BARROS

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2010

LUIZ HENRIQUE BOSELLI DE SOUZA

A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito

Área de concentração: Direito do Estado

Orientador: Professor Associado Sérgio Resende De Barros

São Paulo

2010

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. **A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas.** Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Direito do Estado

Aprovado em: _____

Banca Examinadora

Prof. Associado Sérgio Resende de Barros (orientador)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

À minha família pelo auxílio, apoio e paciência, especialmente a meu pai, Osni de Souza, minha esposa, Vanessa, e minha tia, Neide Caricchio.

Ao Professor Sérgio Resende de Barros, pela amizade e orientação, desde minha iniciação no mestrado.

A todos os professores e colegas de pós-graduação da Universidade de São Paulo.

Ao Professor Carlos Blanco de Morais e à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pela gentileza e preciosa contribuição na elaboração deste trabalho.

RESUMO

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. **A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas.** 2010. 226 f. Tese (Doutorado) ─ Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao tratar exaustivamente de inúmeras matérias, acabou por remeter a regulamentação e implementação de diversas normas constitucionais ao legislador ordinário. Passados mais de vinte anos, porém, muitos desses direitos e garantais permanecem sem a necessária efetividade e, dentre os motivos para tanto, está a omissão normativa inconstitucional, decorrente do descumprimento do dever de produzir as leis que a Constituição Federal impôs aos poderes públicos para sua concretização. A questão crucial sobre as normas constitucionais que necessitam de regulamentação é que elas passaram a ser sinônimo de normas sem eficácia e, pois, sem efetividade. Este fato corrompe a vontade do constituinte e impede a realização do objetivo de se construir, por intermédio do papel transformador do direito, um Estado verdadeiramente de direito e democrático. Esse não é um problema novo, já tendo sido enfrentado por constituições brasileiras anteriores e por constituições de outros países. Também é um problema mais latente nas constituições sociais que, mais do que mera abstenções, impõem a concretização de prestações positivas e de políticas públicas mediante um planejamento adequado. A Constituição de 1988 dispensou especial atenção a essa particularidade ao prever a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a iniciativa popular, o que, entretanto, não se mostrou suficiente, como se infere do próprio tempo decorrido, desde a sua promulgação. Assim, sob o tema da correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas propõe-se o desenvolvimento dos instrumentos já existentes bem como a pesquisa de novas maneiras para se combater a omissão inconstitucional, contribuindo na busca pela concreta realização do Estado Democrático de Direito. Nesse campo, desponta a necessidade de reformulação de importantes instrumentos como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a iniciativa popular, a consolidação da nova jurisprudência que tem sido traçada em torno do mandado de injunção de modo a proporcionar o concreto exercício do direito, o reconhecimento da maior efetividade possível aos direitos e garantias fundamentais através do princípio da aplicabilidade imediata previsto na Constituição Federal de 1988, a possibilidade de se exercer o controle concreto da omissão concedendo eficácia ao preceito constitucional mediante a utilização de instrumentos de integração, a utilização das sentenças aditivas como uma possibilidade para a reparação das omissões e lacunas ofensivas ao princípio da igualdade, as chamadas omissões relativas, e imposição de responsabilidade civil ao Estado pelos danos decorrentes da omissão inconstitucional.

Palavras-chave: Controle. Inconstitucionalidade. Omissão. Efetividade

ABSTRACT

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. **A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas.** 2010. 226 f. Tese (Doutorado) ─ Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, when exhaustively dealing with innumerable issues, delegated the power of regulation and implementation of diverse constitutional rules to the legislator. However, passed more than twenty years, many of these rights and their guarantees remain without the necessary effectiveness and, among the reasons for that appear the unconstitutional normative omission. This omission is due to the noncompliance of the duty to create laws that the Federal Constitution imposes on the public administration. The crucial question about the constitutional law which requires regulation is that they have become synonymous of norms without efficacy and, therefore, without effectiveness. This is what corrupts the will of the Constituent and prevents the realization of the goal of building, through the law transformation's rule, a truly state of law and democraticy. This is not a new problem, already having been faced by previous Brazilian constitutions and constitutions of other countries. Also, it is a more latent problem in the social constitutions that, more than simple abstentions, which imposes the concretization of positive installments and public policies by means of an adequate planning. The 1988 Constitution paid special attention to this feature by predicting the direct applicability of fundamental rights and guarantees, the direct action of unconstitutionality by omission, the injunction and the popular initiative, however, did not reveal themselves as sufficient to fulfill the lacunae of the constitutional text, as this can be inferred of the elapsed time since its promulgation. Thus, under the subject of the correlation among the effectiveness of the constitutional rules with the supplement of the normative omissions it is proposed the development of already existing instruments and the realization of research for new ways to struggle with unconstitutional omission, contributing in the search for concrete realization of the democratic State of Law. In this field, it emerges the need for a revision of important instruments as the direct action of unconstitutionality by omission and the popular initiative, the consolidation of the new jurisprudence that has been drawn around the injunction, in order to provide the concrete exercise of rights, the recognition of highest possible effectiveness to the rights and the fundamental guarantees, revealed by means of the principle of the immediate applicability foreseen in the Constitution of 1988, the possibility to control the omission by the utilization of the instruments of integration, the possibility to repair the omissions and lacunae offensives to the equality principle, so called relative omissions, by the use of the addictive sentences and the imposition of civil liability to the State for damages caused by unconstitutional omission.

Keywords: Control. Unconstitutionality. Omission. Effectiveness.

RÉSUMÉ

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. **A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas.** 2010. 226 f. Tese (Doutorado) ─ Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

La Constitution de la République Fédérative du Brésil de 1988, en traitant exhaustivement d'innombrables matières, a fini d'envoyer au législateur la réglementation et la mise en oeuvre de diverses normes constitutionnelles. Passés plus de vingt ans, néanmoins, de beaucoup de ces droits et vous garanties restent sans la nécessaire effectivité et, parmi les raisons pour cella, il est l'omission normative inconstitutionnelle, liée à l'irrespect du devoir de produire les lois que la Constitution Fédérale a imposé aux pouvoirs publics pour sa concrétisation. La question cruciale sur les normes constitutionnelles qui ont besoin de réglementation est qu'elles ont passé à être synonyme de normes sans efficace et, donc, sans effectivité. Ce costume corrompt la volonté du constituant et empêche la réalisation de l'objectif de construire, par l'intermédiaire du rôle transformateur du droit, un État vraiment de droit et démocratique. Celui-là n'est pas un problème nouveau, déjà en ayant été affronté par des constitutions brésiliennes précédentes et par des constitutions d'autres pays. Aussi c'est un problème plus latent dans les constitutions sociales que, plus que des abstentions, imposent la concrétisation de prestations positives et de politiques publiques moyennant une planification appropriée. La Constitution de 1988 a dispensé à spéciale attention à cette particularité à la prévision l'applicabilité immédiate des droits et les garanties fondamentales, l'action directe d'unconstitutionnalité par omission, le mandat d'injonction et l'initiative populaire, ce qui, néanmoins, ne s'est pas montré suffisante, comme s'infère du temps écoulé lui-même, depuis sa promulgation. Ainsi, sous le sujet de la corrélation de l'effectivité des normes constitutionnelles avec le supplément des omissions normatives se propose le développement des instruments déjà existants ainsi que la recherche de nouvelles manières pour que se combatte l'omission inconstitutionnelle, en contribuant dans la recherche par la concrète réalisation de l'État Démocratique de Droit. Dans ce champ, il émerge la nécessité de reformulation d'importants instruments comme l'action directe d'unconstitutionnalité par omission et l'initiative populaire, la consolidation de la nouvelle jurisprudence qui a été tracée autour du mandat d'injonction afin de fournir le concret exercice du droit, la reconnaissance de la plus grande effectivité possible aux droits et les garanties fondamentales à travers le principe de l'applicabilité immédiate prévue à la Constitution Fédérale de 1988, la possibilité s'exercer du contrôle concret de l'omission en donnant efficacité à la règle constitutionnelle moyennant l'utilisation d'instruments d'intégration l'utilisation des jugements additifs comme une possibilité pour la réparation des omissions et des lacunes offensives au príncipe de l´égalité, appelées omissions relatives, et l'imposition de responsabilité civile à l'État par les dommages liés à l'omission inconstitutionnelle.

Mots-clés: Contrôle. Unconstitutionnalité. Omission. Effectivité.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	13
1.1	**O Estado de Direito**	13
1.2	**O Estado Liberal ao Estado Social**	21
1.3	**O Estado Democrático de Direito**	23
1.4	**O papel transformador da constituição do Estado Democrático de Direito**	26
2	A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	29
2.1	**Classificação das normas constitucionais com relação a sua eficácia**	29
2.2	**A origem das normas de eficácia limitada**	34
2.3	**A origem das normas programáticas**	35
2.4	**A efetividade das normas constitucionais**	39
3	A OMISSÃO NORMATIVA	42
3.1	**A omissão normativa inconstitucional**	42
3.2	**Tipologia das omissões normativas**	48
3.3	**A quebra do dogma da intangibilidade da omissão normativa**	51
3.4	**Direito à emanação de normas**	52
3.5	**Aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais e a vinculação dos Poderes Públicos**	54
3.6	**A efetividade dos direitos sociais**	60
3.7	**A interpretação e a efetividade da constituição**	77
4	O CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES NORMATIVAS	80
4.1	**O Poder Judiciário e a efetividade dos direitos**	80
4.2	**A fiscalização concentrada da inconstitucionalidade por omissão**	85
4.3	**Controle da inconstitucionalidade por omissão pela via concreta**	98
4.4	**O princípio da proibição de retrocesso social e o controle de constitucionalidade**	114
4.5	**O mandado de injunção**	118
4.5.1	*Origem do mandado de injunção*	118
4.5.2	*Objeto e elementos processuais*	121
4.5.3	*Efeitos da decisão*	123

4.5.4 *Novas perspectivas para o mandato de injunção*..... 129
4.5.5 *O mandado de injunção como instrumento de efetividade da constituição*.. 134
4.6 **As sentenças aditivas e as omissões relativas**..... 135
4.7 **Responsabilidade civil do Estado pela omissão inconstitucional**..... 154

5 A INICIATIVA POPULAR..... 167

6 DIREITO COMPARADO..... 176
6.1 **Direito português**..... 176
6.2 **Direito alemão**..... 185
6.3 **Direito espanhol**..... 191

CONCLUSÕES..... 195

REFERÊNCIAS..... 203

ANEXO A ─ Lei n. 12.063, de 27 out. 2009, da República Federativa do Brasil 216

ANEXO B ─ Lei n. 67/2007 da República Portuguesa 219

INTRODUÇÃO

Em 5 de outubro de 1988, a Assembléia Nacional Constituinte, instalada em Brasília em 1º de fevereiro do ano anterior, conforme determinara a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, promulgou a nova Constituição da República Federativa do Brasil. Com ela, promulgou também promessas e esperanças de um Estado democrático e com o fim específico de assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos, como se fez constar do preâmbulo constitucional.

Passados mais de vinte anos, porém, muitos desses direitos e garantias permanecem sem a merecida e necessária efetividade e, dentre os motivos para tanto, desponta a inércia dos órgãos responsáveis pela concretização normativa do texto da Constituição.

A Constituição, ao tratar exaustivamente de inúmeras matérias, acabou por remeter a regulamentação e implementação de muitas normas ao legislador infraconstitucional. Segundo levantamento realizado pela Procuradoria Geral da República logo após a promulgação da Constituição de 1988, o texto exigia a elaboração de duzentas e uma leis ordinárias e quarenta e uma leis complementares[1] e, de acordo com dados atualizados, cento e quarenta e dois dispositivos constitucionais ainda dependem de regulamentação[2], negando-se a devida efetividade aos direitos assegurados constitucionalmente.

Em razão disso, muitos cidadãos vivem marginalizados, sem a mínima condição econômico-social, sem fruir direitos individuais e sociais, sujeitos a condições extremas de pobreza e ao submundo do trabalho informal, o que, "esteriliza a Constituição jurídica do Estado social".[3] É fato que uma parte significativa da população restou excluída do gozo de direitos constitucionais, principalmente dos que impõem a

---

[1] Folha de São Paulo, São Paulo, 9.set.1989. Texto exigirá 242 leis. *Apud* PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 39.

[2] Desses 142 dispositivos, 64 contam com proposições em tramitação e 78 não têm ao menos proposições. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Centro de documentação e informação. **Dispositivos constitucionais sujeitos à regulamentação.** Disponível em <http://www2.camara.gov.br/legislação /produtos/regulamentacao/conteudo>. Acesso em: 27.dez.2009.

[3] BARROS, Sérgio Resende de. Prefácio. *In:* MARTINELLI, Mário Eduardo. **A deterioração dos direitos de igualdade material no neoliberalismo**. Campinas: Millennium, 2008, p. VIII.

igualdade material. O regime jurídico da população em geral é muito mais pobre e singelo do que o regime jurídico dos mais favorecidos.[4]

Se o silêncio do legislador diante do comando constitucional para legislar, por si só, já é extremamente grave, pois fere a constituição, tal omissão adquire mais importância ainda quando adentra na esfera do indivíduo, impedindo-o de usufruir direitos que lhe foram assegurados. "A Constituição só se torna viva, só permanece viva, quando há o esforço em conferir-lhe realização, que não se coaduna com a omissão inconstitucional, inviabilizadora de sua eficácia".[5] "Se a Constituição formal ou escrita não se transformar numa Constituição viva e real, não terá passado de uma 'folha de papel'".[6]

Esse problema não é novo. Constituições brasileiras anteriores como a de 1934 ou a de 1946 pouco êxito obtiveram na busca pela justiça social almejada em seus textos. A esta última, particularmente, faltou efetividade pela falta de edição de muitas leis complementares nela previstas, integrando seu texto e concretizando as inúmeras normas programáticas que trazia.[7] Também não é problema apenas nacional: constituições de outros países o enfrentaram e buscaram soluções, com maior ou menor sucesso.

A questão da inefetividade das normas constitucionais em decorrência das omissões normativas, portanto, não é específica da Constituição brasileira de 1988. Ao contrário, é um problema recorrente e se mostra mais latente nas constituições sociais que, mais do que mera abstenções, impõem a concretização de prestações positivas e de políticas públicas mediante um planejamento adequado. Isso, porém, não pode perdurar. Os direitos não podem restar subjugados à lei e à vontade administrativa, antes, estas é que devem se pautar pelos direitos constitucionais.

É nesse campo que se situa a importância da correlação entre a efetividade das normas constitucionais e o suprimento das omissões normativas, tema que desafia a busca de soluções possíveis para a concretização dos direitos assegurados constitucionalmente. Não é por menos que abalizadas opiniões se alinham no sentido de que a problemática da inconstitucionalidade por omissão é hoje um dos mais tormentosos e fascinantes temas do direito constitucional moderno.[8]

---

[4] MARTINELLI, Mário Eduardo. **A deterioração dos direitos de igualdade material no neoliberalismo**. Campinas: Millennium, 2008, p.127.
[5] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 16.
[6] VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 247
[7] Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 27.
[8] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 975.

A constituição, num Estado Democrático de Direito, procura imprimir uma determinada conformação à sociedade, que se realiza por meio da implementação dos direitos fundamentais. Ela impõe, mesmo que para o futuro, uma transformação, por meio dos direitos nela assegurados. Desrespeitar tais direitos, principalmente pela não realização das normas reclamadas, é desrespeitar a vontade da Assembléia Constituinte e do povo.[9] A norma constitucional não tem "existência autônoma da realidade. Sua essência reside na vigência e na pretensão de eficácia (a situação regulada pretende ser concretizada na realidade), que não podem ser separadas das condições históricas. É graças a essa pretensão de eficácia que a Constituição vai procurar ordenar e conformar a realidade".[10] Segundo Canotilho e Vital Moreira, "ao Estado incumbe não apenas 'respeitar' os direitos e liberdades fundamentais, mas também 'garantir a sua efetivação'".[11]

A Constituição de 1988 dispensou especial atenção a essa particularidade ao prever a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, a inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a iniciativa popular, o que, entretanto, não se mostrou suficiente, como se infere do próprio tempo decorrido desde a sua promulgação, sem a efetiva implementação de inúmeras normas necessárias a suprir as lacunas do texto constitucional.

A questão, pois, que se coloca, é o que fazer quando os órgãos incumbidos de editar as normas que devem integrar o texto constitucional permanecem inertes, negando efetividade aos direitos protegidos pela constituição, ou, ainda, como o Direito Constitucional brasileiro atua em face das omissões normativas inconstitucionais e quais respostas podem ser dadas em busca da prometida efetividade dos direitos previstos na Constituição de 1988.

Para tanto, no desenvolver do presente trabalho, iniciar-se-á com a análise da evolução do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito consagrado na

---

[9] Segundo Sérgio Resende de Barros, "a titularidade do poder constituinte comporta variantes políticas e ideológicas. A ideologia nacionalista a atribui à nação. Nas democracias, é atribuída ao povo. Nas teocracias, a Deus. Nos estados socialistas, à classe operária. Mas, apesar dessa flutuação ideológica, prevalece nos países ocidentais um axioma: o princípio do governo – e da administração que o secunda – é que todo o poder, a partir do próprio poder constituinte, emana do povo, que é seu titular primário, de cujo **consenso** depende sua legitimidade". BARROS, Sérgio Resende de. **Noções sobre poder constituinte**. Disponível em <http://www.srbarros.com.br>. Acesso em: 14.nov.2008.

[10] BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999, p. 39.

[11] CANOTILHO, JJ. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 1. ed. brasileira, 4. ed. portuguesa rev. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1: arts. 1º a 107º. p. 208.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e da importância da efetividade dos direitos assegurados constitucionalmente para a realização desse modelo.

Após, serão analisadas as normas constitucionais do ponto de vista de sua eficácia, aprofundando-se nas teorias que buscam descrever e definir as normas sob tal prisma e, a partir disso, apresentar o conceito de efetividade.

Na seqüência, será abordada a omissão inconstitucional e adentrar-se-á nos mecanismos previstos na Constituição de 1988 para evitá-la ou reprimi-la, com o escopo de buscar soluções para as eternas omissões legislativas que tornam letra morta os direitos constitucionais, não só sob o ponto de vista de encontrar novas soluções, como, por exemplo, o direito à reparação civil pela omissão estatal, o controle concreto da omissão normativa, o desenvolvimento da efetividade dos direitos sociais, as sentenças aditivas, como também buscar novas perspectivas para instrumentos previstos na própria Constituição, aspecto em que se destaca o mandado de injunção, que caminha para uma nova era.

Com esse objetivo, também serão analisadas, comparativamente, as soluções encontradas em outros ordenamentos jurídicos, inclusive com apoio em pesquisas que foram realizadas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Em suma, o que se pretende é destacar a extrema relevância da efetividade dos direitos assegurados na Constituição para concretização do Estado Democrático de Direito e, a partir disso, contribuir para o desenvolvimento dos instrumentos de efetividade das normas constitucionais e, conseqüentemente, da sociedade que foi projetada pelo Poder Constituinte.

Efetividade e eficácia são conceitos graduais[12]. A efetividade é uma meta a ser atingida progressivamente. As normas constitucionais serão plenamente efetivas quando a realidade se igualar ao Estado prescrito pelo constituinte. Esse é o cenário ideal a ser atingido, ao qual se pretende contribuir com o tema da correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas.

---

[12] NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 48.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A República Federativa do Brasil se autodenomina no art. 1º da Constituição de 1988 um Estado Democrático de Direito. Diante disso, é importante analisar a evolução do Estado moderno para compreender o que se entende por esta expressão e qual a importância da efetividade dos direitos constitucionais num Estado dessa natureza.

1.1 O Estado de Direito

Em 1780, a Constituição de Massachusetts, em seu art. XXX, da Primeira Parte, já expressava a noção do que seria o Estado de Direito: *"a government of laws, and not of men",* isto é, um governo de leis, não de homens.[13]

A unificação dos feudos por um poder soberano exercido pelo rei na Idade Média levou à criação do Estado Nacional Monárquico e Absolutista. A característica essencial deste Estado era o poder absoluto do monarca. Em reação aos abusos perpetrados pelo governo absolutista, a sociedade do ocidente do século XVIII imbui-se da idéia de liberdade, que está no cerne da criação do Estado de Direito. Porém, a liberdade vista como autonomia da conduta individual, a chamada "liberdade dos modernos", que não se confunde com a liberdade no sentido de participação nas decisões políticas, a "liberdade dos antigos". [14]

Contra a arbitrariedade dos homens, uma vez que, conforme Montesquieu, "a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites" [15], impõe-se o Estado de Direito, no qual um direito superior constitui "a fronteira que sua atuação legítima não pode ultrapassar".[16]

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o termo Estado de Direito foi

---

[13] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Massachusetts. **Constitution of the Commonwealth of Massachusetts.** Disponível em: <http://www.mass.gov/legis/const.htm>. Acesso em: 10 out. 2008.
[14] Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1.
[15] SECONDAT, Charles-Louis, Senhor de La Brède e Barão de MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio M. Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, t. I. p. 179.
[16] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**, cit., p. 4.

cunhado na Alemanha, num livro de Karl Theodor Welcker, publicado em 1813, no qual se distinguem três tipos de governo: despotismo, teocracia e *Rechtsstaat*, ou Estado de Direito.[17] Sérgio Resende de Barros atesta que Johann Wilhelm Placidus (ou Johann Wilhelm Petersen) o criou em 1798 na obra Litteratur der Staaslehre Ein Versuch.[18]

De tudo, sobreleva a origem alemã do termo. Ainda segundo Barros, "coincidentemente, *Der Rechtsstaat* foi o título de duas obras: uma, de Otto Bähr, em 1864, e a outra, de Rudolf von Gneist, em 1872". No entanto, os primeiros a teorizar sobre o termo foram o liberal Robert von Mohl, com a obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, em dois volumes publicados em 1832 e 1833, em Tubinga, e o conservador Friedrich Julius Stahl, com Die *Philosophie des Rechts nach Geschichtlicher Ansicht*, em dois volumes publicados em Heidelberg de 1830 a 1837". Afere ainda o autor que a elaboração teórica do Estado de Direito levou tempo, firmando-se no fim do século XIX, com os escritos de Gerber, Ihering, Laband, Jellinek.[19] *Rechtsstaat* designa um Estado onde o poder está submetido ao direito e onde todas as manifestações são legitimadas e limitadas pela lei.[20]

Da Alemanha, o *Rechtsstaat* foi vertido para *État de Droit* na França, onde foi introduzido, de forma primordial, por Raymond Carré de Malberg, na obra *Contribuição à Teoria Geral do Estado*, posteriormente internacionalizando-se amplamente .[21]

É importante ter em mente as origens históricas do Estado de Direito que, como já foi dito, foi contraposto aos abusos perpetrados pelos governantes absolutos. Na constatação de Chevallier, "o século XVII, correntemente qualificado de século da autoridade, foi, em seu meio, trágico para os reis absolutos".[22] O Estado, de algo à margem da lei ou acima da lei, como era concebido pelo absolutismo monárquico, se situa agora dentro da lei e submetido à lei, e passa a ser um dos muitos sujeitos disciplinados pelo direito.[23]

O Estado de Direito está historicamente ligado à filosofia liberal.[24] Num primeiro momento, os movimentos revolucionários liberais do Século XVIII, na América do

---

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**, cit., p.5.
[18] BARROS, Sérgio Resende de. **As políticas públicas e o Poder Judiciário**. Aula proferida na Escola Paulista de Direito em 4 de agosto de 2007 (informação verbal).
[19] *Ibid.*
[20] REDOR, Marie-Joële. **De l'etat legal a l'etat de droit**: l'evolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914. Paris: Econômica, 1992, p. 10.
[21] BARROS, Sérgio Resende de. **As políticas públicas e o Poder Judiciário**. Aula proferida na Escola Paulista de Direito em 4 de agosto de 2007 (informação verbal).
[22] CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir, 1976, p. 64.
[23] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 47.
[24] REDOR, Marie-Joële. **De l'etat legal a l'etat de droit**: l'evolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914, cit., p. 12.

Norte e na França, trataram de declarar os direitos de seus cidadãos, estabelecendo limites ao poder antes ilimitado. Tais declarações diferem de modelos políticos anteriores, que, em vez de serem declarados pelo próprio povo, foram outorgados pelo soberano, como a Magna Carta de 1215, ou por intermédio de um pacto entre o Rei o Povo, como o Bill of Rights de 1689.[25] Num segundo momento, elaboraram suas Constituições, que instituíram o Estado, submetido àqueles direitos que haviam sido declarados como inatingíveis.

Segundo Sérgio Resende de Barros,

> [...] na superação final do feudalismo pelo capitalismo, a industrialização necessitou em plenitude da liberdade de ação e contratação. Por reflexo cultural dessa necessidade social, a sociedade civil exigiu a **Constituição** para garantir plenamente a liberdade individual contra o poder político que se tornara absoluto no processo de consolidação do Estado nacional. Isso converteu em antagonismo a contradição do rei com a sociedade burguesa, que era a base cada vez mais ampla do "seu" Estado e da qual ele intentou desligar-se ideologicamente na medida em que buscou basear-se no direito divino. Nesse instante, a ideologia foi tão vital, que o constitucionalismo nasceu como ideologia, afeita ao liberalismo, predicando como idéia-força escrever a **Constituição**, mas não contra a monarquia e, sim, meramente, contra o absolutismo da monarquia.[26]

Diante disso, os Estados constitucionais nasceram com o propósito claro de preservar os direitos fundamentais de todo homem. A legitimidade do Estado de Direito e de sua constituição depende da observância das garantias e direitos individuais que, na maioria das vezes, é objeto de um pacto que antecede a própria formação do Estado. Assim aconteceu na França, com a famosa "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" data de 1789, enquanto a primeira constituição só foi elaborada em 1791; ou nos Estados Unidos, em que a declaração de direitos acompanhou a declaração de independência, em 1776, sendo que os Artigos da Confederação só surgiram em 1781 [27] e a Constituição dos Estados Unidos da América em 1787.[28]

A disparidade histórica entre o momento em que foram proclamados os direitos dos cidadãos e aquele em que foram elaboradas as Constituições demonstra que um dos objetivos primordiais do Estado de Direito é justamente proporcionar o respeito a essas garantias. Há, portanto, um **pacto social** que antecede ao **pacto político**, de modo que aquele é fundamento deste. Em outras palavras, este só será legítimo se respeitar as disposições impostas naquele, do qual é derivado.

---

[25] Cf. nesse sentido: DIAZ, Elias. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madri: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1975, p. 24.
[26] BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Millennium, 2008, p. 251-252(grifos do autor).
[27] Ano em que, com a assinatura de Maryland, em 1º de março, completou-se sua ratificação por todos os Estados.
[28] Ano em que se realizou a convenção constitucional.

Inicialmente, a constituição, quando surge como um tipo de norma no ocidente no fim do Século XVIII, não é a norma que define em um instrumento único ou codificado a estrutura política superior de um Estado, mas sim a que o faz a partir de determinados pressupostos e com um determinado conteúdo. Esses pressupostos radicam em sua origem popular, no que claramente se expressa a doutrina do pacto social.[29]

A idéia fundamental é a criação de direitos que possam ser opostos contra o Estado. São direitos titularizados pelo cidadão e reivindicados perante o Estado. São, portanto, direitos ao mesmo tempo subjetivos e públicos, o que levou à idealização dos **direitos subjetivos públicos**, como uma forma de evolução dos direitos subjetivos, que antes eram eminentemente privados. Assim, por exemplo, quando a Constituição diz que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas" (art. 5º, X), ou quando garante o direito à propriedade privada (inciso XXII), está assegurando esses direitos contra qualquer ato individual ou do Estado.

Mas não bastava à constituição escrita a **declaração de direitos**. Também era elemento essencial para coibir o absolutismo a **separação de poderes**, e era necessário inscrever na constituição esses dois mecanismos para obstruir o poder do monarca e a opressão dos súditos.[30]

A teoria da separação de poderes é atribuída à Montesquieu, muito embora pelo menos outro grande autor tenha falado em divisão de poderes antes dele: Locke, em tratado sobre o Governo, nos capítulos VII, XII e XIV, faz uma análise dos poderes do Estado, afirmando que "haveria um poder legislativo, um poder executivo, um poder federativo respeitante às relações internacionais e, na linha do constitucionalismo inglês, a prerrogativa (que podemos equiparar à função governamental)."[31]. Já Montesquieu, no Livro XI, capítulo VI, diz que:

> Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o executivo das que dependem do direito civil.
>
> Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de

---

[29] ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional.** Madrid: Editorial Civitas, 1988, p. 41

[30] Cf. BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o Constitucionalismo**, cit., p. 252.

[31] MIRANDA, Jorge. Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas. *In:***Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 236.

julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado."[32]

Além disso, para Montesquieu, em cada poder há uma *faculté de statuer* e uma *faculté d' empêcher* . "Somente a respeito do poder judicial (que considera um poder sem relevância política) é que Montesquieu não faz a distinção entre *faculté de statuer* e *faculté d' empêcher*". Nem todos os intérpretes e seguidores de Montesquieu terão dado importância a esse ponto." [33]

Em contraposição à Montesquieu, coloca-se o Contrato Social de Rousseau que, no capítulo I do Livro III, segundo Jorge Miranda, "claramente vem opor-se à separação de poderes". Rousseau admite uma "disfunção de funções – legislativa e executiva. Mas considera que a função legislativa é a única que é soberana, ao passo que a função executiva é uma função intermediária, não soberana, que não tem nenhuma virtualidade de limitar o poder legislativo". Assim, de maneiras diversas, "para Montesquieu o poder legislativo deve ser limitado pelo executivo e vice-versa. Para Rousseau, pelo contrário, o único poder soberano é o poder legislativo".[34]

Subseqüentemente às teorias de Montesquieu e Rousseau, surgem Sieyès e os Federalistas norte-americanos. Conforme expõe Jorge Miranda:

> Em plano diverso do de MONTESQUIEU acha-se a elaboração de SIEYÈS em *Qu´es-ce-que le tiers-état?* – obra que é, de certa sorte, a síntese entre *Du Contrat Social* e o *De l´esprit des Lois*, a síntese entre a concepção de soberania popular de RUSSEAU e a concepção de separação de poderes de MOTESQUIEU; e sabe-se como se projectou no movimento da Revolução Francesa.
>
> SIEYÈS – tal como, quase ao mesmo tempo, HAMILTON no *Federalist*, nos Estado Unidos – aponta a existência de um poder primário e originário dentro do Estado – o poder de que deriva a Constituição, aquele que exprime mais directamente a soberania ou que com ela se identifica, o poder constituinte; e este poder antecede, por natureza, os demais poderes do Estado, os poderes constituídos. Ao poder legislativo, um destes poderes, é vedado praticar actos que contrariem as normas decretadas pelo poder constituinte.
>
> Entretanto, enquanto que a distinção proposta por MONTESQUIEU é pressuposto da teoria das formas de governo modernas, a distinção de SIEYÈS e dos pais da Constituição americana só por via imediata e reflexa a ela vem a reconduzir-se; o seu terreno próprio é o da teoria da Constituição.[35]

Avançando nesta teoria da constituição, John Marshall, *Chief Justice* da

---

[32] SECONDAT, Charles-Louis. Senhor de La Brède e Barão de MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio M. Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, t. I. p. 180.
[33] MIRANDA, Jorge. Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas. *In:* **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes**, cit., p. 237.
[34] *Ibid.*, p. 238.
[35] *Ibid.*, p. 238-239.

Suprema Corte Norte Americana, em 1803, ao julgar o célebre caso Marbury *versus* Madison, constata uma outra premissa essencial às constituições: sua **supremacia**. A constituição, que ele denomina "*paramount law"*, determina o respeito pelos demais atos legislativos aos princípios nela incorporados e às limitações impostas ao poder. Disse Marshall: "o povo tem direito originário de estabelecer para seu futuro governo os princípios que se lhe antolharem mais concernentes a sua própria felicidade."[36] Tais princípios são reputados fundamentais e, pois, destinados a serem permanentes. Interpreta-se de tal colocação que Marshall já expunha o entendimento de que um Estado justo depende de algo mais do que a mera observância das leis. Depende, outrossim, da observância de princípios fundamentais e perenes, que devem estar incorporados nos atos legislativos, sob pena da declaração de sua nulidade.

Essa vontade originária e suprema também organiza o governo e delimita seus poderes. Para que tais limites não se tornem confusos ou apagados, fez-se a **constituição escrita**. Assim, não faria sentido a criação desses limites e a sua consignação em um documento escrito se a todo momento pudessem eles ser ultrapassados. Disso advém sua proposição: "certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseguintemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível" [37], construindo, assim, a doutrina do controle difuso de constitucionalidade, necessário à preservação da constituição.

Ora, a existência de uma constituição formal e rígida leva à conclusão de que, no Estado de Direito, não só os governantes estão sujeitos à lei, **mas também esta própria deve sujeitar-se a preceitos superiores.** E isso se dá por meio do controle de constitucionalidade. É importante notar, porém, que esta conclusão é feita a partir da distinção entre **lei** e **direitos**, com supremacia destes sobre aqueles, o que é contribuição do constitucionalismo norte-americano. De fato, como explicita Gustavo Zagrebelski, na tradição francesa, os direitos naturais dos homens, enunciados na Declaração de 1789, conduziam à soberania da lei, que deveria ser produzida com o concurso dos cidadãos. A proclamação francesa dos direitos operava assim como legitimação de uma potestade legislativa que, no âmbito da direção renovadora que lhe fora confiada, era soberana. Produziu-se, no fundo, um paradoxo, pois no país cuja principal contribuição ao desenvolvimento das teorias constitucionais está representada pelos direitos humanos, o que se consolidou não foi a posição

---

[36] *In:* LOBO, Américo. **Decisões constitucionais de Marshall**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903, p. 25.
[37] *In:* LOBO, Américo. **Decisões constitucionais de Marshall**, cit., p. 25.

central dos direitos, mas sim o que se denominou de "legicentrismo".[38] Daí porque não teve lugar na França a submissão da lei ao controle dos direitos, produzindo-se, ao contrário, o controle de legalidade dos direitos. Pelo mesmo motivo se compreende porque se atribuiu aos juízes uma posição passiva diante da lei, inclusive sem nenhuma tarefa de equilíbrio do legislativo.[39]

É interessante notar que o constitucionalismo europeu permaneceu à margem da construção do constitucionalismo norte-americano da supremacia da constituição, o que só pode ser explicado pela prevalência do "princípio monárquico" como fonte formal – exclusiva ou participante – da constituição, que implica reduzir esta a um simples código formal de articulação dos poderes do Estado. O poder monárquico ainda era visto como um poder pré-constitucional a respeito do qual a constituição será um quadro de limitações "a posteriori", mas nunca uma fonte originária de competências e de direito. Sobre essa base material elaborou-se a teoria do Direito Público em quase todo o mundo europeu. [40] Ademais, a histórica luta dos parlamentos contra os monarcas levou à soberania parlamentária, que implicava a superioridade absoluta das leis e sua conseqüente imunidade judicial.[41]

Já nos Estados Unidos da América do Norte, os direitos declarados situam-se numa esfera jurídica que precede o direito que possa estabelecer o legislador. Na concepção norte-americana, os direitos são anteriores tanto à constituição como ao Governo. A lei deriva dos direitos, ao contrário da França, onde os direitos derivavam da lei. Nesta, a soberania da lei, naquele, a soberania dos direitos, concebendo-se a legislação com um poder derivado, delegado, no qual estava implícito seu limite. [42] Assim os juízes encontraram as bases para controlar jurisdicionalmente a lei.

A mera existência de um ordenamento jurídico não autoriza, assim, a denominar-se um Estado de Estado de Direito. Este é aquele que está submetido ao Direito, ou melhor, Estado cujo poder e atividade estão controlados pela lei.[43] Por isso, Elias Diaz expõe, como elementos essenciais e indispensáveis ao Estado de Direito: o império da lei, isto é, a lei como expressão da vontade geral; a divisão de poderes entre legislativo, executivo e judiciário; a legalidade da Administração, o que significa sua atuação segundo a lei e sob controle

---

[38] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 52-53.
[39] *Ibid.*, p. 53.
[40] ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional**, cit., p. 55.
[41] *Ibid.*, p. 56.
[42] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia, cit., p. 54-55.
[43] Cf. DIAZ, Elias. **Estado de Derecho y sociedad democrática.** Madri: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1975, p. 13.

judicial; garantia e efetiva realização dos direitos e liberdades fundamentais.[44]

Mas salienta Diaz que o império da lei não significa Estado de Direito, podendo caracterizar uma legalidade autoritária ou não democrática quando se dita a lei sem suficiente participação popular e onde se desrespeitam as outras exigências do Estado de Direito.[45] Nesse sentido, o Estado de Direito não deve ser confundido com um mero "Estado Legal", que corresponde ao já referido "Estado legicentrista", isto é, um Estado que organiza a supremacia do legislador através do "reino" da lei "formal" e não "material" e que, conseqüentemente, não oferece nenhuma garantia contra a arbitrariedade do legislador.[46] Como adverte Sérgio Resende de Barros:

> De fato, não há confundir o Estado de direito com o Estado legal que tende a ser um simples Estado de legalidade. Essa confusão põe em risco a justa atuação da lei. No mero Estado de legalidade, a lei é editada e aplicada sem levar em conta o resultado, ou seja, sem considerar se daí resulta uma injusta opressão dos direitos, quer individuais, quer sociais, mas sobretudo sociais. Impera o legalismo, a forma mais sutil de autoritarismo, na qual o espírito autoritário se encarna na própria lei. O processo legislativo atende à conveniência política do poderoso do momento, quando não é este mesmo quem edita a norma jurídica, "provisoriamente". [...]A lei se justifica por si mesma. Tudo, segundo a máxima "lei é lei" e tem de ser cumprida "à risca".[47]

Diante disso, conclui o referido autor que:

> A lei tem de ser aplicada, sim. Porém, não para degradar os valores da civilização humana, sobretudo o valor da justiça e, assim também, os valores consagrados como direitos humanos. Sempre é possível ao agente do Estado, na feitura ou na prática da lei, equacionar a norma jurídica com a realidade social para ocasionar uma justa normação ou aplicação do Direito, visto que não há justiça que não seja justiça social. No Estado de direito, nos processos – legislativo, administrativo e judicial – pelos quais se elaboram ou se aplicam as leis, a equação com que se trabalha não é um binômio – Estado e lei – como no mero Estado de legalidade, mas é o trinômio – Estado, lei, justiça – que resulta no direito socialmente justo, o direito ajustado à realidade social que o suporta e instrui, o único que efetiva o Estado de direito. Sempre é possível cumprir a lei de um modo que, pela justiça de sua aplicação, realize o Estado de direito. Nesse modo, mais que noutros, cumprir a lei pressupõe respeitar a Constituição, a fim de não resvalar para a desordem ou a tirania.[48]

O "Estado Legal" da supremacia do legislador e da lei formal é resultado da transformação do Estado de Direito Liberal concebido a partir da revolução francesa. É um

---

[44] DIAZ, Elias. **Estado de Derecho y sociedad democrática.**, cit., p. 29.
[45] *Ibid.*, p. 31.
[46] REDOR, Marie-Joële. **De l'etat legal a l'etat de droit**: l'evolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914, cit., p. 14.
[47] BARROS, Sérgio Resende de. Estado de Direitos Adquiridos. **Revista Jurídica Logos**, São Paulo, n. 3, p. 263-285, 2007, p. 271.
[48] *Ibid.*, p. 271.

Estado de direito no que implica a subordinação da Administração e dos juízes à lei. Mas é um Estado imperfeito, pois, sendo a lei formal a única norma de referência, o legislador resta sem controle.[49]

Ao contrário, o objetivo do Estado de Direito está centrado na pretensão de obter suficiente garantia e segurança jurídica para os chamados direitos fundamentais, conquistas históricas que constituem elementos essenciais do sistema de legitimidade em que se apóia o Estado de Direito.[50]

1.2 Do Estado Liberal ao Estado Social

Os direitos reconhecidos nas primeiras declarações e pelos **Estados Liberais de Direito** eram direitos e poderes eminentemente individuais, tais como a vida, a liberdade em seus diversos aspectos (locomoção, expressão, culto, etc.), a propriedade, o direito de escolher seus representantes, etc. Foram, assim, posteriormente, denominados direitos de primeira geração. "O liberalismo é, como teoria econômica, fautor da economia de mercado; como teoria política, é fautor do estado que governe o menos possível ou, como se diz hoje, do estado mínimo (isto é, reduzido ao mínimo necessário)".[51]

Os direitos de primeira geração, as liberdades públicas ou direitos individuais, têm como titular todos os indivíduos e, como sujeito passivo, todos os demais e especialmente o Estado. Importam, inicialmente, na imposição por parte deste de uma abstenção, de um "não fazer", ou seja, de respeito aos direitos (sem que isso exclua, obviamente, a necessidade de atitudes para restabelecê-los quando ofendidos).

No Brasil, esta tendência foi nitidamente incorporada na primeira Constituição da República, de 1891, que criou um Estado extremamente liberal, trazendo uma declaração de direitos de natureza eminentemente individual.

No entanto, no início do século XX, constata-se, a partir da situação de uma parcela considerável da população e da massa trabalhadora, que este Estado não-interventivo, embora tenha propiciado grandes níveis de riqueza, tinha fracassado em termos de garantir a

---

[49] REDOR, Marie-Joële. **De l'etat legal a l'etat de droit**: l'evolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914, cit., p. 15.
[50] DIAZ, Elias. **Estado de Derecho y sociedad democrática**, cit., p. 38.
[51] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra: 1992, p. 114.

igualdade entre os cidadãos. De fato, enquanto alguns enriqueciam, muitos empobreciam e pereciam nas fábricas. Nasce, então, o **Estado Social de Direito**, ou Estado de bem estar, visando uma maior igualdade entre os cidadãos. A tal Estado impunham-se contraprestações, obrigações de fazer em prol da coletividade. O cidadão passou a ter a prerrogativa de não só agir, mas também de exigir do Estado. Ele passa a ser visto dentro da sociedade, fazendo parte de uma categoria.

De acordo com Bobbio, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social é marcada pela passagem de um direito com função eminentemente protetora-repressiva para um direito cada vez sempre mais promocional. Já não é suficiente mais "a justiça comutativa [...], consistente em fazer corresponder ao bem (ou ao mal) realizado um bem (ou mal) igual e contrário com base no critério de igualdade aritmética". Agora, "para que uma sociedade qualquer permaneça reunida é preciso que se introduza também algum critério de justiça distributiva".[52]

As Constituições precursoras desta tendência foram a Constituição do México, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919. Esta, apesar de ser posterior àquela, é a constituição símbolo dos direitos sociais, influenciando muitas outras. Embora muito se discuta qual das duas teria inovado, impondo ao Estado os direitos sociais, o fato é que a Constituição do México não obteve a repercussão da de Weimar, além de trazer mais direitos nacionalistas e da classe trabalhadora do que direitos sociais propriamente ditos, como ocorria na Constituição Alemã. Esta tendência chegou ao Brasil com a Constituição de 1934, primeira a trazer um título sobre a ordem social e econômica. O coroamento de tal tendência se deu com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, pela Assembléia Geral da ONU em 1948.

Segundo Sérgio Resende de Barros, liberalismo foi um termo tardio, adotado depois para denominar doutrinas anteriores. Locke e Montesquieu não se auto- denominavam liberais. Assim, a expressão Estado liberal de direito só surgiu quando surgiu o Estado Social de Direito, para contrastar os dois [53] que, segundo Bobbio, são antítese um do outro, assim como o Estado absoluto o é do Estado Democrático:

> Contrariamente ao que se afirma habitualmente, a antítese do estado liberal não é o estado absoluto, se por estado absoluto se entender o estado em que o poder do soberano não é controlado por assembléias representativas, é um poder que vem de cima para baixo. A antítese do

---

[52] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo, cit., p. 112.

[53] BARROS, Sérgio Resende de. Aula proferida no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na Disciplina, "A Democracia". 2º semestre de 2007 (informação verbal).

> estado absoluto é o estado democrático, ou mais exatamente o estado representativo, que através do progressivo alargamento dos direitos políticos até o sufrágio universal se transforma pouco a pouco em estado democrático. A antítese do estado liberal é o estado paternalista, que toma conta dos súditos como se fossem eternos menores de idade e cuida da sua felicidade. Esta antítese é muito clara nos primeiros clássicos do liberalismo, Locke, Kant, Humboldt e, naturalmente, em Adam Smith. Tanto é verdade que nenhum dos primeiros propagadores do liberalismo pode ser arrolado entre os escritores democratas, assim como, vice-versa, o primeiro grande escritor democrata, Rousseau, não pode ser arrolado entre os escritores liberais.[54]

1.3 O Estado Democrático de Direito

O Estado de Direito, seja o Estado Liberal ou o Estado Social, não são necessariamente democráticos. É um erro pensar que as revoluções liberais, como a francesa e americana, criaram democracias. Na verdade, criaram **governos representativos**, dando a alguns o direito de votar. No Brasil, por exemplo, a Constituição de 1824 excluía várias pessoas do voto: era o voto censitário, baseado na renda. As mulheres também não podiam votar.[55] Sem contar a escravidão, tanto aqui, quanto nos Estados Unidos da América, após a independência. Somente na medida em que as restrições ao voto foram caindo com o decorrer do tempo, tornando-o universal, é que o governo representativo se transforma em **democracia representativa**.

Assim, a evolução deveria continuar, pois, como bem salientam Gilmar

---

[54] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo, cit., p. 121.

[55] Eram as seguintes as disposições desta Constituição acerca do voto: Art. 90. As nomeações dos Deputados, e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em Assembléas Parochiaes os Eleitores de Provincia, e estes os Representantes da Nação, e Provincia. Art. 91. Têm voto nestas Eleições primarias I. Os Cidadãos Brazileiros, que estão no gozo de seus direitos politicos. II. Os Estrangeiros naturalisados. Art. 92. São excluidos de votar nas Assembléas Parochiaes. I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras. II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos. III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas. IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Communidade claustral. V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos. Art. 93. Os que não podem votar nas Assembléas Primarias de Parochia, não podem ser Membros, nem votar na nomeação de alguma Autoridade electiva Nacional, ou local. Art. 94. Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Provincia todos, os que podem votar na Assembléa Parochial. Exceptuam-se I. Os que não tiverem de renda liquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego. II. Os Libertos. III. Os criminosos pronunciados em queréla, ou devassa. BRASIL. **Constituição (1824).** Constituição Política do Império do Brazil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2008.

Ferreira Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo G. Branco,

> [...] para seus opositores, a insuficiência maior do Estado Social de Direito residia em não ter conseguido realizar a desejada e sempre prometida *democratização econômica e social, a economia do gênero humano* proclamada pelos entusiastas do neocapitalismo.
>
> Por isso, ao ver crítico de Elias Díaz, urge superar esse modelo, rumo ao chamado Estado Democrático de Direito, em cujo seio se realizaria a integração conciliadora dos valores da liberdade e da igualdade, da democracia e do socialismo. [56]

Democracia é conceito muito mais antigo que Estado de Direito e também mais abrangente. Como visto, o Estado de Direito não nasceu vinculado ao conceito de democracia, mas sim como um Estado submetido ao direito visando limitar os poderes do rei. A superação da doutrina liberal clássica é que começou a ligar Estado de Direito com democracia.

Para José Afonso da Silva, Estado Democrático de Direito não significa apenas unir os conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático, mas sim a criação de um conceito novo, que leva em conta os elementos componentes, mas o supera.[57] Em verdade, mais do que um conceito novo trata-se de uma nova espécie de Estado.

Com a Constituição de Portugal de 1976, da espanhola de 1978 e do Brasil de 1988, evolui-se para Estado Democrático de Direito. Em Portugal, tem-se a expressão contida na Constituição Portuguesa, acrescida na Revisão de 1982, "Estado de Direito Democrático". Na Espanha, "Estado social y democrático de Derecho" e, no Brasil, "Estado Democrático de Direito".

O Estado Democrático de Direito tem como pressupostos a liberdade e a igualdade, que, segundo Ferreira Filho, são os valores básicos da democracia.[58] No entanto, o Estado Democrático de Direito não se limita a garantir a liberdade e a igualdade. Outros direitos devem ser protegidos. Do mesmo modo, não se pode garantir aqueles direitos, sem a proteção de outros, tais como os direitos sociais e econômicos, para que o povo tenha condições dignas de vida, a independência dos poderes, para que um possa fiscalizar e limitar o outro, o direito ao sufrágio universal, para que o povo possa eleger livremente seus governantes, a educação, para que possam decidir conscientemente, a livre associação, para que possam se organizar, etc.

---

[56] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.40. (grifos dos autores)
[57] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 119
[58] Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 99.

Os direitos fundamentais são "fundamento funcional" da democracia.[59] Se não se garantem os direitos fundamentais, a minoria jamais se transformará em maioria. Por isso eles são um elemento essencial da democracia. Só quem está protegido pelos direitos fundamentais pode exigir responsabilidade dos "dominantes" e, através do exercício individual dos direitos fundamentais, surge um processo de liberdade que constitui elemento vital da democracia. Daí porque os direitos fundamentais possuem um "aspecto cívico-ativo".[60]

Assim sendo, não existe Estado Democrático de Direito sem a implementação e proteção dos direitos fundamentais**.** A efetividade dos direitos e garantias constitucionais é elemento essencial na busca de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Na opinião de Elias Diaz, o processo dinâmico de democratização material e garantia jurídico-formal dos direitos humanos, com a mais plena realização destes, é o que justifica a passagem do sistema neocapitalista de Estado Social de Direito ao sistema de Estado Democrático de Direito.[61] Em Portugal, apregoam, no mesmo sentido, Canotilho e Vital Moreira que, "o Estado de direito democrático visa a <realização da **democracia econômica, social e cultural** e o aprofundamento da democracia participativa>."[62] "No Estado Constitucional Democrático o legislador está obrigado, normativo-constitucionalmente, à emanação das leis necessárias à concretização das imposições constitucionais".[63]

E, no Brasil, segundo Sérgio Resende de Barros,

> [...] garantir uma democracia efetiva, materialmente realizada, implica a prática eficaz dos direitos sociais de forma que assegure a todos os indivíduos o mínimo de recursos materiais necessários para fruírem dignamente dos direitos individuais. Aqui entram as políticas públicas como elemento de mediação – interação e integração – entre a sociedade civil e o Estado, a fim de garantir a todos o mínimo vital segundo os padrões de dignidade alcançados pela civilização humana na sua atualidade histórica.

Por isso, sintetiza o referido autor que "os direitos humanos são o norte do Estado Democrático de Direito". [64]

---

[59] HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la lei fundamental de Bonn:** una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y la teoría de la reserva de la ley. Tradução Joaquín Braze Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. 20.
[60] *Ibid.*, p. 20-21.
[61] DIAZ, Elias. **Estado de Derecho y sociedad democrática**, cit., p. 39.
[62] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, cit., p. 209 (grifos dos autores).
[63] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 338 (grifo do autor).
[64] BARROS, Sérgio Resende de. **As políticas públicas e o Poder Judiciário**. Aula proferida na Escola Paulista de Direito em 4 de agosto de 2007 (informação verbal).

1.4 O papel transformador da constituição do Estado Democrático de Direito

Em busca desse Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 foi pródiga na garantia de inúmeros direitos que, muito mais do que abstenções, importam em efetivas prestações e realizações de políticas públicas pelo Estado.

Os direitos consagrados constitucionalmente impõem-se como um caminho para a transformação do Estado. Ao garantir a saúde, a educação, o meio ambiente saudável, os direitos políticos, os direitos dos trabalhadores, dentre outros, na forma, inclusive, de cláusulas pétreas[65] e ao colocar como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, o Constituinte traçou as novas linhas do país.

A constituição não é apenas expressão de um "ser", mas também de um "dever-ser". Ela é mais do que "o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas". A constituição, graças à sua pretensão de eficácia, "procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social".[66]

Conforme Flávia Piovesan, "o texto de 1988 não apenas é instituto de proteção das relações existentes, mas é Constituição de uma sociedade em devir". Advém, assim, segundo a autora, a problemática do "direito como antecipador das mudanças sociais", rompendo com a idéia de "direito-situação". O "direito passa a ter uma função promocional, utilizando-se de técnicas de estímulo, encorajamento e impulso. Apresenta-se a Carta de 1988 como um verdadeiro instrumento de desenvolvimento econômico e social".[67] .

Para Sérgio Resende de Barros, "no fundo, todo o direito visa a otimização das relações sociais." E completa:

> Para tanto, deve o condicionamento do modo de produção pelo direito ajustá-lo à **valorização da pessoa humana** e, especialmente, do **trabalho humano.** No mesmo sentido devem ficar ajustadas a elaboração, a interpretação e a aplicação da Constituição.
>
> Nesse ajustamento principia a justiça a ser promovida pela Constituição. Por ele, o **constitucionalismo** poderá garantir a **efetividade constitucional** pela eficiência operacional dos meios assegurando a eficácia social dos fins

---

[65] Isso porque, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV, não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

[66] HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

[67] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 42.

> previstos na Constituição, adequando aqueles a estes pelos **direitos humanos,** que são **poderes-deveres** de todos para com cada um e de cada um para com todos, **continuamente gerados** para difundir a realização da humanidade em toda a sua extensão e compreensão. O que implica pautar tanto **a ética da propedêutica** (processo de elaboração) quanto **a ética da hermenêutica** (processo de interpretação) da Constituição pelos padrões da dignidade humana alcançados na atualidade da civilização. [68]

E na opinião do mesmo autor, "os direitos humanos são poderes que ao mesmo tempo são deveres de todos os indivíduos entre si". Estes, para sua mútua e própria preservação, elaboram valores que "*enformam* esses deveres como poderes e esses poderes como deveres, de todos para com cada um e de cada um para com todos, a fim de realizar a humanidade que lhes é comum e, em assim sendo, *conformam* entre eles uma comunidade humana".[69]

De um direito meramente reprodutor da realidade, "passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade", pois regula a intervenção do Estado na economia, estabelece obrigações com relação às políticas públicas e prescreve inúmeros direitos "fundamentais-sociais".[70] O direito, no Estado Social e Democrático de Direito, "não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do welfare state (que nem sequer ocorreu no Brasil)", na atual era o direito "é um plus normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade", o que inclusive gera um pólo de tensão em torno da jurisdição constitucional, que será garantidora dos direitos fundamentais e da própria democracia.[71]

O direito não é simples representação da realidade social externa a ela, mas antes um nível funcional do todo social. E, enquanto nível da própria realidade, é elemento constitutivo do modo de produção social, de maneira que, tanto no modo de produção capitalista quanto em qualquer outro, o direito é um instrumento de mudança social, interagindo com os demais níveis.[72]

É por isso que as omissões normativas apresentam especial importância no Estado Democrático de Direito. Para a constituição liberal, o silêncio do legislador tem muito pouca relevância. Esta se faz efetiva mais por sua função limitadora, de maneira que é a

---

[68] BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Millenium, 2008, p. 257 (grifos do autor).
[69] BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos**: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 447 (grifos do autor).
[70] STRECK, Lenio Luiz. Concretização de direitos e interpretação da Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXXXI, p. 291-323, 2005, p. 292.
[71] *Ibid.*, p. 298.
[72] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 19-20.

atividade deste que encontra limites na constituição, não sua omissão.[73] Porém, a constituição do Estado Democrático aspira a uma configuração mais intensa e extensa da sociedade, contendo normas positivas que impõe ao legislador determinadas missões ou a busca de determinados fins. Sucede, portanto, que se o controle da atividade normativa nessas constituições for feito a partir apenas das normas de conteúdo negativo (proibitivo), sem controle sobre a vinculação do legislador às normas positivas, haverá um importante setor da constituição que carecerá de valor normativo.[74]

Luís Roberto Barroso, lembrando que as ciências sociais se incumbem do estudo e elaboração de sistemas ideais, isto é, da prescrição de um *dever ser*, ressalta que a ciência jurídica não se limita à mera explicação dos fenômenos sociais, mas sim "investe-se de um caráter normativo, ordenando princípios concebidos abstratamente na suposição de que, uma vez impostos à realidade, produzirão efeito benéfico e aperfeiçoador".[75]

É preciso, pois, que os juristas e os órgãos normativos infraconstitucionais dêem prosseguimento a esse papel transformador da constituição, criando os elementos necessários à plena efetividade das normas constitucionais e, pois, condições para a implementação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito no Brasil. O jurista é um "privilegiado espectador da realidade", com possibilidade de interagir com ela, além de capacitado a *decodificar* a linguagem do direito e concretizá-la na comunidade.[76]

---

[73] MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. **La inconstitucionalidad por omisión**. Madrid: MacGraw-Hill, 1997, p. 12.
[74] Cf. MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. **La inconstitucionalidad por omisión**, cit., p. 18.
[75] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 75.
[76] NALINI, José Renato. A responsabilidade social do jurista para a concretização da cidadania. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 11, n. 45, p. 92-104, out./dez.2003.

2 A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A efetividade das normas constitucionais é elemento essencial ao Estado Democrático de Direito. Necessário, pois, analisar o que se entende por efetividade, bem como as normas constitucionais sob o ponto de vista de sua eficácia, atributo diretamente relacionado ao tema da omissão inconstitucional, pois, enquanto a inconstitucionalidade por ação opera no campo da validade das normas, a inconstitucionalidade por omissão opera no campo na eficácia das normas constitucionais.[77]

2.1 Classificação das normas constitucionais

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, já dizia, em seu art. 34, inciso 34º, que competia privativamente ao Congresso Nacional, "decretar as leis orgânicas para a execução completa da Constituição".

Ao comentar tal dispositivo, observava Ruy Barbosa que, "nem todas as disposições constitucionais são auto-applicáveis. As mais dellas, pelo contrário, não o são. A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a acção legislativa, para lhe tornar efectivos os preceitos".[78]

Conforme a Suprema Corte do Estado de Washington, por ele citada, "se a natureza e extensão do direito conferido, ou do encargo imposto, se acham definidas tão inteiramente no próprio texto, que, para as averiguar, baste só o exame, a intelligência dos seus próprios termos, e se na linguagem delles não há indício nenhum de que a matéria foi confiada à acção legislativa, então se deverá concluir que a disposição é executável por si mesma".[79]

---

[77] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**, cit., p. 85.
[78] BARBOSA, Ruy. **Commentarios à Constituição Federal Brasileira**: coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933, v. II: arts.16 a 40, p. 488.
[79] *Ibid.*, p. 494.

É certo que não se pode negar a ausência de qualquer efeito a uma norma constitucional, seja qual for, pois:

> Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de acção essenciaes ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, attribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo seu critério, os habilite a se exercitarem. [80]

Da distinção entre essas normas já particularizadas, completas nas próprias Constituições, e aquelas que necessitam da obra do legislador ordinário, introduz Ruy na doutrina pátria os conceitos de normas constitucionais executáveis por si mesmas, ou auto-executáveis, tradução do inglês *self-executing,* referindo-se àquelas que para serem executadas "não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação"[81], e seu contrário, as normas não auto-executáveis. Tais conceitos, aqui desenvolvidos pelo citado jurista, basearam-se amplamente na doutrina estadunidense, encabeçada por Cooley, doutrina esta que distinguia as normas *self-executing, self-enforcing, self-acting* das *not self-executing, not self-enforcing, not self-acting.*[82]

Pontes de Miranda, já nos comentários à Constituição de 1946, distinguia as regras jurídicas constitucionais em bastantes em si, não-bastantes em si e programáticas. As duas primeiras diferem-se conforme necessitem ou não de regras jurídicas que as suplementem para poderem incidir. Ambas, porém, podem ser uma norma programática, isto é, que "apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos". [83]

Meirelles Teixeira acrescentou grande desenvolvimento à teoria da eficácia das normas constitucionais no Brasil. O autor critica a classificação das normas constitucionais em *auto-aplicáveis* ou *auto-executáveis* e, de outro lado, *não auto-aplicáveis* ou *não auto-executáveis*. A primeira expressão daria a entender que a norma desde logo poderia produzir todos os efeitos possíveis, "exaurindo-se numa plenitude de execução imediata", o que, porém, não estaria correto, já que as normas são sempre suscetíveis de novos desenvolvimentos, novas aplicações à realidade político-social. Já a

---

[80] BARBOSA, Ruy. **Commentarios à Constituição Federal Brasileira**, cit., p. 489.
[81] *Ibid.*, p. 488.
[82] DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 103-104.
[83] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, t. I: arts. 1º - 5º, p. 110-111.

expressarão *não auto-aplicável* pecaria por subentender que a norma não produziria efeito algum, seria de "eficácia jurídica absolutamente nula", pois o que ocorre, na verdade, é uma "aplicabilidade limitada" ou uma "eficácia relativa", uma vez que "toda norma jurídica produz sempre alguns efeitos, ainda que mui reduzidos e embora necessitando do auxílio supletivo da lei ordinária para uma eficácia plena". [84]

Diante disso, o referido jurista propõe uma nova classificação das normas constitucionais, "não mais em termos de normas *com* eficácia ou *sem* eficácia", mas sim "em termos apenas de *determinação do grau de eficácia* – se plena, se limitada -, e neste último caso, *quais os efeitos concretos das normas de eficácia jurídica limitada*".[85] Por isso, divide as normas em duas categorias: normas de *eficácia plena* e normas de *eficácia limitada* ou *reduzida.* Aquelas, são definidas como as que possam produzir, desde o momento de sua promulgação, "todos os seus efeitos essenciais", "todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente". Já as normas de eficácia limitada ou reduzida não contêm essa normatividade suficiente, tarefa que é deixada total ou parcialmente ao legislador ordinário. [86]

As normas de eficácia limitada ou reduzida são divididas pelo autor em *normas programáticas*, que versam sobre matéria eminentemente ético-social, constituindo "programas de ação social (econômica, religiosa, cultural, etc.), assinalados ao legislador ordinário"; e *normas de legislação*, que não tem tal conteúdo ético-social, inserindo-se na parte de organização da constituição e, excepcionalmente, de direitos e garantias, relegadas ao legislador ordinário, diante da impossibilidade técnica de serem pormenorizadas na constituição.[87]

José Afonso da Silva também parte da premissa de que não há norma constitucional destituída de eficácia. Segundo o autor, o que se pode admitir é que a eficácia de certas normas não se manifesta na "plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida". A questão, então, seria de classificá-las segundo o "grau de seus efeitos jurídicos". Para isso, a classificação proposta por Meirelles Teixeira, que,

---

[84] TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 313. A obra, embora publicada em 1991, baseia-se em apostilas compiladas na década de 60, e as normas citadas são da Constituição de 1946.
[85] *Ibid.*, p. 332 (grifos do autor).
[86] *Ibid.*,p. 317.
[87] *Ibid.*,p. 323-331.

de acordo com Silva, é a mesma do italiano Vezio Crisafulli, seria insuficiente, sendo necessário discriminar ainda mais, pois há normas que prevêem uma legislação futura, mas não são de eficácia limitada.[88] Por isso, o simples critério da previsão de legislação futura seria "falho".[89] Daí advém a classificação em três categorias: normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; e normas de eficácia limitada, de aplicação indireta, mediata e reduzida, que, por sua vez, podem ser declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípio programático.[90]

Normas constitucionais de eficácia plena, segundo o autor, são aquelas que, "desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular".[91] São normas que, portanto, tem "*aplicabilidade direta, imediata e integral* sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica".[92]

Já as normas de eficácia contida, que, em muitos casos, comungam com as de eficácia limitada a referência a uma legislação futura, destas diferem porque esta legislação futura, ao invés de completar-lhes a eficácia, virá impedir, conter, a expansão do seu comando jurídico. E, isso, algumas vezes, acontece não só por lei, mas também pelo que o autor chama de "conceitos de larga difusão", tais como "ordem pública, segurança nacional ou pública, integridade nacional, bons costumes, necessidade ou utilidade publica", dentre outros. Mas enquanto o legislador ordinário não expedir a lei restritiva, sua eficácia será plena, ponto em que também diferem das normas de eficácia limitada. [93] Sua aplicabilidade não fica condicionada a elaboração da lei posterior, mas somente a um eventual limite que esta venha a lhe impor ou a ocorrência das circunstâncias previstas na norma constitucional (caso de segurança pública, defesa nacional, interesse público, etc.). Por isso, sua aplicação é direta e imediata, mas, como já dito, possivelmente não integral.[94]

Diante disso José Afonso da Silva conceitua as normas de eficácia contida como aquelas em que "o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses

---

[88] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81-82.
[89] *Ibid.*, p. 84.
[90] *Ibid.*, p. 83-86.
[91] *Ibid.*, p. 101.
[92] *Ibid.*, 83 (grifos do autor).
[93] *Ibid.*, p. 103-104.
[94] *Ibid.*, p, 116.

relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados".[95]

Dentro do espectro das normas de eficácia limitada, as normas constitucionais de princípio institutivo são aquelas em que "o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei".[96] Desse modo, são caracterizadas pela referência a uma legislação futura que "lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação". Inserem-se num âmbito de normas de conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, e de suas respectivas atribuições e relações. Visam, pois, criar, organizar, esquematizar essas entidades ou órgãos. Assim, em seu conteúdo, diferem-se das normas programáticas, "que envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim propiciar a realização do bem comum, através da democracia social".[97]

Já as normas programáticas são definidas por José Afonso da Silva como as normas constitucionais por meio das quais,

> "o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado."[98]

Não há um consenso sobre a classificação das normas constitucionais sob o ponto de vista de sua eficácia. Outras podem ser encontradas na doutrina. Maria Helena Diniz propõe classificação com base nos critérios da intangibilidade e da produção de efeitos concretos da norma. Assim, elas poderiam ser divididas em: normas com eficácia absoluta; normas com eficácia plena; normas com eficácia relativa restringível; e normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação.[99]

As normas constitucionais com eficácia absoluta são as "intangíveis", com relação as quais não há nem mesmo o poder de emendar, exercendo uma força "paralisante" sobre toda legislação que vier contrariá-las. Diferem-se das normas com eficácia plena, pois estas, apesar de conterem todos os elementos para incidir

---

[95] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, cit., p. 116.
[96] *Ibid.*, p. 126.
[97] *Ibid.*, p. 125.
[98] *Ibid.*, p. 138
[99] DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos.** 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 109

imediatamente desde sua entrada em vigor, podem ser emendadas.[100] As normas com eficácia relativa restringível correspondem às normas de eficácia contida na classificação de José Afonso da Silva, que podem ser aplicadas imediatamente, mas sua eficácia pode ser restringida nos casos e na forma que a lei estabelecer. Por fim, normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação são as que não estão aptas a gerar efeitos enquanto não for produzida lei que as complemente. A autora divide estas últimas em normas de princípio institutivo e normas programáticas, em sintonia com a doutrina de José Afonso da Silva.[101]

Jorge Miranda propõe a classificação entre normas preceptivas exeqüíveis por si mesmas, normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas e normas programáticas. As normas programáticas não são exeqüíveis por si mesmas e o que as diferencia das normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas é o fato destas exigem apenas a intervenção do legislador, atualizando-as ou tornando-as efetivas, enquanto as normas programáticas, mais do que lei, exigem providências administrativas e operações materiais.[102]

2.2 A origem das normas de eficácia limitada

Ao comentar a Constituição de 1891 Ruy Barbosa trazia a lição, hoje bem conhecida, de que "as Constituições não têm o caracter analytico das codificações legislativas. São, como se sabe, largas syntheses, summas de princípios gerais, onde, por via de regra, só se encontra o *substractum* de cada instituição nas suas normas dominantes". Por isso que – completa Ruy – "ao legislador cumpre, ordinariamente, revestir-lhe a ossatura delineada, impor-lhes o organismo adequado, e lhes dar capacidade real de ação".[103]

Do mesmo modo, dizia João Barbalho que faz parte da natureza das constituições trazerem apenas os delineamentos gerais da organização política que instituem, além de seus princípios gerais e discriminação das diferentes funções dos órgãos

---

[100] DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**, cit., p. 109-112.
[101] *Ibid.*, p. 113-116.
[102] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. t. II, p. 276-277.
[103] BARBOSA, Ruy. **Commentarios à Constituição Federal Brasileira**, cit., p. 477-478.

do governo. Isso, porque, "não seria ella constituição, mas tomaria o caracter e as largas proporções de um código, sí em seu contexto particularizasse a organização completa das instituições e serviços necessários ao regimen que estabeleceo".[104]

Àquele tempo já estava evidente não só que muitas normas constitucionais necessitam de leis inferiores que as completem e outorguem efetividade, como também estava claro, do mesmo modo, a necessidade de impedir os abusos das Assembléias Legislativas, inutilizando normas constitucionais, cuja execução negligenciam em prover. Daí, porque, segundo Ruy Barbosa, muitas constituições optam por particularizar, em certos assuntos que assim mereçam, "circunstância de organização, providências de applicação, mais próprias da esfera ordinária da legistatura".[105]

Note-se que o problema, portanto, não é novo. Ao contrário, fora notado por Ruy já em relação à Constituição de 1891 e, ao invés de encontrar solução ao longo das décadas, se agravou com as Constituições posteriores. Ora, se já era notado sob a égide daquela Constituição, essencialmente liberal e, pois, permeada por direitos que importam em abstenções, não em ações, tornou-se mais acentuado nas constituições sociais posteriores, que passaram a exigir prestações positivas do Estado.

2.3 A origem das normas programáticas

O tema da gênese das normas programáticas é desenvolvido por Meirelles Teixeira, baseando-se nos estudos de Crisafulli sobre tais normas na Constituição italiana de 1947. Os motivos que levaram à instituição das normas programáticas nesta Constituição aplicam-se, segundo Teixeira, em menor ou maior escala a todas as constituições sociais, inclusive as brasileiras de 1934 e 1946.[106]

A Constituição da República Italiana, de 1947, nasceu da luta antifascista pela independência nacional e pela liberdade, que havia visto realizar uma aliança do grupo mais avançado da burguesia e do grupo da pequena e média burguesia em torno do partido político da classe trabalhadora. Refletia-se, assim, um determinado e provisório ponto de

---

[104] CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição federal brazileira**: comentários. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia., 1924, p. 188-189.
[105] *Op. cit*, p. 479.
[106] TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 325.

equilíbrio entre as diversas forças políticas e suas respectivas tendências programáticas: entre aqueles que buscavam o restabelecimento do ordenamento político e social pré-fascista e outros que queriam mudanças radicais na sociedade italiana.[107]

Todavia, o consenso estava distante, e sua precariedade abrangia também a finalidade da Constituição, vista por uns como "mera disciplina de relações políticas e dos poderes públicos em suas manifestações supremas, deixando, porém, inalterado o regime econômico-social anterior", e por outros que, "mesmo sem pretenderem uma instauração imediata do socialismo, assinalavam, todavia, à Constituição a tarefa mais ampla de operar uma profunda renovação da inteira estrutura da sociedade estatal". [108]

Na formação da vontade constituinte, confrontavam-se as exigências de transformações substanciais no ordenamento econômico-social pleiteadas pelos partidos das classes trabalhadoras com as exigências do solidarismo cristão e as de caráter ético-religioso próprias de grande formação do centro, representadas pelo partido da democracia cristã e dos grupos que exprimiam os interesses da burguesia conservadora, de orientação liberal tradicional e, pois, desconfiados da inclusão na constituição de disposições relativas à disciplina de relação econômico-sociais.[109]

Diante disso, somente uma parte das reivindicações sociais conseguiu introduzir-se no texto na nova constituição, enquanto outra parte dessas reivindicações não teve força para determinar uma disciplina imediatamente e diretamente operativa, de modo que foi acolhida apenas em princípio na Constituição Republicana para ser ulteriormente desenvolvida pela sucessiva atividade legislativa do futuro parlamento.[110]

Daí, a existência, na Constituição italiana (como em todas as modernas Constituições "sociais"), de duas faces bem distintas:

> uma, voltada para a estrutura do Estado, e forma de governo, consagrando as liberdades democráticas tradicionais (na Itália, recuperadas pela Nação depois do trágico parêntese fascista), e as novas liberdades democráticas que as forças políticas mais avançadas conseguiram fossem traduzidas em precisa e atual regulamentação de Direito Positivo; e, de outro lado, a *outra parte da Constituição, determinando apenas meras promessas de um desenvolvimento futuro, estabelecendo certas 'diretivas programáticas' à ação dos futuros poderes constituídos, no campo das relações 'sociais'.*[111]

---

[107] Cf. CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le disposizione di principio**. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1952, p. 30.
[108] TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**, cit.,p. 325.
[109] *Ibid.*, p. 325-326.
[110] Cf. CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le disposizione di principio**, cit., p. 32.
[111] TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 326 (grifo do autor).

Mas, de toda essa gênese detalhada, descrita por Meirelles Teixeira a partir da Constituição italiana de 1947, emerge o fato de que com as constituições sociais surgem as normas programáticas.

Como explicita Luís Roberto Barroso,

> Na esteira do Estado intervencionista, surtido do primeiro pós-guerra, incorporaram-se à parte dogmática das Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais, regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual, levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária, para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhe as condições de vida, em sentido mais amplo. Algumas dessas normas definem direitos, para o presente, que são os direitos sociais [....]; outras contemplam certos interesses, de caráter prospectivo, firmando determinadas proposições diretivas, desde logo observáveis, e algumas projeções de comportamentos, a serem efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade.[112]

Mas outras questões circundam as normas programáticas. Os direitos sociais muitas vezes envolvem questões de planejamento e de disponibilização orçamentária, que são deixados ao legislador infraconstitucional, o qual deverá verificar as conjecturas econômicas do momento de sua implementação. Além disso, o orçamento público é de competência de cada uma das pessoas jurídicas de direito público.

Sobre esse planejamento, assim explica Sérgio Resende de Barros:

> Na função de planejamento, o Estado submete a condições políticas e institucionais os cálculos econômicos e financeiros relativos a seus atos políticos e administrativos, endereçando-os para uma *possibilidade de execução* mediante uma adequação razoável e proporcional entre meios e fins. Essa função fica, assim, submetida à *razoabilidade* e à *proporcionalidade*, além de outros princípios superiores da administração pública, entre os quais a legalidade e a legitimidade, a eficiência e a eficácia.
>
> Com esse endereçamento, o plano racionaliza e coordena, unifica e sistematiza a atuação do Estado, em função da política geral que estabelece. Mas a política e o plano gerais se desdobram em *diretrizes e programas*, que são *específicos* por setorização e *especiais* por valoração, dentre os quais hoje se destacam as *políticas públicas* como expressão do dirigismo programático.[113]

Como afirma Ingo Wolfgang Sarlet, "a dificuldade de se definir, já ao nível constitucional, com certa precisão o próprio objeto da prestação é, sem dúvida, outro aspecto correlato, que aqui não pode ser desconsiderado, ao menos no que diz com boa parte dos direitos

---

[112] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 116.

[113] BARROS, Sérgio Resende de. A proteção dos direitos pelas políticas públicas. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 7, n.2, p. 27-43, 2007, p. 28.

sociais a prestações". De fato, como ressalta o autor, não é simples já se definir de plano quais as prestações que envolvem, por exemplo, o direito à educação ou à saúde. [114]

Diante disso, de acordo com Meirelles Teixeira,

> [...] na norma constitucional programática, ao invés de disciplinar diretamente a matéria a que se referem, para a imediata obtenção daqueles fins essenciais, o legislador constituinte preferiu regular, com eficácia imediata, apenas os comportamentos estatais destinados à obtenção final daqueles efeitos, dentro das diretrizes e no sentido nela expresso. A norma, destarte, acha-se apta a produzir, imediatamente, apenas fins não essenciais, fins secundários, se assim podemos dizer, pois, em relação aos essenciais, o legislador constituinte, por estas ou aquelas razões, preferiu ficar em meio do caminho, numa 'promessa de legislação' (daí denominarem os alemães, a estas normas, 'normas de promessa', *Versprechungsnormen).*[115]

A Constituição de 1988 não foi exceção a esse processo. A Assembléia Constituinte foi palco de tendências políticas diferenciadas e aspirações populares, o que conduziu a uma solução de consenso que foi aos poucos se cristalizando nas fases de sua elaboração.[116] Com isso, "na tentativa de firmar o termo médio, aceitável pela maioria, muitas das inovações constitucionais revestiram a forma de preceitos de aplicabilidade diferida".[117]

De fato, traz ela inúmeras normas de eficácia limitada, contida e normas programáticas.[118] Em muitos casos a ausência da norma regulamentadora é clara, como ocorre quando a própria Constituição faz menção a uma lei a ser futuramente elaborada, geralmente mediante as expressões "na forma da lei" (art. 5º, VI), "nos termos da lei" (art. 5º, XXVIII), "fixado em lei" (art. 7º, IV), "nos termos da lei complementar" (art. 7º, I) ou "nos termos e nos limites definidos em lei específica" (art. 37, VII). No entanto, há também casos em que, embora não prevista expressamente a edição de uma norma, o exercício do direito se mostra inviável sem uma lei que venha a regulamentá-lo. Por exemplo, o antigo § 3º do art. 192 (revogado pela Emenda Constitucional nº 40), que previa taxa máxima de juros de 12% ao ano para as concessões de crédito (norma que o Supremo disse ser de eficácia limitada, exigindo regulamentação[119]).

---

[114] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 267.
[115] TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 324.
[116] TÁCITO, Caio. Como fazer valer a Constituição? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 242, p. 1-7, out./dez. 2005, p. 2
[117] *Ibid.*, p. 3.
[118] Utilizando a classificação de José Afonso da Silva.
[119] EMENTA: - Mandado de injunção. Juros reais. Parágrafo 3. do artigo 192 da Constituição. - Esta Corte, ao julgar a ADIn. n. 04, entendeu, por maioria de votos, que o disposto no parágrafo 3. do artigo 192 da Constituição Federal não era auto-aplicável, razão por que necessitava de regulamentação. - Passados mais de cinco anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo

A questão crucial sobre as normas programáticas é que elas passaram a ser sinônimo de norma sem eficácia e, pois, sem efetividade. “Mas hoje esse bloqueio está sendo rompido, em virtude da necessidade de proteger os direitos fundamentais e as políticas públicas neles assentadas.”[120]

Segundo Sérgio Resende de Barros,

> [...] é inconteste a doutrina de que as normas constitucionais programáticas, sobretudo se forem princípios, têm eficácia para [...]: (1) *substancialmente*, revogar atos anteriores e fundar a inconstitucionalidade de atos posteriores que com elas colidirem; (2) *processualmente*, assegurar direito de ação e justificar decisões judiciais contra tais atos colidentes. Esses dois parâmetros, um, substancial e o outro, processual - devem pautar a atuação do Poder Judiciário em relação às políticas públicas fixadas nos princípios constitucionais programáticos, os quais estabelecem direitos difusos, coletivos e categoriais, de teor econômico, social e cultural, que – por serem *direitos humanos fundamentais* – devem ser assegurados não só pelo Estado, mas também pela própria sociedade civil, ora ao todo social, ora àquelas categorias sociais necessitadas de especial proteção.[121]

Assim, a constituição social prescreve mudanças, metas, políticas públicas para o Estado e para a sociedade, ao invés de descrever uma realidade já existente. Os delineamentos exatos dos novos rumos traçados nem sempre são consenso, nem sempre podem ser realizados de imediato, necessitando do devido planejamento. Enfim, as mudanças não podem ser impostas do dia para noite. Daí as normas programáticas, que são uma realidade que tem que ser admitida. Porém, não podemos deixar que o que foi prescrito fique eternamente no papel e se os responsáveis pela sua implementação permanecem omissos, cumpre à sociedade reivindicar seus direitos, assim como cumpre ao intérprete buscar, no próprio ordenamento, meios para a efetividade dos direitos que foram consagrados constitucionalmente.

2.4 A efetividade das normas constitucionais

No capítulo anterior foram apresentados argumentos no sentido de que a constituição, em um Estado Democrático de Direito, exerce papel transformador e, assim, a

---

constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não e capaz de elidir a mora legislativa, não há duvida de que esta, no caso, ocorre. Mandado de injunção deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providencias necessárias para suprir a omissão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 323/DF. Rel. Min. Moreira Alves. J. 08/04/1994. DJ 09/12/1994. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2008.

[120] BARROS, Sérgio Resende de. **A proteção dos direitos pelas políticas públicas**, cit. p. 30.

[121] *Ibid.*, p. 30-31 (grifos do autor).

efetividade dos direitos e garantias constitucionais é elemento essencial na busca de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Cuida-se ora de saber o que se entende por efetividade das normas constitucionais.

A classificação das normas constitucionais de José Afonso da Silva não dispensou por parte do autor a diferenciação entre a eficácia jurídica e eficácia social. Eficácia jurídica da norma, segundo o autor, designa "a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita". Já a eficácia social "refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada". É o que se chama tecnicamente de efetividade da norma. Se eficácia jurídica pode ser traduzida como potencialidade, "o alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade".[122] Os conceitos mantêm íntima relação: sem eficácia, isto é, a capacidade para produzir efeitos jurídicos, não se terá jamais a efetividade.

Conforme Gilberto Bercovici,

> "a efetividade, ou eficácia social, refere-se à implementação do programa finalístico que orientou a atividade legislativa. A norma só será efetiva quando seu objetivo for alcançado por força de sua eficácia (observância, aplicação, execução, uso), ou seja, quando ocorrer a concretização do comando normativo no mundo real".[123]

Luís Roberto Barroso também identifica efetividade com eficácia social. Para ele, a efetividade é "a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social".[124]

Para Marcelo Neves, eficácia diz respeito à realização do "programa condicional", ou seja, à concretização do vínculo "se-então", que está abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal. Por outro lado, efetividade se refere "à implementação do 'programa finalístico' que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo 'meio-fim' que decorre abstratamente do texto legal".[125] Ainda segundo o autor, há que se distinguir efetividade, inefetividade e antiefetividade. Por exemplo, uma lei destinada a combater a inflação será efetiva se a inflação for reduzida por conta de sua eficácia (observância, aplicação, uso). Porém, o vínculo "se-então" previsto

---

[122] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, cit., p. 65-66.
[123] BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999, p. 39.
[124] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira, cit., p. 85.
[125] NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 47-48.

nessa lei pode estar sendo concretizado nas relações sociais, sem que haja aumento de preços, hipótese em que se terá eficácia sem efetividade. Por fim, essa mesma lei pode ser eficaz, mas provocar uma alta de preços, implicando, nesse caso, em antiefetividade.[126]

Finalmente, Sérgio Resende de Barros inova ao identificar efetividade como a soma da eficácia jurídica com a eficácia social:

> Eficácia jurídica é a capacidade de produzir efeitos jurídicos: aptidão. Eficácia social é produção efetiva desses efeitos: concreção. Completando-se, produzem a transformação da norma em conduta segundo o valor que a instrui. Somando-se, realizam o direito na prática social. No fim do processo de efetivação, a efetividade resulta sendo um todo: a soma da eficácia jurídica com a social. Nessa soma, a efetividade é o acatamento do direito pela práxis social.[127]

Efetividade e eficácia são conceitos graduais.[128] Podem, pois, apresentar-se em grau mais ou menos elevado. As normas constitucionais serão plenamente efetivas quando a realidade se igualar ao Estado prescrito pelo constituinte. "A efetividade constitucional é o desafio do século XXI. Se os séculos XIX e XX caracterizaram-se pelo movimento político de conquista dos direitos humanos, no presente a luta política é a efetividade do direito".[129] Nessa linha, Antonio Rulli Neto identifica a existência de um movimento "efetivista". Segundo o autor, "o potencial de transformação está estabelecido no próprio sistema, e, com tantas atitudes voltadas para a celeridade e aplicação adequada do direito, acreditamos realmente entrar em uma nova fase que pode ser denominada *efetivista"*.[130] De fato, restar fazer a sociedade sentir plenamente os efeitos dos diversos direitos consagrados na Constituição. Porém, as omissões normativas são um obstáculo a ser superado até a concretização desse ideal. Daí a necessidade de seu estudo e da criação e aperfeiçoamento dos instrumentos disponíveis para seu suprimento.

---

[126] NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**, cit., p. 48.
[127] BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Millennium, 2008, p. 178
[128] NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**, cit., p. 48.
[129] SIQUEIRA Jr., Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade: o direito no século XXI é tolerância, bom senso e cidadania. *In:* **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 251-276.
[130] RULLI NETO, Antonio. Dignidade humana e direitos fundamentais dentro de um contexto efetivista. *In:* **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.-327-349 (grifo do autor).

3 A OMISSÃO NORMATIVA

Analisado o conceito de efetividade, é preciso, doravante, esclarecer o que caracteriza a omissão normativa, em verdade, mais propriamente, a omissão normativa inconstitucional, comprometedora da efetividade constitucional e do Estado Democrático de Direito.

3.1 A omissão normativa inconstitucional

Ao tratar da omissão em se produzir as normas legais que integram o ordenamento jurídico, volta-se o presente trabalho sobre a omissão normativa inconstitucional. De tal proposição, já se pode constatar que não se trata de qualquer omissão, mas daquela que assume especial relevância por ferir a constituição.

Assim, a omissão normativa inconstitucional é aquela decorrente do descumprimento de um dever constitucional de emanação da norma. Na definição de Canotilho, "a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela constituição", daí porque não se trata "de um simples negativo 'não fazer'", mas sim "de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado".[131] Não assumindo um comportamento positivo "traduzido na emissão de um acto jurídico ao qual se encontre constitucionalmente vinculado, o órgão viola um dever de atuação que o faz incorrer em *inconstitucionalidade material por omissão*".[132] A inobservância do dever constitucional de legislar pode resultar tanto de um comando explícito da constituição, quanto "de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação".[133]

---

[131] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 331.
[132] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, t. II., p. 456 (grifos do autor).
[133] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 975.

É em razão desse dever específico de legislar que não se pode aferir a inconstitucionalidade por omissão em bloco, mas apenas em face de determinada norma. O descumprimento da constituição pela não efetivação das normas por ela previstas não é visto sob o ponto de vista de seu resultado global, mas sim a partir de uma norma tal, a que o legislador infraconstitucional deixou de dar a devida exeqüibilidade.[134]

Normalmente o legislador tem a faculdade de legislar, não propriamente um dever. A decisão acerca de legislar insere-se no âmbito de sua discricionariedade, de modo que, em regra, a opção por não elaborar a norma não caracteriza um comportamento omissivo inconstitucional. Todavia, quando a constituição impõe o dever de editar a norma reguladora, a omissão será inconstitucional.[135] O silêncio se transforma em omissão inconstitucional quando o legislador, com ele, substitui o povo soberano e se transforma em constituinte, ou seja, com seu silêncio altera o conteúdo normativo da constituição.[136] Isso pode inclusive ser considerado um processo informal de mudança ilegítima da constituição.[137]

É certo que o silêncio tem um componente político consubstanciado na decisão de não legislar. Mas sua essência não se esgota apenas nisso. O silêncio também possui um elemento normativo, que acompanha o político. O controle de constitucionalidade do silêncio recai sobre essa face normativa.[138]

O fundamento da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão está na superioridade formal e material da constituição sobre a lei ordinária[139] - e, acrescente-se -, sobre todas as demais normas. Aliás, a superioridade da constituição é fundamento de todo o controle de constitucionalidade, do qual não foge a caracterização da inconstitucionalidade por omissão. A diferença é que nesta se assume um viés diferente: a norma superior emanada do constituinte impõe deveres aos órgãos constituídos - dentre eles o de produzir normas que tornem efetivos os direitos previstos constitucionalmente - que devem ser cumpridos. Como observa Villarverde Menéndez, a supremacia normativa é o fator que define o modo e grau de vinculação do legislador à constituição, o que não

---

[134] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, t. VI,. p. 284.
[135] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 161-162.
[136] MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. **La inconstitucionalidad por omisión.** Madrid: MacGraw-Hill, 1997, p. 3.
[137] Nesse sentido, cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonade, 1986, p. 217-218.
[138] MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. **La inconstitucionalidad por omisión**, cit., p. 6-7.
[139] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, cit., p. 329.

exige ferir a autonomia política deste, nem torná-lo mero executor constitucional. Ao se controlar a omissão constitucional, não se está menoscabando a função legislativa, nem obrigando o legislador a legislar, mas sim se restabelecendo a supremacia constitucional.[140] Esse é um importante argumento em favor da compatibilidade do controle das omissões inconstitucionais com o princípio da separação dos poderes.

Interessante distinção entre a inconstitucionalidade por ação e por omissão é feita por Gilmar Ferreira Mendes, a partir da doutrina alemã sobre o tema:

> [...] os diversos aspectos que envolvem a omissão do legislador impõem o estabelecimento de algumas distinções. As diferenças entre a declaração da inconstitucionalidade de ato legislativo e de omissão legislativa são evidentes. Como observa Pestalozza, afigura-se impossível declarar a nulidade de uma omissão legislativa; (a decisão) limita-se a constatar a inconstitucionalidade". Daí ter se desenvolvido na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, a técnica de declaração de inconstitucionalidade *(Unvereinbarkeit)* sem a conseqüência da nulidade.[141]

Na expressão de Jorge Pereira da Silva, o próprio verbo omitir é um verbo transitivo, "já que quem omite, omite sempre alguma coisa ou algum comportamento com que se estaria a contar, dada a sua adequação aos padrões comuns das relações sociais".[142] Mas além da justaposição de um "elemento material ─ a inércia ou inactividade do órgão legislativo" com um "elemento formal ─ a violação de um dever de actuação", acrescenta o autor um "terceiro elemento", pois, "verificar a existência de uma omissão legislativa significa fazer um juízo de discrepância entre o comportamento real do legislador e o comportamento que dele se esperaria". Isso porque,

> [...] é sabido que as contingências da realidade econômica, social e cultural podem tolher a capacidade ou a liberdade de actuação do legislador, ao qual não é legítimo exigir que utilize meios ou recursos que não possui nem que alcance resultados impossíveis. Aqui, tal como no direito privado, as obrigações de conteúdo impossível não vinculam juridicamente, pelo que o legislador, no cumprimento das suas obrigações de actuação — que tanto podem ser obrigações de meios como de resultado -, não pode, por definição ser constitucionalmente compelido a fazer opções legislativas impossíveis de concretizar ou irresponsáveis do ponto de vista político.[143]

No mesmo sentido, diz Gilmar Ferreira Mendes que a inconstitucionalidade por omissão pressupõe um dever constitucional de legislar. Porém, "não se afigura

---

[140] MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. **La inconstitucionalidad por omisión**, cit., p. 5.
[141] MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 55.
[142] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica: 2003, p. 11.
[143] *Ibid.*, p. 11-12.

suficiente a caracterização dessa exigência constitucional *(Verfassungsauftrag).* Há que se distinguir o dever constitucional de legislar, suscetível de complementação ou suprimento *(vertretbarer Auftrag),* daquela exigência insuprível *(unvertretbarer Auftrag)* na via judicial".[144]De fato, não se pode exigir que o legislador faça o impossível ou aquilo para o que ele não tem meios, principalmente materiais, disponíveis. Aqui a inconstitucionalidade por omissão se aproxima do tema da reserva do possível, muito discutido na questão da implementação de políticas públicas. Daí a dúvida sobre a possibilidade de se aferir a inconstitucionalidade por omissão frente às normas programáticas.

Segundo Canotilho,

> O simples dever geral de emanação de leis não fundamenta uma omissão inconstitucional. De igual modo, as *«ordens constitucionais gerais de legislar», (allgemeine Verfassungsgebote),* isto é, as imposições constitucionais que contêm deveres de legislação abstractos (exemplo: as normas programáticas, os preceitos enunciadores dos fins do Estado), embora configurem deveres de acção legislativa, não estabelecem concretamente aquilo que o legislador deve fazer para, no caso de omissão, se poder falar de silêncio legislativo inconstitucional. Aqui reside, quanto a nós, a diferença fundamental entre as *imposições abstractas* e as *imposições constitucionais concretas:* a não realização normativa das primeiras situa-nos no âmbito do «não cumprimento» das exigências constitucionais, e eventualmente, no terreno dos «comportamentos ainda constitucionais» mas que tenderão (no caso de sistemático não actuar legislativo) a tornar-se «situações inconstitucionais». Neste plano se desenvolve, em grande parte, a *luta político-constitucional* em torno da constituição programática. No caso das imposições constitucionais em sentido estrito, o não cumprimento é um verdadeiro caso de inconstitucionalidade: o legislador viola, por acto omissivo, o dever de actuar concretamente imposto pelas normas constitucionais.[145]

Semelhante é o entendimento de Jorge Miranda. Nas normas não exeqüíveis preceptivas, a inconstitucionalidade produz-se logo após a entrada em vigor da norma constitucional ou após transcorrido o prazo dado ao legislador para a complementar. Na norma programática, para a configuração da inconstitucionalidade é preciso que o legislador se mantenha passivo "perante os condicionalismos econômicos e sociais de que depende a sua efectivação, não os procurando conformar ou promover, ou, no limite, estando eles já verificados, não emitindo a correspondente orientação prospectiva ao serviço dos fins constitucionais" [146].

De fato, no caso da norma programática, é preciso uma análise acerca das condições econômicas e sociais de que depende a efetivação da norma, não se olvidando que é

---

[144] MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos, cit., p. 57.
[145] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, cit., p. 332.
[146] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. VI, cit., p. 287.

dever do Estado promover tais condições e, mais ainda, promover a efetivação do direito consagrado constitucionalmente quando as mesmas estiverem presentes para que assim se atinja a transformação social prevista e desejada pelo constituinte.

Jorge Pereira da Silva, no mesmo sentido, observa que nem sempre os deveres de atuação legislativa decorrentes da constituição exigem a imediata produção de normas destinadas a concretizar os preceitos constitucionais, a proteger os direitos fundamentais ou a repor o respeito ao princípio da igualdade. Em alguns casos, tais deveres são "impostos ao legislador com um horizonte temporal mais ou menos dilatado, permitindo que este aguarde pelo momento mais propício para lhes dar cumprimento".[147] Por isso o autor, utilizando uma analogia com o direito privado, diz que há deveres de atuação sujeitos a "condição suspensiva", de modo que o legislador só ficará numa situação de incumprimento (isto é, de inconstitucionalidade por omissão), quando verificada essa condição. A "condição suspensiva" mais freqüente é normalmente designada por "reserva do possível".[148]

Na presença de um dever concretização legislativa, o juiz deve qualificar a norma constitucional como norma não exeqüível por si mesma ou como norma programática. Em seguida, deverá efetuar uma avaliação do tempo decorrido entre o momento do início de vigência da norma constitucional e o momento que a questão lhe for apresentada. Por fim, se estiver diante de uma norma programática, deverá ainda realizar uma prudente "apreciação da realidade constitucional, com o objectivo de verificar se estão reunidas as condições de facto e de direito necessárias à concretização legislativa da disposição em causa".[149]

Disso tudo se pode dizer que não apenas a inconstitucionalidade por ação, mas também a por omissão pode ser qualificada como originária ou superveniente:

> Existe inconstitucionalidade por omissão originária sempre que das normas constitucionais se desprendam deveres de imediata actuação legislativa, sem dependência de factores externos de ordem factual ou normativa; existe inconstitucionalidade por omissão superveniente quando, apesar de não ser possível extrair das normas constitucionais deveres de imediata actuação legislativa, já se verificou a condição da "reserva do possível" ou já se operaram as transformações normativas e materiais da realidade constitucional que, à luz da Constituição, exigem uma intervenção reguladora sobre a realidade em causa. No primeiro caso, a norma implícita negatória é *ab initio* inconstitucional, isto é, a partir do momento em que se esgota o tempo estritamente necessário do processo legislativo; no segundo caso, a norma implícita começa por ser

---

[147] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra as omissões legislativas**, cit., p. 196-197.
[148] *Ibid.*, p. 197.
[149] *Ibid.*, p. 197.

> o resultado de uma inércia do legislador até que, pouco a pouco, se torna supervenientemente inconstitucional.[150]

De fato, muito se debate se a análise da inconstitucionalidade por omissão depende também de um juízo sobre o tempo razoavelmente necessário para emissão da norma. Jorge Miranda entende que o juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se em um juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei, assinalado pela própria constituição ou dependente da natureza das coisas, isto é, da natureza da norma constitucional não exequível por si mesma confrontada com as situações da vida. Desse modo, o órgão fiscalizador deverá analisar o tempo decorrido e concluir pela inconstitucionalidade por omissão quando o legislador "não só podia como deveria ter emitido a norma legal, diante de determinadas circunstâncias ou situações em que se colocou ou foi colocado".[151]

Canotilho afirma que a inconstitucionalidade por omissão não se vincula necessariamente a prazos ou tempos em que deveria ter havido a *interpositio* legiferante. Os momentos decisivos para configuração da inconstitucionalidade por omissão são mais "a importância e a indispensabilidade da medida legislativa para dar operatividade prática às normas constitucionais do que a eventual fixação de limites *ad quem*".[152] Villaverde Menéndez também critica o argumento do "prazo razoável" para elaboração da lei como critério da verificação da inconstitucionalidade por omissão. O importante é que o silêncio legislativo conserve ou gere uma situação contrária à constituição. Em seu entendimento, o silêncio legislativo se transforma em uma omissão inconstitucional no momento em que fica provada a lesão à constituição, e não quando vencido um prazo decidido pelo juiz constitucional.[153]

Já segundo o Supremo Tribunal Federal, em decisão relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence,

> [...] a mora, que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da lei fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo

---

[150] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra as omissões legislativas**, cit., p.199-200. A "norma implícita" mencionada é a que se subentende da não efetivação do direito, na forma de um comando contrário a sua concretização.
[151] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. VI, cit., p. 287-288.
[152] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1037.
[153] MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. **La inconstitucionalidad por omisión**. Madrid: MacGraw-Hill, 1997, p. 44-45.

> podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar.[154]

Também é importante ressaltar que a omissão normativa não é privilégio no Poder Legislativo. Não se trata apenas da falta de lei, mas como bem disse o Constituinte brasileiro, da falta de medida para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2º).

A falta de tal medida pode ser atribuída aos demais Poderes, tanto nos casos em que lhes cabe a iniciativa de leis, quanto nos casos em que têm a competência para elaborar determinadas normas. Tal assertiva está consubstanciada também no próprio texto constitucional. Basta notar que a Constituição de 1988, ao tratar de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, diz que será dada ciência ao "Poder competente" para que adote as providências necessárias, mencionando, ainda, que se este for órgão administrativo, terá o prazo de trinta dias para fazê-lo (art. 103, § 2º). Além disso, ao distribuir as competências para julgar o mandado de injunção, o faz com base na autoridade que teria atribuição para elaboração da norma, ou seja, na autoridade omissa, citando, no caso de competência do Supremo Tribunal Federal, o Presidente da República, o Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Mesas de uma dessas Casas Legislativas, o Tribunal de Contas da União, os Tribunais Superiores e o próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, q). Já no caso de competência do Superior Tribunal de Justiça, a omissão e, pois, a legitimidade passiva para o mandado de injunção, pode ser de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (105, I, h).

Desse modo, resta claro, do próprio texto constitucional, que qualquer autoridade de qualquer dos poderes pode praticar a inconstitucionalidade por omissão.

3.2 Tipologia das omissões normativas

As omissões normativas comportam uma classificação entre *omissões absolutas* e *omissões relativas*.

---

[154] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 361/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 08/04/1994. DJ. 7/06/1994. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 11 out. 2008.

As omissões absolutas são aquelas em que o Poder competente não emite, total ou parcialmente, a norma necessária a concretizar um dispositivo constitucional não exeqüível por si próprio.

As omissões absolutas podem ser subdivididas "com base em um critério quantitativo". Assim, haverá *omissão absoluta total* "sempre que o órgão legislativo se furte integralmente ao cumprimento do seu dever de legislador imposto pela Constituição, não produzindo qualquer acto legislativo" e haverá uma *omissão absoluta parcia*l quando o órgão "apenas cumprir com uma parcela ou segmento de seu dever de legislar", abstendo-se de "dar cumprimento a outra ou outras parcelas inerentes ao mesmo dever ou encargo".[155]

As omissões relativas diferenciam-se das omissões absolutas pelo fato de que não decorrem de uma abstenção, total ou parcial, em se concretizar uma determinada norma constitucional, mas sim de uma norma que, regulamentando determinada situação, "estabelece direitos, benefícios, deveres ou obrigações para uma dada categoria ou grupos de pessoas, abstendo-se, contudo, de aplicar o mesmo regime a outra categoria ou grupo de destinatários que se posicione numa situação igual ou dotada de uma identidade jurídica relevante", criando, assim, discriminações injustificadas entre pessoas em situações iguais, que ferem o princípio da igualdade[156]. Em suma, a omissão relativa ocorre não por uma abstenção, mas por uma ação que não contempla todos aqueles que se encontrem em uma situação igual (e, nesse sentido, omitindo-se quanto a esta determinada categoria). Mais que um não agir, é um agir de forma discriminatória, ferindo o princípio da igualdade. É o caso (hipotético) de uma lei que conceda um determinado auxílio financeiro a pais casados que tenham filhos e não inclua os pais separados ou em união estável.

A exclusão, nesses casos, pode ser concludente ou explícita. É concludente quando a lei concede benefícios somente a uma determinada categoria e é explícita quando a lei exclui sua aplicação a determinados seguimentos.[157]

Em razão das características apontadas, as omissões absolutas também são chamadas de *próprias* e de *reais*, pois configuram real descumprimento do dever de

---

[155] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio, cit., p. 457.
[156] *Ibid*., p. 458.
[157] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 976. Os autores chamam a omissão incompatível com o princípio da igualdade de omissão parcial.

legislar e não uma legislação discriminatória, enquanto que as omissões relativas são chamadas de *impróprias* e de *aparentes*.

A diferença entre a omissão absoluta parcial e a omissão relativa pode ser difícil, na medida em que uma determinada omissão inconstitucional parcial pode também configurar uma inconstitucionalidade por omissão vista em face do princípio da igualdade. Canotilho não vê diferença entre a omissão absoluta parcial e a omissão relativa. Em seu entendimento, a concretização incompleta tanto pode derivar de uma intenção deliberada do legislador de contemplar determinados grupos ou situações (exclusão expressa ou explícita), violando o princípio da igualdade, quanto pode derivar apenas de uma apreciação incompleta das situações de fato, sem a intenção de algum favorecimento (incompletude regulativa). Na primeira hipótese, haverá inconstitucionalidade por ação em face do princípio da igualdade e, na segunda, inconstitucionalidade por omissão.[158]

Porém, Blanco de Morais entende que, embora haja situações de cumulação entre as duas espécies de omissão, não é possível concordar com essa assimilação. A cumulação ocorre, por exemplo, no caso de lei que crie benefícios sociais para crianças órfãs nascidas a partir de uma determinada data, mas excluindo as demais. Nessa hipótese, haveria, simultaneamente, inconstitucionalidade parcial por omissão, pois a regulamentação deixou de fora uma determinada parcela de crianças órfãs, e omissão relativa inconstitucional, pois a lei criou uma desigualdade injustificada entre crianças em situações iguais. Assim procedendo, não se deu suficiente exeqüibilidade à norma constitucional e, ao mesmo tempo, causou-se uma desigualdade, razão da cumulação entre omissão parcial e omissão relativa. Há casos, porém, em que a atividade legislativa não visa tornar exeqüível um determinado dispositivo da constituição, pois este já é aplicável por si próprio. Exemplo é uma lei que discrimine filhos nascidos fora do casamento, excluindo-os de determinados benefícios concedidos. Não estando em causa a concretização de normas constitucionais não exeqüíveis por si mesmas, haverá apenas omissão relativa, não omissão parcial, pois não haverá falta de cumprimento de uma obrigação de regulamentação determinada pela constituição (omissão absoluta parcial).[159]

A principal conseqüência dessa diferenciação é que a omissão absoluta parcial será controlada pelo sistema de verificação em abstrato da inconstitucionalidade por omissão, enquanto que a omissão relativa, em virtude da ofensa ao princípio da

---

[158] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, cit., p. 1036.
[159] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio, cit., p. 458-460.

igualdade, poderá ser apreciada em sede de controle de constitucionalidade por ação, abstrata ou concreta, inclusive com a possibilidade de prolação de uma sentença com efeitos aditivos (como será analisado mais detalhamente adiante).

3.3 A quebra do dogma da intangibilidade da omissão normativa

A previsão no texto constitucional da possibilidade de se controlar a omissão normativa inconstitucional importa na quebra de um verdadeiro dogma. De fato, "a Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição brasileira de 1988 constituem excepções a um dogma correntemente firmado: existe apenas inconstitucionalidade por ação e só esta é susceptível de controlo, pelo menos jurisdicional".[160]

A princípio, tanto no controle difuso, idealizado por Marshall, quanto no controle concentrado de Kelsen, teve-se sempre em foco a norma inconstitucional que veio a integrar o ordenamento jurídico, rompendo a sua sistematicidade e unicidade e desrespeitando a supremacia da constituição. Por isso que razão assiste a Canotilho ao identificar um verdadeiro dogma.

Pode-se dizer que as raízes deste dogma estão em uma concepção de intangibilidade do Poder Legislativo, soberano da conveniência e oportunidade de legislar, ou em um entendimento ortodoxo e restritivo do principio da separação de poderes. Isso, porém, ruiu com a noção de que a constituição é desrespeitada não só pela edição de uma norma em confronto com suas disposições, mas também pela não execução do que foi nela determinado.

Cuida-se, assim, de analisar os meios em que se pode exercer o controle da omissão normativa inconstitucional, bem como desenvolver novos meios, além de construções que contribuam para uma maior efetividade dos já existentes, como se fará nos capítulos seguintes, sempre tendo como meta a plena efetividade dos direitos constitucionais.

---

[160] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanação de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 352.

3.4 Direito à emanação de normas

Questiona-se também se existiria um direito à emanação de normas, que importaria em um **direito subjetivo público à atividade normativa**, ao qual corresponderia uma ação de defesa.[161]

Os argumentos contra o reconhecimento em questão são atinentes, principalmente, à violação do princípio da separação de poderes, subvertendo a relação de forças entre Legislativo e Judiciário, além da difícil exeqüibilidade judicial desse direito, em razão do alegado impedimento dos juízes de se intrometer na liberdade de conformação do legislador.[162]

Canotilho salienta que "a doutrina e a jurisprudência de vários quadrantes jurídico-culturais mantêm com firmeza este 'dogma-dogmático' – o cidadão não tem direito a exigir, através da via judicial, a emanação de normas jurídicas".[163] Mas, segundo o citado autor, não obstante tal doutrina, nem por isso o dogma tem deixado de ser questionado em tempos mais recentes. Nesse sentido, a necessidade de uma nova abordagem problematizante das omissões normativas radica numa série de considerações, que assim são por ele sintetizadas:

> a) Em primeiro lugar, os esquemas regulativos e de acção do Estado Social não se reconduzem mais a narratividades dogmáticas dicotômicas do gênero norma jurídica/acto administrativo. Esta observação é confirmada pela diluição dos contornos conceituais da própria categoria de norma ou regra jurídica. [...] b) Em segundo lugar, são cada vez mais freqüentes os casos de lesão de direitos fundamentais por falta de normas densificadoras adequadas. Umas vezes, a omissão conexiona-se com a dimensão prestacional de um direito — sirva-nos de exemplo o direito de subvenção de uma escola privada de deficientes, a quem o Estado garante verbas orçamentais nos termos de uma lei a elaborar pelo Parlamento, ou o direito à participação nos lucros de empresas públicas por parte dos trabalhadores segundo as modalidades prescritas na lei. Noutros casos não é sequer necessário recorrer a estes exemplos de direitos a prestações. Bem dentro das perspectivas clássicas do Estado de Direito, imagine-se o caso do reconhecimento do direito à justiça por parte dos consumidores a efectivar jurídico-processualmente perante "tribunais dos consumidores" com a composição e competência definidas nos termos da lei.[164]

---

[161] Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, cit., p. 339-345.
[162] *Ibid.*, p. 339-340.
[163] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanação de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas, cit., p. 357.
[164] *Ibid.*, p. 358.

Já como coloca Carlos Augusto Alcântara Machado,

> [...] se no passado a doutrina nacional advogava, quase indistintamente, a tese de que a omissão do legislador em emitir normas integrativas seria insindicável e incontrolável jurídica e jurisdicionalmente, como afirmava José Afonso da Silva, pois tal situação gerava uma obrigação política e não jurídica, hoje a situação não é mais a mesma, em função do art. 103, § 2º e, especialmente, do art. 5º, LXXI, ambos os dispositivos da Carga Magna vigente.
> Diante dessa nova realidade constitucional, faz-se mister uma reavaliação do dogma de que o 'cidadão não tem o direito de exigir a emanação de normas jurídicas'. Esse 'dogma dogmático', para utilizarmos a linguagem de Canotilho, necessita de revisão, notadamente quando se tratar de direitos fundamentais não implementados por falta de norma regulamentadora. Urge buscarmos, consciente, serena e responsavelmente, a 'erosão do dogma. [165]

Segundo Eros Roberto Grau, "não resta dúvida quanto ao fato de que a sociedade é titular de um direito à emanação de normas quando do advento de tais normas depender a eficácia deste ou daquele preceito constitucional".[166]

Porém, para Luís Roberto Barroso, "a noção corrente de direito subjetivo, em seus limites angustos, que supõe a individualização do sujeito, não acolhe com propriedade técnica, esta visão".[167]

Realmente, se por um lado têm os Poderes Públicos a obrigação de implementar as normas necessárias à concretização dos direitos consagrados constitucionalmente, por outro, a visão de um direito subjetivo público do cidadão em face do legislador, a ser garantido pela Justiça Constitucional, parece exagerada e importa na utilização de conceitos mais próximos do direito privado. Nas omissões constitucionais, muitos outros interesses estão envolvidos. A questão, assim, precisa ser colocada de uma outra forma, não singelamente como um direito público subjetivo. Não se trata de elucidar uma relação quase contratual entre legislador e cidadão, estabelecendo direitos e obrigações mútuas. A suposta obrigação de legislar não é objeto de direito algum, mas decorrente de um dever de não contrariar a constituição e a justiça constitucional é um mecanismo de controle, encarregado de velar pelo cumprimento desse dever.[168]

---

[165] MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 131.
[166] GRAU, Eros. **A constituinte e a constituição que temos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 45.
[167] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da constituição brasileira, cit., p. 163.
[168] Nesse sentido, cf. MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. **La inconstitucionalidad por omisión**, cit., p. 42.

3.5 Aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais e a vinculação dos Poderes Públicos

Segundo o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Em razão de tal norma, os direitos e garantais previstos na constituição impõe-se e tornam-se vinculantes, imediatamente, não só à Administração, mas também aos demais Poderes e aos cidadãos (vez que não há distinção).

A norma em questão, segundo Ingo Wolfgang Sarlet pode ser "compreendida como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível".[169]

Vieira de Andrade, ao analisar preceito consagrador da mesma regra na Constituição Portuguesa (art. 18/1), salienta que tal norma institui um regime específico para os direitos, liberdades e garantias, visando garantir-lhes um máximo de efetividade. Desse regime, sobressaem o caráter de direito diretamente aplicável independentemente da intervenção legislativa concretizadora; a vinculação estrita do legislador e as condições para sua intervenção restritiva, que deverá necessariamente invocar um valor constitucionalmente reconhecido e respeitar o conteúdo essencial dos direitos e princípio da proporcionalidade; a garantia dos direitos em face de todos os poderes públicos e privados, não se esquecendo do próprio poder de revisão constitucional e as situações excepcionais dos estados de sítio e emergência.[170]

Flávia Piovesan descreve os efeitos do art. 5º, § 1º, no âmbito da cada Poder. De acordo com a autora, compete ao legislador, na qualidade de destinatário das normas que consagram direitos e garantias fundamentais,

> a) proceder em tempo razoável útil a sua concretização, sempre que esta seja necessária para assegurar a exeqüibilidade de normas, sob pena de inconstitucionalidade por omissão; b) mover-se no âmbito desses direitos, sendo-lhe vedado que, a pretexto da concretização de direitos por via legal, opere uma redução da força normativa imediata dessas normas,

---

[169] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 326.

[170] ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 184.

> trocando-a pela força da lei; c) não emanar preceitos formal ou materialmente incompatíveis com essas normas.[171]

Já ao Judiciário, segunda a autora, compete,

> a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras.[172]

Por fim, à Administração compete papel essencial na concretização dos direitos fundamentais no exercício de sua competência "planificadora, regulamentar, fornecedora de prestações".[173]

É interessante, nesse aspecto, notar uma evolução do princípio da legalidade administrativa. Tradicionalmente, a vinculação da atividade administrativa aos direitos fundamentais era assegurada através do princípio da legalidade, sendo atribuída à lei a proteção da liberdade e da propriedade, de maneira que a Administração só poderia intervir mediante autorização legal expressa e deveria, quando isso fosse possível, atuar em conformidade com lei.[174] A Administração, segundo princípio já enraizado, só pode fazer o que a lei lhe autoriza, enquanto o particular pode realizar tudo o que não lhe seja vedado.

Porém, a proibição de atuação administrativa *praeter legem* não implica na desconsideração da possibilidade de aplicação direta dos direitos, liberdades e garantias. Assim, além de não poder restringir tais direitos, a Administração, mesmo na ausência de lei, pode e deve, no âmbito de suas atribuições e competências, proteger, promover e concretizar as normas relativas aos direitos, liberdades e garantias, de modo que sua atividade passa a ser não apenas de execução da lei, mas de execução vinculada da constituição.[175]

Essa vinculação da Administração diretamente à constituição repercute na aplicação da lei, que deve ser interpretada em conformidade com os preceitos constitucionais, possibilitando, inclusive, a não aplicação de normas manifestamente inconstitucionais. Do mesmo modo, interfere no campo da discricionariedade administrativa, que passa a se condicionar ao respeito pelos direitos, liberdades e garantias,

---

[171] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 90.
[172] *Ibid.* , p. 90-91.
[173] *Ibid.*, p. 91.
[174] ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**, cit, p. 224.
[175] *Ibid.*, p. 225. É importante deixar claro que o autor restringe esse entendimento aos direitos, liberdades e garantias, e não aos direitos sociais, que, no seu entendimento, têm menor densidade normativa.

os quais, inclusive, podem, em determinados casos, reduzir drasticamente a discricionariedade da Administração.[176]

Mas a mudança de perspectiva imposta pela norma constitucional em questão não se restringe à Administração Pública, incidindo também sobre a órbita do Poder Legislativo, principalmente no aspecto da obrigação de elaboração das normas previstas constitucionalmente para concretização dos direitos fundamentais. Como observa Sarlet:

> No que diz com a vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais, é lícito afirmar, na esteira da já clássica doutrina de Durig, que esta vinculação, considerada com base numa dimensão filosófica e histórica, implica clara renúncia à crença positivista na onipotência do legislador estatal, significando, por outro lado (sob um ângulo dogmático-jurídico) a expressão jurídico-positiva da decisão tomada pelo Constituinte em favor da prevalência dos valores intangíveis contidos nas normas de direitos fundamentais em face do direito positivo. Valendo-nos aqui das expressivas palavras de Vieira de Andrade, há que se reconhecer que 'o poder legislativo (a potência legislativa) deixou de corresponder à idéia de um soberano que se autolimita, devedor apenas de uma veneração moral ou política a uma Constituição distante e juridicamente débil'.[177]

A importância do principio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, segundo Canotilho e Vital Moreira, está em se deixar claro que tais direitos não são normas "enfraquecidas, imperfeitas ou programáticas que só adquirem operacionalidade jurídica através de leis de regulamentação".[178]

Porém, dizem os citados autores que "*prima facie*, isto é, numa primeira aproximação, aplicam-se sem necessidade de interposição conformadora de outras entidades, designadamente do legislador (interpositio legislatoris)". O fato dos direitos fundamentais serem diretamente aplicáveis não dispensa a investigação dos "pressupostos de aplicabilidade directa", nem de um "grau suficiente de determinabilidade", ou seja "um conteúdo jurídico suficientemente preciso e determinável, quanto aos pressupostos de facto, conseqüências jurídicas e âmbito de protecção do direito invocado, sendo a própria Constituição a dizer que, em certos casos, se torna indispensável uma lei concretizadora".[179]

Jorge Miranda, por sua vez, ao tecer comentários ao referido dispositivo da Constituição portuguesa, que podem perfeitamente ser aplicados ao direito brasileiro (até pela semelhança entre o art. 18, nº 1, daquela Constituição e o art. 5º, § 1º, da Constituição

---

[176] ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**, cit, p. 225.
[177] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, cit., p. 328.
[178] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, cit., p. 382.
[179] *Ibid.*, p. 382 (grifos dos autores).

brasileira) é claro ao distinguir o efeito da regra da aplicabilidade imediata diante de cada norma de direitos fundamentais, conforme sejam ou não exeqüíveis por si mesmas. Isso importa, na verdade, em "dois graus, um mais intenso do que outro, de consagração dos direitos e de vinculação legislativa".[180]

Ocorre que, se a norma é exeqüível por si mesma, a aplicabilidade imediata consistirá na possibilidade de invocação imediata dos direitos por força da constituição, mesmo que haja falta ou insuficiência da lei. Esta, se eventualmente produzida, nada acrescentará, podendo apenas ser útil no estabelecimento de condições de exercício do direito ou delimitação frente a outros.[181] Contudo, se a norma não for exeqüível por si mesma, o sentido da regra da aplicabilidade imediata e vinculação dos poderes públicos será a "adstrição do legislador a editar as medidas legislativas para dar cumprimento à Constituição". E isso, acrescenta, sem dependência de condições programáticas econômicas e institucionais[182], visto que estas valem para os direitos sociais. "Na falta de tais medidas, ocorrerá inconstitucionalidade por omissão". Na síntese do mestre de Lisboa,

> O legislador ordinário *regulamenta* simplesmente as normas constitucionais auto-exequíveis e *concretiza* as normas não exeqüíveis. Mas, embora, ao concretizar, goze de uma relativa liberdade de conformação, esta é bem menor do que relativamente a normas programáticas e, sobretudo, não compreende o poder de apreciação do tempo e das circunstâncias da legiferação. Desde a entrada em vigor das normas constitucionais ou, se for caso disso, desde o termo do prazo assinado pela Constituição para feitura da lei, o legislador encontra-se juridicamente obrigado a publicar normas legislativas.[183]

Indo um pouco mais além, Vieira de Andrade afirma que no campo dos direitos, liberdades e garantias, a aplicabilidade direta não tem o objetivo apenas de garantir a *validade* desses preceitos, mas também a *aplicação*, incluindo, portanto, a eficácia imediata. Assim, em casos em que não exista legislação sobre a matéria, ou esta seja deficiente, o princípio da aplicabilidade direta valerá

> [...] como indicador da exeqüibilidade potencial das normas constitucionais, presumindo-se a sua "perfeição", isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter determinável do respectivo conteúdo de sentido, sendo possível afirmar o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem as normas constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa.[184]

---

[180] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. IV, p. 312-313.
[181] *Ibid*., p. 313.
[182] Que na Constituição portuguesa são descritas no art. 9º, d.
[183] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, cit., p. 313-314.
[184] ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**, cit., p. 195-196.

Porém, *aplicabilidade direta* não deve ser confundida com *exeqüibilidade imediata*, de modo que a situação fica mais complicada quando o exercício efetivo dos direitos, das liberdades e garantias está necessariamente dependente de uma regulamentação complementar. Nesses casos, o alcance normativo da aplicabilidade direta não está na exeqüibilidade, mas sim na "deverosidade estrita" da intervenção legislativa. Mas mesmo que não haja a lei, ainda tem sentido o caráter diretamente aplicável dos preceitos constitucionais, ao menos na medida em que os juízes poderão, com base neles, declarar "a existência, o conteúdo e os limites do direito individual, sendo pensável até a *condenação* concreta do Estado à prática do acto omitido indispensável à plena realização desse direito ou ao pagamento da indemnização eventualmente devida pelos danos causados".[185]

Raquel Brízida Viana bem observa que as normas de direito fundamentais podem ser diretamente aplicáveis se forem exeqüíveis por si mesmas. Isso porque "o problema da aplicabilidade directa das normas constitucionais não depende de sua qualificação como direito, liberdade e garantia ou direito fundamental de 'natureza análoga' mas da susceptibilidade da sua aplicação sem concretização legislativa".[186]

Diante disso, questiona a autora qual seria o sentido da regra de aplicação imediata, no caso, referindo-se especificamente ao art. 18, nº1, da Constituição Portuguesa. Seria a mesma redundande, uma vez que a aplicação imediata já é uma conseqüência lógica do princípio da constitucionalidade e do valor normativo de todas as normas constitucionais?[187] A resposta é negativa, justamente porque tal princípio opera-se sobre os casos em que a norma definidora de um direito fundamental não é plenamente exeqüível por si mesma, em que falta legislação sobre a matéria ou esta é deficitária.[188]

Canotilho, afirma que, apesar da aplicação imediata, podem subsistir, e em geral subsistem, dois problemas essenciais: 1) o dever de ação especificamente dirigido ao legislador não foi cumprido, persistindo a omissão legislativa inconstitucional; "2) os problemas postos pela 'actualização' das imposições constitucionais implicam uma

---

[185] ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**, cit., p. 198-199 (grifos do autor).
[186] VIANA, Raquel Alexandra Brízida. **Contributo para o estudo das omissões normativas inconstitucionais.** 2002. 421 p. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003, p. 182.
[187] *Ibid.*, p. 183.
[188] *Ibid*., p. 186.

disciplina jurídica, cuja generalização, apreciação política e ponderação de resultados só o legislador está em condições de efectuar".[189]

Assim, o princípio consagrado no art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira de 1988, ao determinar a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, além da vinculação a eles dos demais poderes, certamente constitui regra essencial e contributiva à eficácia dos direitos fundamentais, mas não resolve por completo a questão, uma vez que apenas - no dizer de Canotilho e Moreira-, *prima facie*, dispensa-se a concretização normativa, sendo, em muitos casos necessária uma maior determinabilidade de tais direitos no que tange aos seus pressupostos, conseqüências, âmbito de proteção, etc., o que só poderá ser feito pela integração normativa.

No próprio artigo 5º da Constituição existem diversos incisos que remetem à disciplina da lei ordinária, como, por exemplo, os incisos, VI, VII, VIII, XII, XIII, XV, dentre muitos outros. Em tais casos, a regra da aplicabilidade imediata se limitará a outorgar a tais dispositivos alguns efeitos como evitar condutas incompatíveis, propiciar o controle de constitucionalidade de leis que venham a consagrar preceitos contrários, mas não a efetividade em si dos direitos consagrados constitucionalmente.

Como bem observado por Sarlet, do efeito vinculante ora tratado, "decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais".[190] Além disso, a aplicação do art. 5º, § 1º, é questionável a outras normas constitucionais que, apesar de assegurarem direitos, não podem ser classificadas como direitos e garantais fundamentais.

Diante desse aspecto e diante das normas que, mesmo consideradas direitos ou garantais fundamentais, não se apresentam no texto constitucional com suficiente densidade normativa para serem aplicadas, o princípio em questão, que também tem o efeito de vincular o legislador no sentido de concretizar a norma constitucional, deve ser conjugado com os demais instrumentos constitucionais voltados à sanção da inércia normativa inconstitucional, que serão analisados à frente, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, que são "instrumentos de

---

[189] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, cit., p.337-338.
[190] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, cit., p. 327.

realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais".[191]

Assim, sempre que a norma definidora de um direito fundamental já contenha elementos suficientes para ser aplicada, tem aplicação imediata. E quanto não houver densidade suficiente, deve-se extrair da norma o máximo possível de efeitos. Nesse aspecto, não se incluem apenas aos efeitos ditos normais ou comuns que emanam de tais normas, antes já enunciados, como o comando de concretização dirigido ao legislador infraconstitucional ou o impedimento da criação de normas e atos administrativos que contrariem a diretriz traçada. Inclui-se, principalmente, à possibilidade de, com base na regra de aplicabilidade imediata, extrair-se o máximo possível de concretização e efetividade do preceito constitucional, garantindo-se o direito ao cidadão no caso concreto.

3.6 A efetividade dos direitos sociais

O problema da aplicabilidade imediata se apresenta com mais intensidade com relação aos direitos sociais, pois, enquanto os direitos e liberdades individuais têm como grande parte de seus efeitos propiciar uma abstenção dos Poderes Públicos, os direitos sociais exigem prestações positivas por parte destes, que muitas vezes necessitam de concretização legislativa. Essa dicotomia entre os direitos sociais e as liberdades, é um dos grandes problemas com os quais se defronta o direito constitucional atual.[192]

Observa Canotilho que no *plano jurídico-dogmático,* assiste-se a uma inversão do objeto do direito subjetivo, pois enquanto os clássicos direitos de defesa remetiam a uma pretensão de omissão dos poderes públicos diante da esfera jurídica privada, "os direitos a prestações postulam uma *proibição de omissão*, impondo-se ao Estado uma intervenção activa de fornecimento de prestações".[193]

Embora, em regra, não há que se diferenciar os direitos individuais dos sociais para fins de aplicabilidade imediata, já que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal

---

[191] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**, cit., p. 93.
[192] QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 5.
[193] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos sociais e culturais. *In:* **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 52.

deve se visto como um comando para todos os direitos fundamentais, é fato, por outro lado, que os direitos sociais enfrentam a questão da sua subjetivação, isto é, se podem ser vistos como direitos subjetivos oponíveis aos demais Poderes e, como conseqüência, sua justiciabilidade, a possibilidade do cidadão demandar judicialmente pelas obrigações decorrentes desse direito, aspectos que repercutem na sua efetividade.

É comum a opinião de que os direitos sociais, embora fundamentais, não desfrutam do mesmo regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias, não conferindo a seus particulares verdadeiros direitos de exigir, mas deveres de legislação, cujo conteúdo depende de opções políticas do legislador.[194] Até meados do século XX, no direito constitucional europeu questionava-se a validade, a vinculatividade e a obrigatoriedade dos direitos sociais reconhecidos nas constituições, pois as normas que os consagravam eram vistas como normas enfraquecidas, que só adquiriam robustez jurídica com a lei que as regulamentasse.[195]

Na Constituição portuguesa há uma diferenciação mais forte entre o regime dos "direitos, liberdades e garantias" e dos "direitos e deveres econômicos, sociais e culturais". Isso porque o art. 17º diz que "O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga". Os enunciados do Titulo II são exatamente os "direitos, liberdades e garantias", enquanto que os "direitos e deveres econômicos e sociais" formam o Titulo III. Além disso, o art. 18º, nº 1, preceitua que "os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas".[196]

Diante disso, conforme explica Carlos Blanco de Morais, na ordem jurídica constitucional portuguesa alguns fatores do regime de determinados direitos permitem proceder à graduação dos direitos fundamentais em dois patamares. De um lado, os direitos, liberdade e garantias, como "direitos de primeiro grau", em razão de sua força jurídica prevista no art. 18º da Constituição da República Portuguesa, que o autor resume na "aplicação directa e vinculação de entidades públicas e privadas", na "reserva da lei que envolve a respectiva disciplina" e na "necessidade de a sua restrição se processar mediante lei geral e abstracta, não retroactiva, respeitadora do núcleo do direito tributário do

---

[194] Nesse sentido, cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**, cit, p. 360-361.

[195] QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 142.

[196] PORTUGAL. **Constituição (1976)**. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt>. Acesso em: 20 jul. 2009.

princípio da proporcionalidade". De outro lado, encontram-se os direitos econômicos sociais e culturais, como "direitos de segundo escalão" contidos em normas programáticas que, "na qualidade de directrizes dirigidas ao legislador, se encontram sujeitas à reserva do possível e conferem ampla discricionariedade ao decisor normativo para sua concretização".[197]

Mas tal diferenciação não é pacífica. Mesmo no ordenamento constitucional português, onde há essa separação mais forte do regime dos direitos, a aplicabilidade imediata dos direitos sociais tem sido defendida pela doutrina, que pretende uma unicidade de tratamento dos direitos individuais e sociais.

Vasco Pereira da Silva observa, de forma interessante, que atualmente não cabe mais a diferenciação entre direitos de primeira e de segunda geração conforme importem em abstenções ou prestações, pois também os de primeira geração necessitam que o Estado crie condições para sua realização, mediante atuação dos poderes legislativo, executivo e judicial.[198]

Isabel Moreira também vê como ultrapassada esta visão de direitos de liberdade como impositivos de mera abstenções, posto que tais direitos, "para serem efectivos, pressupõem a presença de uma estrutura pública de garantia".[199] De fato, o direito de propriedade hoje é regulamentado pelo Código Civil, protegido pelo executivo (por exemplo, através da força policial que visa impedir roubos, furtos, vandalismo, etc.) e também pelo judiciário, através das medidas possessórias e reivindicatórias.

Para Vasco Pereira da Silva, "chegados ao presente estádio de evolução", verifica-se que, do ponto de vista dogmático, todos os direitos fundamentais possuem uma vertente negativa, "que impede a existência de agressões estaduais no domínio constitucionalmente protegido" e, ao mesmo tempo, possuem uma vertente positiva, "que obriga à colaboração dos poderes públicos para a sua realização". Com essa constatação abre-se o caminho para reconstrução da teoria dos direitos fundamentais, tanto em razão do alargamento e do enriquecimento da figura, como em razão da unificação jurídica do respectivo conceito. Perante direitos fundamentais de primeira, segunda ou terceira geração

---

[197] MORAIS, Carlos Blanco. Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais: apontamento sobre os passos de uma evolução subjectivista. *In:* CORDEIRO, Antonio Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Coimbra: Almedina, 2003, v. V: direito público e vária, p. 86.

[198] SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de direito**: lições de direito do ambiente. Coimbra: Almedina, 2002, p. 87.

[199] MOREIRA, Isabel. **A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa.** Coimbra: Almedina, 2007, p. 120.

a questão já não tem a ver com a respectiva natureza jurídica "já que, em todos os casos, se está perante realidades estruturalmente idênticas, que possuem as duas dimensões referidas – mas quando muito, com o grau maior ou menor da respectiva dimensão positiva ou negativa".[200]

Por isso, conclui o autor que, de um ponto de vista teórico, não parece correto continuar a distinguir "entre direitos subjectivos de primeira categoria e direito de segunda, ou mesmo de terceira ordem (como, eventualmente, poderiam ser considerados os denominados interesses difusos)", pois "todas as posições substantivas de vantagem dos privados perante a Administração devem ser entendidas como direitos subjectivos".[201]

Segundo Robert Alexy, os direitos fundamentais sociais encontram diversos argumentos favoráveis e contrários. O principal argumento favorável está baseado na liberdade. Esse argumento se divide em duas teses. De acordo com a primeira, a liberdade *jurídica*, isto é, a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer alguma coisa, não tem valor sem uma liberdade *fática* ou real, a possibilidade de escolher entre as alternativas permitidas. Para exercer sua liberdade, o cidadão tem que ter condições para tanto (materiais, intelectuais, etc.). Já de acordo com a outra tese, na sociedade moderna a liberdade fática de um grande número de indivíduos "não encontra seu substrato em um espaço vital por eles controlado; ela depende sobretudo de atividades estatais".[202]

Por outro lado, as inúmeras objeções contra os direitos fundamentais sociais podem ser agrupadas em torno de dois argumentos: um formal e outro substancial. O argumento formal aponta a existência de um dilema. Isso porque, se os direitos sociais são vinculantes (e, pois, podem ensejar o recurso a um tribunal), "eles deslocam a política social da competência parlamentar para a competência do tribunal constitucional". Porém, se não forem vinculantes, implicam numa violação da cláusula de vinculação prevista no art. 1º, § 3º, da Constituição alemã, que é a cláusula da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, semelhante ao art. 5º, § 1º, da Constituição Brasileira. Assim, de acordo com essa corrente, os direitos sociais ou não são justiciáveis ou o são apenas em uma pequena medida. Isso porque, essa tese, segundo Alexy, pode estar baseada da dificuldade de se determinar o conteúdo desses direitos. Essa indefinição semântica levaria à impossibilidade de se chegar com os meios específicos do direito a uma determinação

---

[200] SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de direito**: lições de direito do ambiente, cit., p. 89-90.
[201] *Ibid.*, p. 96.
[202] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 503.

exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais sociais. E, se o direito não fornece os critérios suficientes, a decisão sobre o conteúdo desses direitos é uma tarefa política, de competência do legislador legitimado pelo povo, e não dos tribunais. A partir dessa idéia, os tribunais só poderiam decidir no âmbito dos direitos fundamentais sociais após o legislador já haver decidido.[203]

Já o argumento substancial está calcado na tese de que os direitos sociais são incompatíveis ou colidentes com normas constitucionais materiais, principalmente com o direito de liberdade de outros. Um exemplo é o direito do trabalho. Se o Estado quisesse assegurá-lo a todos, teria que empregar todos os desempregados no serviço público ou eliminar o poder econômico privado de decidir sobre os postos de trabalho. A colisão também pode ocorrer entre direitos sociais ou entre um direito social e interesses coletivos, inclusive com relação à exigência de dispêndio de parte do orçamento para sua implementação.[204]

Assim, a solução para um modelo de direitos fundamentais sociais deve levar em consideração tanto os argumentos das teses contrárias quanto das favoráveis. Esse modelo é expressão da idéia de que os direitos fundamentais previstos na constituição (o autor se refere à Constituição alemã, mas o argumento serve também à Constituição brasileira) são tão importantes que a decisão sobre garanti-los ou não garanti-los não pode ser simplesmente deixada a cargo da maioria parlamentar simples. A todos são conferidas posições no âmbito dos direitos a prestações, na forma de direitos fundamentais sociais, posições estas de grande importância do ponto de vista do direito constitucional, e que, por isso, não podem ser relegadas à decisão da maioria parlamentar simples.[205]

Desse modo, os direitos fundamentais sociais atribuíveis ao individuo envolvem uma questão de sopesamento entre princípios: o princípio da liberdade fática, de um lado e, de outro, os princípios da competência decisória do legislador legitimado democraticamente; da separação de poderes; os princípios materiais atinentes à liberdade jurídica de terceiros; além de outros direitos fundamentais sociais e coletivos. Embora esse modelo não determine quais direitos sociais o indivíduo tem, sendo a resposta detalhada a esse questionamento tarefa da dogmática de cada um dos direitos fundamentais, é possível dar uma resposta geral, considerando que uma posição no âmbito dos direitos a prestações deve ser vista como garantida se:

---

[203] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais,** cit., p. 507-508.
[204] *Ibid*, p. 510-511.
[205] *Ibid*, p. 511-512.

> (1) o principio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração.[206]

Segundo Alexy, essa condições "são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos", como, por exemplo, "pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica".[207]

A teoria de Alexy demonstra de forma minuciosa as razões de admissão e de rejeição dos direitos sociais e de sua justiciabilidade, contribuindo por demonstrar a necessidade de sopesamento dos princípios envolvidos em cada caso.

A questão da efetividade dos direitos sociais assumiu extrema relevância no direito brasileiro. É de se notar que a regra de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais está prevista dentro do art. 5º da Constituição, como um de seus parágrafos, após os inúmeros incisos que enunciam "os direitos e deveres individuais e coletivos", não havendo dispositivo semelhante no capítulo seguinte, que trata dos direitos sociais. Isso poderia indicar uma dualidade de regimes, tal como ocorre na Constituição portuguesa. Entretanto, não é o que ocorre. O regime na Constituição brasileira é único, pois o § 1º do art. 5º se refere às "normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais", sendo que os direitos sociais são direitos fundamentais, não só por sua natureza, mas também por definição da própria Constituição de 1988, que os inseriu no Título II, destinado à enunciação de tais direitos.

Mas, não obstante o regime dos direitos fundamentais na Constituição brasileira seja único, os direitos sociais decorrem de normas dotadas de estrutura normativa distinta, por exigirem uma posição positiva mais acentuada dos Poderes Públicos.[208] Por isso, respeitáveis opiniões alinham-se no sentido de que a disposição do art. 5º, § 1º, deve ser recebida "*cum grano salis*, por ser desmentida pelo próprio sistema de direitos e garantias fundamentais positivado pelo Constituinte".[209]

---

[206] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 507-508.
[207] *Ibid*, p. 512.
[208] Nesse sentido, cf. CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, ano 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006, p. 31.
[209] RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 327-356, jan./dez. 2007, p. 353.

É fato que há casos de direito sociais previstos em normas constitucionais que são diretamente aplicáveis, posto que contém densidade suficiente para tanto. Citem-se, por exemplo, inúmeros direitos trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição e outros previstos no Título VIII, "Da Ordem Social", como o art. 230, § 2º, que concede aos maiores de sessenta e cinco anos a gratuidade dos transportes coletivos urbanos, como já foi inclusive decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3768/DF.[210] A posição tomada nesta ação deixa bem claro que as normas de direitos sociais também podem ser aplicadas imediatamente.

Por outro lado, muitos direitos sociais dependem de integração por parte dos Poderes Públicos, razão pela qual há que se concordar que na prática os direitos de segunda geração não formam uma categoria submetida a um regime uniforme, especialmente sobre o prisma de sua eficácia.[211]

Sendo assim, pode-se dizer que embora não haja uma diferenciação entre os regimes dos direitos de primeira e de segunda geração na Constituição brasileira, dentro dessas categorias – o que vale também para os direitos e garantias individuais, como já visto – há diferenciações de eficácia dos diversos direitos previstos. Por isso, o art. 5º, § 1º, deve ser entendido como um comando dirigido a todos e quaisquer direitos fundamentais da Constituição brasileira no sentido de que devem ser aplicados imediatamente sempre que haja densidade suficiente para tanto - e mais – também como um comando para se concretizar os que não tenham eficácia imediata e para se extrair de tais normas a máxima efetividade possível, de modo a não transformar essa importante disposição em letra morta.

Se ao tempo da entrada em vigor das normas constitucionais já se verificarem os pressupostos para sua aplicação, geram para os particulares direito subjetivo a ser reclamado perante o Poder Judiciário, em caso de não implementação pelos Poderes

---

[210] EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3768/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 19/09/2007. DJ 26/10/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 dez. 2009.

[211] RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988, cit, p. 353.

Públicos. O problema maior está nos inúmeros direitos sociais que não contém densidade suficiente e, por isso, dependem de concretização.

Compete aos Poderes Públicos a implementação dos direitos sociais previstos na Constituição brasileira, por meio de leis e atos administrativos. O Poder Legislativo tem o dever de preencher o espaço deixado pelas normas constitucionais para a concretização e efetividade dos direitos sociais, principalmente elaborando as leis das quais dependa a eficácia dos preceitos constitucionais. A plena satisfação dos direitos fundamentais depende de um contraditório político, com análise das diferentes opções e conjunturas, inclusive em caso de escassez de recursos, quando as prioridades deverão ser avaliadas pelo Legislativo, com base no princípio da proporcionalidade, mas mesmo assim de modo a assegurar-se o conteúdo essencial de todos os direitos.[212]

Mas a Administração também exerce papel de suma importância na definição das políticas públicas e na prestação dos serviços sociais essenciais para a população, inclusive estabelecendo-os nas leis de diretrizes orçamentárias. Diferentemente do que ocorria no Estado Liberal, no qual o Poder Legislativo, enquanto detentor da vontade geral, predominava dentre os demais poderes, com o Estado Social o Poder Executivo assume cada vez mais o papel de grande empreendedor das políticas governamentais.[213] A Administração Pública não apenas executa as normas legislativas prescritivas de direitos sociais. Ela também cria as próprias políticas e programas necessários para a realização dos ordenamentos legais. Tem, portanto, uma função governamental planejadora e implementadora, que é decisiva para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade da prestação dos serviços.[214]

Logo, a concretização dos direitos sociais é obra de ambos os Poderes, pois, como bem observa Elival da Silva Ramos, a sua implementação não pode ser equacionada com plena autonomia pelo direito e seu instrumental, envolvendo, além da concretização legislativa, o exercício da função de governo, isto é, das políticas públicas, seja no que toca à prática de atos administrativos, seja na alocação dos

---

[212] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. IV, cit, p. 392-393.

[213] MORAES, Alexandre de. Reforma Política do Estado e Democratização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, n. 32, 116-143. jul./set.2000, p. 120.

[214] KRELL Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999, p. 253.

recursos públicos, sempre pressupondo a existência de condições sócio-econômicas.[215]

Políticas públicas, na definição de Sérgio Resende de Barros, são "diretrizes de interesse público primário, que determinam programas de ação para os governantes e indicam linhas de conduta para os governados, com vistas a ordenar e coordenar a realização de fins econômicos, sociais e culturais relevantes para o Estado Democrático de Direito".[216]

As políticas públicas são fixadas pelo Governo, isto é, pelo Poder Executivo, gestor dos negócios públicos, que deve fazê-lo em função do interesse público primário, pois "as políticas públicas são **elementos de mediação** entre a sociedade civil e o Estado que ela constitui para governá-la e administrá-la".[217]

Mas a questão que se impõe atualmente é saber o que fazer quando os Poderes Legislativo e Executivo não cumprem seus respectivos papéis, não atuando ou não atuando de forma satisfatória. É daí que surge um dos grandes dilemas dos direitos fundamentais sociais, que é o da sua justiciabilidade, principalmente nos casos em que a norma constitucional que assegura o direito social, ao contrário do art. 230, § 2º, conforme exemplo dado anteriormente, não contém densidade normativa suficiente para ser aplicada.

Não são poucas as vozes no sentido de que nada é possível fazer, posto que a implementação de tais políticas estaria inserida no âmbito de competências do Legislativo e do Executivo, insindicáveis pelo Poder Judiciário, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes.

Todavia, não mais é possível se compactuar com tal assertiva. A Constituição brasileira se preocupou - mais ainda – fez a opção de consignar exaustivamente e com detalhes uma ampla gama de direitos sociais, fixando as bases e ordenando a sua implementação. Essa fixação na constituição "é importante porque gera prerrogativa constitucional indisponível, o que permite ao Poder Judiciário determinar aos órgãos públicos a efetivação prática desses direitos" e isso "mesmo na ausência de política pública específica". [218]

A jurisprudência brasileira está progressivamente se alinhando nesse sentido. Em caso tratando do dever de atendimento de criança em creche e em pré-escola,

---

[215] RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 327-356, jan./dez. 2007, p. 335.
[216] BARROS, Sérgio Resende de. As políticas públicas e o Poder Judiciário. Aula proferida na Escola Paulista de Direito no dia 4 de agosto de 2007 (informação verbal).
[217] *Ibid.*
[218] *Ibid.*

nos termos impostos pelo art. 208, IV, da Constituição Federal, assim se decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.[219]

Outras decisões nessa mesma linha podem ser encontradas em outros Tribunais, dentre os quais podemos citar o Superior Tribunal de Justiça[220] e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.[221]

Grande parte da doutrina e da jurisprudência que se construiu em torno da intangibilidade dos atos da Administração está relacionada ao conceito do ato administrativo. Este foi decomposto em "elementos", tal como competência do agente, oportunidade, conveniência, finalidade, forma e conteúdo (ou objeto), além de outros,

---

[219] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 436996/SP, Rel. Min. Celso de Mello. J. 26/10/2005. DJ 07/11/2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 dez. 2009.

[220] RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PESSOA CARENTE. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO PARA FIGURAREM NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. 1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC, quando as questões levadas ao conhecimento do Órgão Julgador foram por ele apreciadas. 2. Recurso no qual se discute a legitimidade passiva da União para figurar em feito cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à manutenção de pessoa carente, portadora de atrofia cerebral gravíssima (ausência de atividade cerebral, coordenação motora e fala). 3. A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necssária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. 4. Sendo o SUS composto pela União, Estados Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda. 5. Recurso especial desprovido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial 507.205/PR. Rel. Min. José Delgado. J. 07.10.2003. DJ 17.11.2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 dez..2009.

[221] "Por força do disposto no art. 196 da Constituição Federal, a saúde constitui direito público subjetivo do cidadão e dever do Estado. Dessa forma, não pode a Administração eximir-se dessa obrigação sob quaisquer pretextos, tais como repartição de competências, falta de numerário, necessidade de pré-fixação de verbas para o atendimento dos serviços de saúde, ou, como no caso presente, falta de padronização do medicamento". BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Nona Câmara de Direito Público. Apelação com Revisão nº 557.494-5/9-00. Rel. Des. Osni de Souza. J. 30.01.2008. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 03 dez. 2009. E também: MEDICAMENTO. Sentença que tornou definitiva a liminar e concedeu a segurança, para que o impetrado forneça ao impetrante o medicamento Interferon Peguilado (PEGINTRON ou PEGASYS), para tratamento de Hepatite crônica pelo vírus Tipo C. Cabimento. Obrigatoriedade de o Estado fornecer recursos que visem à redução do risco da doença e de outros agravos. Entendimento pacífico no STF e STJ. Decisão *a quo* mantida. Recurso improvido e reexame necessário desacolhido. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Nona Câmara de Direito Público. Apelação com Revisão nº 350.380-5/0. Rel. Des. Antonio Rulli. J. 07.06.2006. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 03 dez. 2009.

como motivo, eficiência, justiça, sobre os quais nem mesmo há uma unanimidade em sua sistematização da doutrina administrativista.[222] Como explica Sérgio Resende de Barros:

> [...] a oportunidade e a conveniência não são "elementos" ou "requisitos" do ato administrativo em si mesmo, mas são condições decisivas para a sua legitimidade, pois exprimem a sua relação histórica com a ação administrativa que o pratica e o determina de fato, dando-lhe vida e acabamento. Essa determinação prática é, pois, *vital* para a boa concreção da administração. Por isso, essas condições históricas do ato (oportunidade e conveniência) são tão importantes quanto os elementos estruturais do ato em si (finalidade, forma, conteúdo). Em certos casos, são até mais importantes. Mesmo assim, a teoria tradicional – ignorando o momento histórico do ato administrativo – ignorou as condições históricas que o determinam em sua concreção, sobretudo no tocante aos *atos substanciais*, aqueles em que o gestor público presta à sociedade os serviços de que diretamente ela precisa, tais como saúde, educação, transportes etc. Consideram-se vinculados apenas os elementos estruturais e, como não poderia deixar de ser, mediante um regramento que, por mais constringente que pretenda ser, não pode ser senão abstrato e, portanto, aberto a alternativas de concreção, mesmo que sejam alternativas mais estreitas do que as pertinentes à oportunidade e à conveniência. Restaram como sendo atos administrativos totalmente vinculados, em sua grande maioria, *atos de burocracia*, internos ou externos, como nomeações, licenças etc. [223]

Com isso se fez a separação entre o ato discricionário e o ato vinculado sob influência do liberalismo, vez que a conveniência e a oportunidade atuam diretamente na ordem econômica e social, que deveria escapar ao controle estatal. Restou assim o administrador imunizado de um controle mais rigoroso sobre sua atuação, bem como de um controle judicial.[224] É importante ressaltar que "a teoria do mérito administrativo não foi um engodo. A pretensão foi assegurar a liberdade gerencial do administrador público. Mas o efeito logrado foi imunizá-lo contra um controle mais imparcial, a ser feito pelo Poder Judiciário" [225], muitas vezes em detrimento no interesse público primário. Por isso:

> [...] a anterior situação de imunidade "discricionária", que resistiu ao orçamento-programa, agora tende a ceder diante de uma nova concepção da legalidade administrativa e das políticas públicas, as quais buscam – de modo especificamente setorizado e especialmente qualificado – efetivar na prática social os direitos econômicos, sociais, culturais, e os direitos e interesses difusos, previstos na Constituição de 88.[226]

Os diversos instrumentos processuais criados e preservados pela Constituição de 1988 atuam nesse sentido, como, por exemplo, a ação civil pública e o

---

[222] BARROS, Sérgio Resende de. A proteção dos direitos pelas políticas públicas. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 7, n.2, p. 27-43, 2007, p. 33.
[223] *Ibid.*, p.34 (grifos do autor).
[224] *Ibid.*, p.34-35.
[225] *Ibid.*, p. 36.
[226] *Ibid,*. p.37.

mandado de segurança. Para José Renato Nalini, "a proteção do direito líquido e certo ampliou-se de maneira a se transformar num macro-instrumento, valioso na defesa de interesses de categorias inteiras" perante as autoridades públicas ou pessoa a ela equiparadas. E, "diante das postulações desses impetrantes, não existe como o judiciário deixar de penetrar na análise do mérito administrativo, cuja incursão era vedada pela doutrina e por expressiva jurisprudência".[227]

A doutrina da absoluta intangibilidade do ato administrativo deve, pois, ceder diante da previsão na própria Constituição Federal dos direitos sociais e das bases das políticas públicas que competem ao Estado. Estas normas constitucionais têm o condão de propiciar o controle da discricionariedade administrativa, como, inclusive, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios - que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.[228]

E nisso a Corte constitucional brasileira parece não estar sozinha, pois, como informa Canotilho, a jurisprudência constitucional portuguesa ao pronunciar-se sobre a questão das "taxas moderadoras" dos serviços de saúde e sobre a atualização das "propinas" universitárias "teve ocasião de verificar que a constitucionalidade expressa da *política de direitos sociais* pode diminuir a discricionariedade do legislador".[229]

Da Espanha, colhe-se o entendimento de Gavara de Cara, Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Autônoma de Barcelona, no sentido de que a atividade do Poder Judiciário conectada à vinculação positiva aos direitos fundamentais está submetida necessariamente ao império da lei, mas, evidentemente, os órgãos jurisdicionais podem examinar a constitucionalidade da lei, eventualmente questionar sua inconstitucionalidade, declarar a invalidade dos regramentos e, finalmente, podem completar as lacunas jurídicas e completar o direito mediante interpretação e aplicação da

---

[227] NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2006, p. 254-255.
[228] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 436996/SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. 26/10/2005. DJ 07/11/2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 dez. 2009.
[229] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Metodologia *fuzzy"* e "camaleões normativos" na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In:* _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed., 2.ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 112.

analogia, inclusive com a aplicação direta dos direitos fundamentais, o que inclui, segundo o autor, a possibilidade de resolver processos ou conflitos mediante aplicação de preceitos constitucionais na ausência de desenvolvimento normativo.[230]

Além do mais, mesmo para aqueles que entendam que os Tribunais não podem interferir nas políticas públicas, "cabe-lhes, todavia, o poder de fiscalizar o sistema de 'prioridades' concretamente fixado pelo legislador constituinte".[231]

No dizer de Dworkin, se não é possível exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, é possível exigir ao menos que o tente, que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções.[232]

A possibilidade de subjetivação dos direitos sociais também pode ser consubstanciada na chamada teoria do "mínimo existencial", construída a partir do direito de liberdade, sob o argumento de que sem condições sociais mínimas o ser humano não pode exercer plenamente esse direito, [233] assim como do princípio da dignidade da pessoa humana.

A teorização do "mínimo social" a partir dos direitos fundamentais de liberdade é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha que encontrar meios para superar a ausência de qualquer direito fundamental social na Lei Fundamental de Bonn, "sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional".[234] Por isso a Corte Constitucional Alemã extraiu o direito ao "mínimo existencial" do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, I, Lei Fundamental), do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I). Ela parte de um direito fundamental a um "mínimo vital". Ao mesmo tempo, a Corte deixou claro que esse "padrão mínimo indispensável" não poderia ser desenvolvido

---

[230] GAVARA DE CARA, Juan Carlos. La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. **UNED: Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 20, 277-320, 2º sem./2007, p.295.

[231] QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade, cit., p. 152.

[232] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 286.

[233] SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. *In:* BARROSO, Luís Roberto (Org). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 310-311.

[234] KRELL Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999, p. 247.

pelo Judiciário como "sistema acabado de solução", mas por meio de uma "casuística gradual e cautelosa".[235]

A desvantagem dessa construção é enfraquecer ainda mais a normatividade dos direitos que estão na "periferia" do que é considerado "mínimo existencial", e a vantagem é incrementar ao máximo a normatividade dos direitos que nela estão inseridos.[236]

A teoria do mínimo existencial busca identificar aquilo que é essencial à dignidade da pessoa humana, princípio consagrado no art. 1º, inciso III, da Constituição brasileira e, portanto, a que ela tem direito de reivindicar dos Poderes Públicos e perante o Judiciário, quando não atendida por aqueles. O mínimo existencial se transforma, assim, em direito subjetivo, suscetível de ser reclamado e fornecido pelo Poder Judiciário, ao qual caberá, também, fixar o que se entende por esse "mínimo".

Disso resulta que mesmo que eventualmente não se reconheça a natureza de direito subjetivo aos direitos sociais, a preservação do "mínimo de existência condigna" é sempre qualificada de direito subjetivo, acabando assim a ser garantida nos mesmos moldes dos direitos fundamentais de defesa.[237]

Essa tese também faz parte do repertório da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.[238]

---

[235] KRELL Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa), cit., p. 247.
[236] SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático, cit., p. 312.
[237] QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade, cit., p. 150.
[238] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. J. 29/04/2004. DJ 04/05/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 dez. 2009.

Mas a teoria do "mínimo existencial" é, como o próprio nome diz, o mínimo que se possa fazer, o que às vezes, conforme as condições de cada caso, pode ser pouco para garantir verdadeiramente a dignidade da pessoa humana. Por isso, correto parece o posicionamento de Cristina Queiroz, segundo a qual "o que se afirma, não é que os tribunais devam 'concretizar' direitos, mas apenas que a esses direitos deve ser reconhecido um determinado nível de justiciabilidade, e não apenas em situações mínimas de extrema necessidade".[239] É claro que a atividade a ser desempenhada pelo Judiciário não é absolutamente livre. Ela encontra limites, por exemplo, no que se assentou chamar de reserva do possível.

A cláusula da reserva do possível, oriunda da doutrina alemã, mas que na Constituição brasileira pode ser aferida do princípio da legalidade, da regulamentação das finanças públicas (arts. 163 a 169 da Constituição)[240] e da responsabilidade econômico-financeira dos Poderes Públicos, significa que a efetividade dos direitos a prestações está condicionada pela capacidade financeira do Estado, ou seja, da existência de recursos econômicos para concretização do direito, não sendo exigível mais do que o Estado pode dar.

A reserva do possível possui uma dimensão tríplice: diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos para a concretização dos direitos fundamentais; à "disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos", o que se relaciona com a distribuição de receitas, competências tributárias e orçamentárias; e, na perspectiva também do titular do direito, diz respeito ao "problema da proporcionalidade da prestação, em especial do tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também a sua razoabilidade".[241]

O importante é que a reserva do possível não seja vista como escusa pela ineficiência dos Poderes Públicos, nem como válvula de escape para as imposições dos direitos sociais pela via jurisdicional. Por isso diz Alexy que a reserva do possível "no sentido daquilo que o individuo pode razoavelmente exigir da sociedade", não pode levar a um "esvaziamento do direito", pois "essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito".[242] Cabe, portanto, aos juízes analisar cautelosamente os casos

---

[239] QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais:** funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade, cit., p. 153.
[240] RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Aplicabilidade das normas constitucionais de direitos sociais. **O direito**, Coimbra, ano 140º, n. II, p. 405-433, 2008, p. 415.
[241] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In***:** TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.
[242] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 515.

submetidos a julgamento e realizar esse sopesamento dos valores em jogo e das circunstâncias particulares. É "somente na análise do caso em concreto que o poder judicial haverá de ponderar os limites de aplicabilidade da cláusula financeira em face da concretização dos direitos sociais" [243]ou como aponta Jorge Miranda, proceder ao "ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível".[244] Ademais, "a alegação de reserva do possível deve ser um ato suficientemente motivado e justificado" [245], cabendo ao Poder Público "o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos à prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos".[246] Também da doutrina portuguesa infere-se opinião semelhante, no sentido de que a reserva do financeiramente possível "atenua a densidade de controlo sempre que, mas só quando, o legislador pode accionar, fundadamente, essa reserva", cabendo do Tribunal verificar a legitimidade dessa invocação.[247]

Bem ponderadas são as palavras de Cristina Queiroz:

> É certo que nas "cláusulas gerais" ou nos "conceitos jurídicos indeterminados" existe uma menor densidade do "texto da norma", mas isso em nada diminui o grau de vinculatividade geral da regra consagradora dos direitos sociais. Esta circunstância impõe unicamente às autoridades de decisão "exigências metódicas mais elevadas" na medida em que a contribuição positiva do "elemento gramatical" – e correspondente "efeito de índice" do "texto da norma" – se mostra aqui mais fraco do que o habitual. No limite, o que se designa por "cláusula geral" não é a norma jurídica, mas apenas o seu "texto".
> Nestas condições, não se vê bem como "a priori" não possam ser deduzidas "pretensões subjectivas jusfundamentais" das regras constitucionais consagradoras dos direitos econômicos, sociais e culturais. O que ocorre, pura e simplesmente, é que o intérprete se encontra agora limitado, para além da "reserva do possível", por "exigências metódicas mais exigentes" que o forçam a procurar uma "relação de adequação" entre o "texto da norma" e a "situação concreta" a que se aplica. Isto implica, entre outras coisas, a verificação da existência de recursos orçamentais e financeiros disponíveis que garantam a "efectividade óptima" desses direitos e pretensões no quadro de uma "liberdade de conformação" a favor do legislador.[248]

Por isso conclui Canotilho que:

> O problema actual dos "direitos sociais" (*Soziale Grundrechte*) ou direitos a prestações em sentido restrito (Leistungsrechten im engeren Sinn) está em "levarmos a sério" o reconhecimento constitucional de

---

[243] RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Aplicabilidade das normas constitucionais de direitos sociais, cit., p. 416.
[244] MIRANDA, **Jorge. Manual de Direito Constitucional**, t. IV, cit., p. 392.
[245] BARROS, Sérgio Resende de. **A proteção dos direitos pelas políticas públicas**, cit., p. 41.
[246] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, cit., p. 32.
[247] NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 197.
[248] QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos fundamentais**: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 153.

> direitos como o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao ambiente. Independentemente das dificuldades (reais) que suscita um tipo de direitos subjectivos onde falta a capacidade jurídica poder (= jurídico, competência) para obter a sua efectivação prática (= accionabilidade), não podemos considerar como simples "aleluia jurídico" (C. SCHMITT) o facto de as constituições (como a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978) considerarem certas posições jurídicas de tal modo fundamentais que a sua garantia, ou a falta desta, não pode ser deixada aos critérios (ou até arbítrio) de simples maiorias parlamentares.[249]

Outro parâmetro que se deve observar no que toca à efetividade dos direitos sociais é a proibição do retrocesso social, tese que pretende controlar a atividade dos Poderes Públicos que importem em eliminação de patamares já atingidos em termos de efetividade dos direitos sociais, inclusive com o controle de constitucionalidade de normas revogatórias de outras que concretizaram preceitos constitucionais, restabelecendo a situação de inefetividade. Isso, porém, será tratado pormenorizadamente no próximo capítulo.

Assim pode-se concluir que a efetividade dos direitos sociais é tarefa que compete aos três poderes, cabendo ao Legislativo a elaboração das leis imprescindíveis à concretização dos preceitos constitucionais, ao Executivo o planejamento, implementação e aprimoramento das políticas públicas e dos serviços essenciais, e ao Judiciário, quando descumpridos esses encargos político-jurídicos, que, no dizer no Ministro Celso de Mello, sobre eles incidem em caráter mandatório[250], atender às pretensões individuais ou coletivas, viabilizando o acesso aos direitos que lhes tenham sido injustificadamente negado.

Aos direitos sociais deve ser reconhecido um nível de justiciabilidade, mesmo que isso importe em limitação da discricionariedade administrativa, pois foram fixados na própria constituição como deveres de concretização. Para isso, é importante que se realize o sopesamento dos valores envolvidos, inclusive no que toca à existência de recursos orçamentários disponíveis, visando uma efetividade máxima dos direitos sociais e, assim, a realização do projeto delineado pelo Constituinte.

É preciso consolidar-se essa construção material dos direitos sociais, vez que o ordenamento brasileiro conta com inúmeros instrumentos processuais, tal como a ação civil pública, o mandado de segurança, a argüição de descumprimento de preceito

---

[249] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos sociais e culturais, cit, p. 51 (grifos do autor).

[250] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 436996/SP. Decisão Monocrática. Rel. Min. Celso de Mello. J. 26/10/2005. DJ 07/11/2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 dez. 2009.

fundamental e até a ação ordinária que, todavia, tem se ressentido do amparo do direito material.

3.7 A interpretação e a efetividade da constituição

Dentro do escopo de conjugar a regra da aplicabilidade imediata da constituição com outras ferramentas, grande importância tem a interpretação constitucional ou, como já tem sido chamada, a "nova interpretação constitucional" [251], como forma de se extrair a maior efetividade possível das normas constitucionais.

Essa nova interpretação tem como uma de suas bases a constatação de que "a *falta de efetividade* das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata".[252]

Mas a grande mudança na interpretação constitucional se deu, segundo Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcelos, a partir da conclusão de que as normas jurídicas em geral, e também as constitucionais, não têm um sentido único, objetivo, válido para todas as situações, relegando ao intérprete uma mera atividade de revelação.[253] A nova interpretação constitucional assenta-se no oposto: "as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam a sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar". Assim é que "à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem observados e dos fins a serem realizados" será determinado o sentido da norma, com vistas a produção de uma solução adequada para o problema em questão.[254]

A questão da interpretação assume papel de especial relevância do âmbito da aplicabilidade dos direitos sociais. Para Cristina Queiroz, os direitos fundamentais sociais não são meros "apelos do legislador", "programas ou "linhas de actuação política". Ao contrário, "como 'normas constitucionais' apresentam-se como 'parâmetro de controle

---

[251] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 330.
[252] *Ibid*., p. 328. (grifo dos autores)
[253] *Ibid*., p. 331-332.
[254] *Ibid*., p. 332.

judicial' quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares que os restrinjam ou contradigam".[255]

Daí a conclusão de que "em caso de dúvida sobre o âmbito da segurança social, deve seguir-se a interpretação mais conforme com a realização efectiva desses direitos, o que corresponde, na terminologia de HESSE, a uma sua 'efectividade óptima'."[256]

Como pondera Marcos Gómez Puente, resulta de fundamental importância para a preservação e consolidação da força normativa da constituição a interpretação constitucional, que se encontra submetida ao mandato de realização ótima da norma constitucional.[257]

Mas o problema da interpretação reside na possibilidade de deturpação desse processo, mais presente quanto mais aberta ou geral for a norma que vincula a atuação legislativa. Daí porque a problemática dos limites jurídicos da interpretação deve ser resolvida mais por uma via metodológica que ontológica, porque aquela pode levar a soluções ou critérios sobre os quais se fundamenta sua aceitação e legitimação. Através dessa via, a autenticidade do processo interpretativo que conclui com a declaração do dever de legislar (quando não seja possível ir mais adiante sem usurpar a posição do legislador) ou que soluciona provisoriamente a situação gerada pela omissão do legislador, deve ser aceita pela comprovação de sua razoabilidade e proporcionalidade uma vez analisada a argumentação lógico-jurídico desenvolvida pelo intérprete, pela neutralidade política deste, por sua autoridade jurídica e por sua prudência frente a tentação de adentrar no âmbito político.[258]

Portanto, a difícil tarefa que se propõe é de como concretizar direitos e, ao mesmo tempo, evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas alcançando uma resposta correta para cada caso.[259]

Nesse sentido, a questão é conciliar a busca da efetividade ótima ou realização ótima da constituição com os perigos e os limites da interpretação e da jurisdição, bem como da invasão do campo reservado a outros Poderes, tanto o Executivo,

---

[255] QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 65.
[256] *Ibid.*, p. 65.
[257] PUENTE, Marcos Gómez. **La inactividad del legislador**: una realidad susceptible de control. Madrid: McGrall Hill, 1997, p. 30.
[258] *Ibid.*, p. 32-33.
[259] STRECK, Lenio Luiz. Concretização de direitos e interpretação da Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXXXI, p. 291-323, 2005, p. 300.

realizador das políticas públicas, quanto do Legislativo, regulamentador dos direitos assegurados constitucionalmente, o que só pode ser feito com prudência, razoabilidade e proporcionalidade, em cada caso especificamente. Com isso, assume importância a interpretação da constituição como um grande instrumento de outorga de efetividade de suas normas.

4 O CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES NORMATIVAS

Importante vertente do tema da correlação entre a efetividade das normas constitucionais e as omissões normativas é a do controle de tais omissões pelo Poder Judiciário, com especial enfoque no papel que tem sido assumido por esse Poder.

4.1. O Poder Judiciário e a efetividade dos direitos

Ao longo da história constitucional brasileira é notável o caminho transformador percorrido pelo Poder Judiciário.

Os tribunais brasileiros têm sua origem no sistema português de administração da justiça e de administração das colônias, o que data dos séculos XVI a XIX. O sistema de então era de unificação da justiça com a administração do reino e dos territórios ultramarinos. A justiça era subordinada ao rei, pois fazer justiça era tarefa do soberano. [260] Basta lembrar que na Constituição Política do Império de 1824, os poderes políticos eram quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial (art. 10). O Poder Moderador era responsável pelo equilíbrio e harmonia dos demais poderes, podendo, inclusive, suspender magistrados e perdoar ou moderar penas (arts. 98 e 101), tornando, assim, altamente questionável a afirmada independência do Judiciário.

Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, a burocratização do reino de Portugal e da América portuguesa determinou a conformação de uma magistratura hierarquizada e dependente, nos níveis mais altos, do paço real. E a formação social da colônia favorecia o convívio entre elites, amalgamando a justiça e a exploração mercantil.

---

[260] LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder judiciário. *In:* FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça:** a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989, p. 130.

A justiça não era para os pobres, para o povo, para os escravos. Estes, no dizer do autor, ficaram relegados à disciplina dos capitães do mato. [261]

Com a República, apesar da introdução da tripartição do Poder, esta situação pouco mudou. A independência do Brasil, não fora intermediada por uma Revolução Liberal burguesa, pois ainda predominavam os grandes latifundiários. Não existia uma burguesia e, conseqüentemente, uma tradição de resistência ao Poder Imperial e ao Executivo. Tudo isso contribuiu para que a composição dos tribunais brasileiros, no Império e nos primeiros anos da República ”fosse marcada por uma certa nobiliarquia judiciária voltada, como toda a vida institucional jurídico-política do país, para a oligarquia latifundiária e exportadora”.[262]

Ainda de acordo com José Reinaldo de Lima Lopes, “só com a mudança dos anos 20 para cá vai-se iniciar uma fase diferente, da qual o Judiciário deverá participar. Haverá uma progressiva democratização de seus quadros e também progressiva solicitação de sua interferência”.[263] Essa data é emblemática: coincide com o início dos movimentos sociais e com as primeiras constituições dessa natureza, inclusive em países não muito distantes, como no México, cuja constituição social data de 1917.

Com isso, pretende-se concluir que as constituições sociais provocaram a reconstrução do Judiciário, tanto quanto à atribuição de competências, quanto com relação ao fortalecimento de sua independência. A previsão de direitos que podem ser exigidos do Estado forjou a abertura, ao mesmo tempo, de um canal para reivindicar e tornar efetivos tais direitos, quando não respeitados.

Como bem observa José Reinaldo de Lima Lopes, “desde que o Estado se transformou num Estado-providência os direitos sociais e econômicos passaram a integrar a pauta de direitos da cidadania sob custódia da magistratura”.[264] E, de modo mais acentuado ainda, o Estado Democrático de Direito, agregando direitos individuais, sociais, políticos, acentua a exigência de um Judiciário forte, independente e dotado de instrumentos que possam tornar efetivos aqueles direitos, inclusive em caso de inércia dos demais Poderes.

Segundo Lenio Luiz Streck:

> [...] é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, em face do caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção de *força*

---

[261] LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder judiciário, cit., p. 130.
[262] *Ibid.*, p. 130-131.
[263] *Ibid.*, p. 131.
[264] *Ibid*., p. 138.

> *normativa* da Constituição, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional. Isso porque, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco do poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há (ou deveria haver) uma modificação desse perfil. Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídico previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. [265]

De acordo com Celso Campilongo,

> [...] a incapacidade de representação dos interesses coletivos pelos canais da democracia representativa e as dificuldades de defesa e garantia dos direitos sociais pelos mecanismos de adjudicação da dogmática jurídica colocam a magistratura diante de um problema sem precedentes: seu instrumento de trabalho, o direito positivo, torna-se um dos principais objetivos do conflito social. [266]

Assim, no entender do autor, "os tribunais deixam de ser a sede de resolução das contendas entre indivíduos e passam a ser uma nova arena de reconhecimento ou negação de reivindicações sociais".[267]

Mesmo que os magistrados não desejem tal situação ou que, num primeiro momento, a refutem em razão de seu papel político, ou ainda da formação e rotina dos juízes, ela é imposta pela natureza da demanda das partes, num processo praticamente irreversível hoje em dia.[268] Para José Renato Nalini, diante de uma constituição do tipo dirigente, "ao Judiciário já não mais se reserva o tradicional papel de inerte espectador da realidade. Reclama-se-lhe postura diversa da espera passiva, até ser acionado pelo interessado em despertá-lo. A ordem fundante impõe-lhe, queira ou não, um protagonismo essencial".[269]

Disso decorre o papel que vem sendo assumido pelo Judiciário a partir da Constituição de 1988. Esta, indubitavelmente, impôs uma transformação ao Poder Judiciário a partir das garantia institucionais e de independência que lhe foram asseguradas, mas também em razão das diversas competências que lhe foram atribuídas já a nível constitucional, seja no controle de constitucionalidade, que passou a abranger as omissões e a declaração de constitucionalidade, seja diante dos novos *writs* criados, da

---

[265] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002, p. 33.
[266] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. *In:* FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça:** a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989, p. 117.
[267] *Ibid.*, p. 117-118.
[268] *Ibid.*, p. 118.
[269] NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2006, p. 253.

argüição de descumprimento de preceito fundamental, da modulação dos efeitos das decisões em controle concentrado e das criações posteriores pelo Constituinte derivado, como a Súmula vinculante (art. 103-A) e a repercussão geral (art. 102, § 3º), acrescentadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004.

Tal processo teve continuidade no plano infraconstitucional, no qual foram atribuídas diversas competências ao Judiciário. São exemplos, a Lei n. 11.276, de 7 de fevereiro de 2006, que criou a súmula impeditiva de recursos, acrescentando ao artigo 518 do Código de Processo Civil o parágrafo primeiro, segundo o qual "o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal"; e também a Lei 11.672, de 8 de maio de 2008, que foi denominada de "lei dos recursos repetitivos" e que possibilita ao Superior Tribunal de Justiça decidir uma determinada questão que esteja sendo levada com freqüência àquela Corte, fixando o entendimento que deverá ser adotado no próprio Superior Tribunal de Justiça e nos demais Tribunais inferiores sobre a tese.

Todos estes institutos processuais são reflexos da nova posição assumida pelo Judiciário, que passa a ser um solucionador de grandes conflitos. A Constituição de 1988 foi a que "acreditou com maior convicção na pacificação social dos conflitos. Entregou ao Judiciário uma parcela enorme de responsabilidade na edificação daquela pátria harmônica e fraterna com que se acenou no preâmbulo e nos princípios fundamentais".[270]

E isso não foi decorrente apenas da criação das garantias específicas do Judiciário nem da criação de instrumentos processuais constitucionais. Tal transformação também foi favorecida pela imposição de inúmeros princípios a serem seguidos pela Administração. Além do princípio da legalidade, a Constituição impôs a exigência de moralidade, impessoalidade, eficiência e publicidade, que, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, dão lugar a concretizações judiciais variadas que, no fundo, determinam o sentido da atuação governamental. [271]

Diante disso, o citado autor ressalta um papel político assumido pelo Judiciário (e em especial pelo Supremo Tribunal Federal) na ordem constitucional vigente, que, segundo seu entendimento, não teria sido previsto nem programado pelo Constituinte. Por papel político, acrescenta, "se entende não uma atuação em prol de interesses partidários, mas uma participação ativa na conformação da ordem constitucional, da ordem

---

[270] NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**, cit., p. 258.
[271] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXVIII, n. 99, p. 86-91, set.2008, p. 87.

jurídica infraconstitucional e também na definição de rumos administrativos, nisso incluídas as políticas públicas" [272] ou, ainda, "abrangendo a idéia de hegemonia, controle social, decisão generalizável, etc."[273] Segundo Nalini, "diante da clareza do texto constitucional, o juiz não pode recusar que está protagonizando política". Não a política partidária, que lhe é vedada, mas sim a "política resultante da incursão nunca antes admitida em temas sensíveis à condução da política nacional".[274]

O controle dos demais Poderes, tradicionalmente exercido de forma negativa, limitando abusos e desfazendo atos ilegais e inconstitucionais, passa a ser feito após 1988 também de forma positiva, ou seja, prescritivo de ações e de políticas públicas.[275] Mas sem desprezar a importância desse papel com relação às políticas públicas, que muitas vezes se baseia em interpretar a norma constitucional e dela extrair a máxima efetividade possível, destaca-se, nessa transformação do Judiciário, o importante papel exercido na construção da ordem jurídica constitucional. Nesse papel o Judiciário tem sido chamado a solucionar grandes questões que, mais do que jurídicas, são também políticas, ou jurídico-políticas, pois envolvem os demais poderes e grandes setores da sociedade, do que são exemplos o julgamento da constitucionalidade da lei que permite o uso de células embrionárias, da fidelidade partidária, da argüição de descumprimento de preceito fundamental que questionava o aborto de fetos com anencefalia, dentre outros.

Na questão das omissões normativas não foi diferente. E não só em razão da atribuição ao judiciário da ação de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção. Sem descartar que o próprio Judiciário também pode ser responsável por omissões normativas, os maiores responsáveis pelas omissões dessa natureza são o Executivo e o Legislativo, de modo que o Judiciário acaba sendo sempre chamado a resolver os conflitos decorrentes dessa situação.

Lenio Luiz Streck, ao tratar da importância da jurisdição constitucional, afirma que enquanto a constituição é fundamento de validade do ordenamento e consubstanciadora da atividade político-estatal, "a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito". Logo, o significado de constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto.[276]

---

[272] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente, cit., p. 86.
[273] LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder judiciário, cit., p. 123.
[274] NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**, cit., p. 254.
[275] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente, cit., p. 87.
[276] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002, p. 27.

No Estado Social e Democrático de Direito o direito assume um papel transformador da realidade, como já exposto no capítulo primeiro. E isso aumentará a tensão em torno da "grande invenção contra-majoritária: a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar no garantidor dos direitos fundamentais e da própria democracia".[277]

Destaca, ainda, o autor, que a simples elaboração de um texto constitucional não é suficiente para que seu ideário se introduza efetivamente na sociedade. Daí porque a "eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional)", a confrontar o paradoxo de uma constituição rica em direitos "e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos".[278]

Como observa Celso Campilongo, é natural que o Judiciário se torne um interlocutor das demandas difusas. Isso significa:

> a) que o Judiciário oferece maior acesso e menor bloqueio das iniciativas; b) a criação de um duplo circuito de legitimação: do magistrado legitimando as iniciativas desses movimentos e dos movimentos legitimando os magistrados; c) relacionamento direito entre atores e magistrado, com diminuição ou eliminação de intermediários (ofuscando até o papel do advogado). [279]

Por fim, Flávia Piovesan, com muita propriedade, ao tratar do mandado de injunção, diz que sua efetividade requer uma interpretação condizente com a lógica social, o que acarreta em um novo sentido da separação de poderes "convertendo o Poder Judiciário em poder responsável por uma justiça substancial e distributiva que eleja, como principal valor, a igualdade material e, como parâmetro obrigatório e vinculante, os direitos e garantias fundamentais".[280]

4.2 A fiscalização concentrada da inconstitucionalidade por omissão

Controle de constitucionalidade é a verificação da adequação ou da conformidade da lei e dos demais atos jurídicos normativos com a constituição. Engloba

---

[277] STRECK, Lenio Luiz. Concretização de direitos e interpretação da Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXXXI, p. 291-323, 2005, p. 298.
[278] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito, cit, p. 29.
[279] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político, cit., p. 118.
[280] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**, cit., p. 155.

tanto a conformidade com as disposições procedimentais estabelecidas na constituição para a elaboração desses atos (constitucionalidade formal), quanto com relação ao conteúdo da constituição (constitucionalidade material). Como bem explicita Jorge Miranda, "[...] constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos 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 ou não a sua base".[281]

Já segundo a definição de Sérgio Resende de Barros, controle de constitucionalidade é "a verificação, por um sujeito controlador, da adequação de um objeto controlado a um objeto que serve de paradigma". Conseqüentemente, de acordo com o autor, é um trinômio, implicando sempre a presença de três elementos, "o sujeito controlador, que realiza o controle, tendo diante de si dois objetos, que são por ele comparados: o objeto controlado propriamente dito e o objeto-paradigma do controle".[282]

Desde sua elaboração, os sistemas de controle de constitucionalidade estavam eminentemente voltados à inconstitucionalidade por ação, isto é, a fiscalização de leis incompatíveis com a constituição, para declaração de sua nulidade no caso concreto ou extirpação do ordenamento jurídico com efeito *erga omnes* e vinculante. Por isso que Canotilho aponta que a incorporação, tanto na Constituição portuguesa de 1976, quanto na brasileira de 1988, da ação de inconstitucionalidade por omissão, constituiu a quebra do dogma de que só é possível o controle jurisdicional da inconstitucionalidade por ação.[283] A primeira constituição a contemplar expressamente a inconstitucionalidade por omissão foi a iugoslava de 1974[284], seguida da portuguesa de 1976, da brasileira de 1988 e da angolana de 1992.[285]

Segundo o art. 102, I, *a*, da Constituição Federal de 1988, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente a ação direta de

---

[281] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t. VI, p. 7-8.

[282] BARROS, Sérgio Resende de. **Noções sobre controle de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/aulas>. Acesso em: 14 nov. 2008.

[283] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanação de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas, cit., p. 352.

[284] Tal constituição, em seu art. 337, determinou: "Se o Tribunal Constitucional da Iugoslávia verificar que o órgão competente não promulgou as prescrições necessárias à execução de disposições da Constituição da República Federativa da Iugoslávia, das leis federais e das outras prescrições federais e atos gerais, dará do fato conhecimento à Assembléia Federativa Iugoslávia", a*pud* PIOVESAN, Flávia C. Proteção judicial contra omissões legislativas, cit., p. 113.

[285] Segundo Luís Roberto Barroso, antes das referidas positivações, a tese fora desenvolvida na Alemanha e na Itália em sede doutrinária e jurisprudencial. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 164.

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Não há distinção nesse dispositivo entre inconstitucionalidade por ação e por omissão. O mesmo ocorre no art. 103, *caput.* Este, porém, trata especificamente da declaração da inconstitucionalidade por omissão no parágrafo 3º. Disso se conclui que, onde não houver exceção prevista na constituição, aplica-se a mesma disciplina processual. De fato, seja por ação, seja por omissão, ambas são inconstitucionalidades e, como tal, ensejam a ação direta para preservar a autoridade e superioridade da constituição.

A própria Constituição de 1988 lançou as bases da ADIn: admitiu sua existência, ao estabelecer a *competência* do Supremo para apreciá-la; delimitou o rol dos legitimados ativos; disciplinou o papel do Procurador-Geral da República e do Advogado Geral da União e manteve a cláusula de reserva de plenário, pela qual a inconstitucionalidade só poderá ser declarada pela maioria absoluta do Tribunal. Mas a disciplina efetiva de tal ação perante o Supremo Tribunal Federal foi dada pelo Regimento Interno desta Corte e pela sua criação jurisprudencial e, depois, pela Lei 9.868/99.

A Constituição também cuidou de ampliar a legitimidade ativa para propositura da ação direta, em decorrência das extensas discussões do regime anterior acerca de legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República. Superou-se esta questão atribuindo legitimidade ao Presidente da República, às Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, às Mesas das Assembléias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, aos Governadores de Estado ou do Distrito Federal, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, I a IX da Constituição Federal e art. 2º da Lei 9.868/99).

À Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e ao Governador do Distrito Federal foi atribuída legitimidade ativa pela Lei 9.868/99, no que, inclusive, foi considerada inconstitucional por ir além da competência prevista na Constituição. No entanto, tal discussão restou superada, em primeiro lugar, pelo entendimento do Supremo, que já se pronunciara a favor da legitimidade ativa do Governador do Distrito Federal, concluindo que não houve na Constituição um silêncio eloqüente, mas sim uma omissão[286] e, em segundo lugar, porque a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004,

---

[286] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 645-DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ilmar Galvão. J. 11/11/96. DJ. 13/12/96. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em:10 out. 2008.

incluiu expressamente no rol de legitimados a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (no inciso IV, ao lado da Mesa das Assembléias) e o Governador do Distrito Federal (no inciso V, ao lado do Governador de Estado). Embora a Constituição ao tratar da legitimidade ativa não se refira expressamente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, já é pacífico no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que os legitimados são os mesmos, o que recentemente foi corroborado pela Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009.

De modo semelhante, a Constituição outorgou competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a), mas silenciou-se quando a ação direita contra a omissão. A função de guardião da constituição exercida pelo Supremo e as diversas competências que lhe foram atribuídas concentrando a competência das questões constitucionais, "parecem favorecer entendimento que estende ao Supremo Tribunal a competência para conhecer de eventuais omissões de órgãos legislativos estaduais em face da Constituição Federal".[287]

É importante diferenciar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão do mandado de injunção. Enquanto este é acessível a todo cidadão, aquela tem legitimidade ativa restrita. Além disso, o mandado de injunção busca a solução no caso concreto e a ação direta tem como finalidade exortar o órgão competente a proceder à colmatação da lacuna através da emanação de um preceito geral e abstrato. Por fim, o mandado de injunção é destinado "à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico", enquanto que "o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico".[288]

Mas apesar das diferenças, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na mesma maneira que o mandado de injunção, pode ter como objeto tanto a omissão total ou absoluta quanto a omissão parcial, decorrente do incompleto ou defeituoso dever de legislar.[289]

---

[287] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1128.

[288] MARTINS; Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868 de 10-11-99. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 325-326.

[289] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3682/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 09/05/2007. DJ 06/09/2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2009.

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal entendeu desnecessária a intervenção do Advogado-Geral da União, pois não há ato ou texto impugnado a ser defendido.[290]

É importante consignar também que, não obstante o Supremo Tribunal Federal tenha, em outras oportunidades, considerado que, uma vez desencadeado o processo legislativo, não há que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador[291], a Corte julgou procedente ação direita de inconstitucionalidade por omissão em que o projeto estava em tramitação no Congresso, acolhendo o argumento do Relator, Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que "também a *inercia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão".[292]

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida necessária a tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (art. 103, § 2º, da Constituição Federal). A decisão, portanto, tem eficácia *mandamental,* embora haja autores que a classificam como meramente declaratória[293], com o que não se pode concordar, pois a decisão tomada tem a finalidade de obter uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado.[294]

A grande questão atinente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porém, é a dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade por omissão e da responsabilidade do Poder competente, caso não adote as providências pertinentes determinadas no Acórdão.

Se, por um lado, não se pode simplesmente afirmar que a decisão que constata a existência da omissão inconstitucional e determina ao órgão competente que realize as medidas necessárias à colmatação da lacuna não produz maiores alterações na ordem jurídica, por se tratar de sentença de caráter nitidamente mandamental, que impõe

---

[290] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 23-SP -ADI 23-QO. Rel. Min. Sydney Sanches. J. 09/08/89. DJ. 01/09/89. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2008.

[291] Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2495/SC. Rel. Min. Ilmar Galvão. J. 02/05/2002. DJ 02/08/2002. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2009.

[292] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Direta de Inconstitucionalidade n. 3682/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 09/05/2007. DJ 06/09/2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2009.

[293] Nesse sentido: PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**, cit., p. 114.

[294] MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-99. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 325.

ao legislador em mora o dever de eliminar a inconstitucionalidade dentro de um prazo razoável,[295] o fato é que, na prática, esse comando não tem se mostrado efetivo.

No que toca ao órgão administrativo omisso, a questão é um pouco menos complexa, pois, além da Constituição ter fixado prazo de trinta dias para a realização das medidas necessária à tornar efetiva a norma constitucional, o descumprimento da decisão judicial pode ser enquadrada no art. 85 da Constituição Federal, que estabelece as hipóteses de crime de responsabilidade, dentre elas o desrespeito à leis e decisões judiciais (inciso VII).[296]

Deve ser feita a ressalva, porém, que, de acordo como entendimento do Supremo Tribunal Federal, essa ação não deve ser proposta "para que seja praticado determinado ato administrativo em caso concreto, mas sim visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado" [297], muito embora há quem entenda que não se pode excluir de plano a possibilidade de interposição que tenha como objeto a omissão na realização de determinado serviço ou adoção de certas medidas administrativas.[298] Inclusive por isso o prazo de trinta dias fixado pelo Constituinte pode se mostrar exíguo, principalmente quando não for concernente a edição de ato administrativo de caráter regulamentar, mas sim de medidas administrativas concretas, tal como construção de escolas, hospitais, etc.[299]

Dentro do âmbito da omissão administrativa, é provável que a hipótese mais corrente seja a do exercício do poder regulamentar, quando a lei remete a regulamento a ser futuramente editado pelo Executivo. Caso esse não o faça no prazo determinado na lei, ou em prazo razoável quando nenhum prazo houver sido fixado, a lei deve ser considerada eficaz em tudo quanto não dependa do regulamento. Mas, se a lei não contiver os elementos mínimos para sua aplicação, o dever de regulamentar poderá ser objeto da ação direta por omissão.[300]

---

[295] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1141.
[296] Cf. RAMOS, Dircêo Torrecillas. **Controle de constitucionalidade por via de ação**. São Paulo: WVC Editora, 1998, p. 109.
[297] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 19-AL (ADI 19-AL). Rel. Min. Aldir passarinho. J. 23/02/1989. DJ 14/04/1989. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2008.
[298] Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1137.
[299] *Ibid.*, p. 1140.
[300] *Ibid.*,. p. 1136.

Já quanto ao Legislativo a questão se mostra mais delicada. Primeiramente porque não foi fixado prazo no dispositivo constitucional e, em segundo lugar, porque cabe a ele a análise da oportunidade e conveniência de legislar, não podendo ser a tanto obrigado pelo Judiciário, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Assim sendo, na realidade, não há responsabilização do Legislativo. Disso decorre a pouca eficácia da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Inclusive, chegou a assentar o Supremo Tribunal a impossibilidade de medida liminar, vez que "nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão".[301]

Essa dificuldade é comum aos ordenamentos que instituíram o controle em abstrato da inconstitucionalidade por omissão. O português, por exemplo, no qual se inspirou a Constituição brasileira, também tem enfrentado problemas com a ineficácia da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Em realidade, em Portugal tem sido muito pequeno o número de processos de fiscalização abstrata dessa natureza. De acordo com Jorge Miranda, no primeiro período constitucional, que vai de 1976 a 1982, foram apenas seis os pareceres da Comissão Constitucional, então encarregada de analisar a questão, sendo que em apenas dois deles foi reconhecida a omissão inconstitucional e feita a recomendação ao órgão legislativo competente pelo Conselho da Revolução. Já no segundo período, o autor contabiliza cinco casos apreciados pelo Tribunal Constitucional, todos eles de iniciativa do Provedor de Justiça e apenas um considerado procedente pelo Tribunal Constitucional.[302] A bem da verdade, no Brasil a aplicação da ação direta por omissão também foi relativamente restrita, contando até recentemente com cerca de cem ações propostas perante o Supremo Tribunal Federal.[303]

Assim, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de promessa de um meio eficiente para a concretização de todos os direitos previstos pela constituição, pois seria um impulso para realização desses quando o órgão responsável permanecesse omisso, atingindo-se, assim, com o passar do tempo, a plena efetividade constitucional, passou a ser mais um problema para os constitucionalistas.

---

[301] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 361-MC/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 05/10/1990. DJ 26/10/1990. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2009. Entendimento esse que restou superado pela Lei 12.063, de 27.out.2009.

[302] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t. VI,. p. 292-293. Embora o autor não indique o termo final da contabilidade apresentada, presume-se que seja até a data da edição da obra.

[303] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Direta de Inconstitucionalidade n. 3682/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 09/05/2007. DJ 06/09/2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 08 ago.2009.

Nesse sentido, há que se questionar se o Judiciário poderá dar parâmetros para a elaboração da lei a partir da interpretação da norma constitucional pendente de efetividade, não de forma a vincular o legislador, mas sim de indicar o caminho da constitucionalidade da lei a ser futuramente elaborada[304], ou ainda, se são palpáveis propostas de alteração do art. 102, § 3º, para que o Supremo possa fixar um prazo também para o Poder Legislativo, ou atribuir-se poder de iniciativa extraordinária a determinado órgão, em caso de permanência da inércia legislativa após ultrapassado o prazo fixado.

O Supremo Tribunal Federal fixou originalmente o entendimento de que tanto no mandado de injunção quanto na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cabe à Corte apenas declarar a mora legislativa e cientificar o órgão omisso para que adote as providências necessárias.[305]

Mesmo em casos em que a mora legislativa é decorrente do não envio pelo Executivo de projeto de lei de sua iniciativa, entendeu o Supremo não ser possível a fixação de prazo para supressão da mora, vez que tal providência não se enquadra nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Executivo, mas sim de medida caracterizadora de ato de poder que desencadeia o processo legislativo.[306]

Entretanto, recentemente houve uma tímida evolução na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em caso o qual a Corte declarou o estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional, para 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". Porém, o Ministro Gilmar Mendes, Relator, fez a advertência no Acórdão de que "não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável", vez que o Tribunal já havia julgado inconstitucionais leis estaduais editadas em discordância com a nova redação do art. 18, § 4º da CF, dada pela Emenda n. 15/1996, porém, diferindo os efeitos dessas decisões para o prazo de 24 meses, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99 e em

---

[304] Nesse sentido, cf. SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas:** contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 151.

[305] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Questão de Ordem no Mandado de Injunção n. 107-QO/DF. Rel. Min. Moreira Alves. J. 23/11/1989. DJ 21/09/1990. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 nov.2008.

[306] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2061/DF. Rel. Min. Ilmar Galvão. J. 25/04/2001. DJ 29.06.2001. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2009.

prol do princípio da segurança jurídica, que ficaria abalado pela anulação de uma lei que criara um Município.[307]

Nesse julgamento, a fixação do prazo não contou com a unanimidade dos Ministros. Os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence foram contrários. Aquele, inclusive, questionou o que a Corte faria caso não fosse respeitado o prazo e, por isso, interposta uma reclamação. Por outro lado, o Ministro Carlos Brito consignou o entendimento de que:

> Quando a nossa Constituição falou em dar ciência ao poder competente, claro que mais de um poder, não só ao Poder Legislativo, apenas a Constituição avançou o comando de que, em se tratando de órgão administrativo, esse prazo seria de trinta dia, mas sem com isso excluir a possibilidade de se fixar um prazo, logicamente, maior para o Poder Legislativo.[308]

Porém, isso ainda não significa que foi ultrapassado o entendimento segundo o qual,

> A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.[309]

Mas pode ser um sinal de uma tendência evolutiva, principalmente se levarmos em consideração as considerações feitas no voto do Ministro Carlos Brito, evolução essa amparada por boa parte da doutrina nacional. De fato, de acordo com a opinião de Dircêo Torrecillas Ramos,

> A adoção de medidas supletivas do Judiciário seria novamente a intromissão na função de outros poderes em poderes que não são seus, mas, como solução provisória até o atendimento pelo órgão competente, seria aceitável mesmo que temporariamente houvesse a invasão de um sobre outro dos três poderes. A solução é reclamada também na omissão do Poder Legislativo para o qual nem prazo se fixou.[310]

---

[307] Isso ocorreu, por exemplo, na ADI 3.689/PA. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3689/PA. Rel. Min. Eros Grau. J. 10/05/2007. DJ 29/06/2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2009.

[308] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Direta de Inconstitucionalidade n. 3682/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 09/05/2007. DJ 06/09/2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2009.

[309] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.458-MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. J. 23/05/1996. DJ 20/09/1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2008.

[310] RAMOS, Dircêo Torrecillas. **Controle de constitucionalidade por via de ação**, cit., p. 109.

Segundo José Afonso da Silva, nos termos estabelecidos na constituição, continua intacto o princípio da discricionariedade do legislador, o que, inclusive, é salutar. Porém, no seu entender, isso não impediria que a sentença que viesse a reconhecer a inconstitucionalidade por omissão já pudesse dispor normativamente sobre a matéria, até que o órgão responsável suprisse a omissão normativa. Dessa maneira, "conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais".[311]

Como bem observa Flávia Piovesan, não é característico do sistema de controle de constitucionalidade responsabilizar o órgão que a cometeu. A preocupação maior é de eliminar a inconstitucionalidade. É o que ocorre no controle da inconstitucionalidade por ação, em que a lei inconstitucional é retirada da ordem jurídica, sem reprimendas a seu responsável. Compartilhando dessa lógica do controle de constitucionalidade, o objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão também deverá ser o de afastar a violação à constituição, agora perpetrada pela via omissiva.[312]

Ocorre que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tal qual concebida na Constituição brasileira não elimina a ofensa à Constituição, certamente em prol do princípio da separação dos poderes, o que, em contrapartida, compromete o princípio da supremacia da constituição e a efetivação das normas constitucionais. Assim, propõe a autora que o Supremo Tribunal Federal declare inconstitucional a omissão e fixe prazo para que o legislador omisso supra a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. Esse prazo poderia ser o da apreciação em "regime de urgência", que é de quarenta e cinco dias sucessivos para cada Casa, conforme previsto no artigo 64, parágrafo 2° do texto constitucional. A estipulação do prazo é, inclusive, uma tentativa de conciliar esse processo com o princípio da separação de poderes, pois, somente nas hipóteses de não suprimento da omissão é que poderia o Supremo, "se fosse o caso, expedir decisão normativa provisória, a fim de tornar viável o preceito constitucional".[313]

Porém, adverte a autora que há casos em que a atuação do legislador é totalmente insubstituível, como, por exemplo, "as normas de eficácia limitada do tipo institutivo (ex: artigo 134, parágrafo único, referente à Defensoria Pública; artigo 131, referente à Advocacia Geral da União)" e as normas relativas à elaboração de Códigos. Assim, conclui que:

---

[311] SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 558.
[312] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**, cit., p. 107.
[313] *Ibid.*, p. 108-109.

> [...] haveria que se distinguir o dever constitucional de legislar, suscetível de complementação ou suprimento, daquela exigência insuprível na via judicial, posto que requer, necessariamente, a intervenção insubstituível do legislador. Vale dizer, caberia ao Poder Judiciário a seguinte avaliação: se se pode atribuir razoável eficácia à norma constitucional sem a intervenção do legislador, tendo em vista a existência no sistema constitucional de elementos mínimos necessários à aplicação normativa, devem os Tribunais aplicá-la, sob o fundamento de que o órgão legislativo não honrou o encargo que lhe foi imposto. Esta avaliação está centrada na possibilidade do Poder Judiciário, através do processo de concretização, emprestar eficácia ao preceito constitucional que exige regulamentação.[314]

André Puccinelli também defende que, ao invés da inócua comunicação formal, deveria ser reservada ao Pretório Excelso a "competência para expedir regulamentos provisórios com vigência assegurada, enquanto subsistisse a inércia legislativa". Isso, segundo informa o autor, era a idéia originalmente defendida pelos membros da Assembléia Constituinte, prevista no art. 149, § 2º, do Projeto de Constituição e que foi retirada no segundo substitutivo apresentado pela Comissão de Sistematização. A atribuição de competência ao Supremo Tribunal Federal para estabelecer prazo ao órgão omisso e, após, expedir normas provisórias vigentes, deveria advir de Emenda Constitucional, alterando o § 2º do art. 103 da Constituição, mas limitada nos casos em que a atuação do legislador é absolutamente insubstituível, como estabelecer crimes e criar tributos, e também nas hipóteses em que se proíbe a edição de medidas provisórias.[315]

Já Clèmerson Merlin Clève anota que o Constituinte (inclusive ao tempo da revisão constitucional) perdeu a oportunidade de conferir à decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, além de alguns efeitos estritamente jurídicos, outros de índole política. Nesse sentido, a decisão judicial, além de dar ciência ao Poder omisso para suprir a omissão, poderia: permitir a aplicação direta pelos juízes e tribunais do dispositivo constitucional demandante de complementação, se houver normatividade suficiente para isso; afastar os riscos decorrentes da falta de norma reguladora, como, por exemplo, suspender os processos judiciais e administrativos dependentes da norma regulamentadora (por exemplo, num caso em que envolva a impenhorabilidade de "pequena propriedade rural", a ser definida por lei, nos termos do

---

[314] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**, cit., p. 109.
[315] PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 159-162.

art. 5º XXVI, da CF); autorizar mecanismos políticos de suprimento da omissão inconstitucional.[316] Esses mecanismos políticos poderiam ser:

> (i) Iniciativa popular (facilitada); iniciativa de entidades, associações e dos Estados-Membros (por ato do Governador ou da Assembléia Legislativa) do processo de elaboração legislativa; e (ii) o deslocamento, com alguns limites, das matérias de iniciativa privativa para o território das matérias de iniciativa comum ou partilhada (autorizando a deflagração do procedimento legislativo pelos cidadãos, entidades, associações ou qualquer parlamentar ou comissão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal).[317]

A evolução em prol da fixação de um prazo certamente é possível, pois nada impede que o Supremo deixe consignado na sua decisão o prazo que entende razoável para a elaboração da norma. Porém, este termo só teria a finalidade de pressionar o órgão responsável pela elaboração da lei e exortar a atuação dos órgãos de pressão, vez que realmente não há sanção prevista em nosso ordenamento para o caso de descumprimento.

Por isso, necessária se faz a edição de Emenda Constitucional para alteração do art 103, § 2º, da Constituição Federal, vez que o tempo decorrido desde a promulgação do texto constitucional já foi suficiente para demonstrar que esse dispositivo não tem a capacidade de propiciar o fim a que foi destinado, isto é, a plena efetividade das normas constitucionais e da Constituição brasileira como projeto de construção de um Estado Democrático de Direito.

Essa alteração deveria obrigatoriamente passar pela concessão ao Supremo Tribunal Federal da prerrogativa expressa de, após o reconhecimento do estado de omissão inconstitucional, fixar um prazo que entendesse razoável para elaboração da norma pelo órgão omisso. Mas, como já dito, essa possibilidade de fixar um prazo pouco acrescentaria ao que hoje está disposto, tendo a vantagem de eliminar as dúvidas quanto a sua possibilidade, de modo que a questão maior é das conseqüências do não atendimento da determinação do Supremo no prazo estabelecido.

Assim, para que a alteração da Constituição - ela própria - não restasse sem efetividade, a Emenda deveria prever a possibilidade do Supremo expedir decisão de caráter provisório disciplinando o dispositivo constitucional até que o órgão responsável suprisse a omissão normativa, o que poderia ocorrer principalmente pela aplicação direta do preceito constitucional, extraindo-se deste, sempre que possível, eficácia suficiente para dar uma solução para o caso concreto.

---

[316] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 349.
[317] *Ibid.*, p. 350.

Obviamente isso não seria possível em todo e qualquer caso. Citem-se, por exemplo, as exceções mencionadas por Flávia Piovesan, tal como normas que prevêem a elaboração de Códigos (por exemplo, se não tivesse sido editado o Código de Defesa do Consumidor, determinado no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) ou a criação de certas instituições, os quais dependem de complexo debate ou ampla previsão orçamentária.

Em 28 de outubro de 2009 foi publicada no Diário Oficial da União a Lei Federal nº 12.063, de 27 de outubro de 2009, que acrescentou à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal), o Capítulo II-A, estabelecendo a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Tal lei, todavia, em quase nada inovou ou contribuiu para a matéria. De fato, apenas deixou explícito que os legitimados ativos para propositura da ação direta por omissão são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, o que já era entendimento assente no Supremo Tribunal Federal; estabeleceu algumas questões processuais de menor relevância, como os requisitos da petição inicial, a impossibilidade de desistência da ação após sua interposição, a possibilidade de manifestação dos demais legitimados ativos e, a critério do relator, do Advogado Geral da União. Permaneceu a obrigatoriedade de manifestação do Procurador Geral da República, quando este não for o autor. Em pequena inovação, permitiu a lei a concessão de liminar, em casos de excepcional urgência e relevância da matéria, mediante voto da maioria absoluta dos Ministros, consistente: na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, nos casos de omissão parcial; na suspensão de processos judiciais e procedimentos administrativos; ou ainda "em outra providência a ser fixada pelo Tribunal" (art. 12-F).

Porém, ao tratar da decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a Lei 12.063 limitou-se a repetir o disposto no art. 103, § 2º, da Constituição Federal, dizendo que, uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão "será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias" e, em se tratando de órgão administrativo, "as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso

e o interesse público envolvido". A única inovação com relação ao texto constitucional, portanto, foi a possibilidade da Corte estabelecer, em condições especiais, prazo diferente de trinta dias.[318]

Assim, mesmo com a nova legislação, permanecem os problemas levantados (até porque, como visto, as inovações necessárias precisariam ser impostas por Emenda Constitucional, e não por lei ordinária, por inovarem substancialmente na matéria). O fato é que, como visto, existem alternativas a serem tomadas para dar efetividade a um importante instituto ─ o do controle direto da inconstitucionalidade por omissão – parte essencial do projeto da Constituição de 1988 para atingir progressivamente o Estado Social e Democrático de Direito.

4.3 Controle da inconstitucionalidade por omissão pela via concreta

Dentro do campo do controle jurisdicional das omissões normativas, é pertinente questionar se poderiam os juízes declarar a existência de uma omissão inconstitucional e, mediante a utilização de instrumentos de integração, conceder eficácia ao preceito constitucional no caso concreto.

De fato, são inúmeras as hipóteses em que os cidadãos demandam direitos previstos constitucionalmente, porém têm sua pretensão negada pela ausência de norma concretizadora.[319] A omissão inconstitucional, tal qual a inconstitucionalidade por ação, atua prejudicialmente ao mérito, pois a ausência de lei influencia no resultado da demanda individual. Em outras palavras, o cidadão pode ter razão, mas nada obter da justiça. Ocorre

---

[318] BRASIL. Presidência da República. Lei 12.063 de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 02.12.2009.

[319] Por exemplo, na Apelação Cível no Tribunal de Justiça de São Paulo, em que servidores públicos pleiteavam o direito à averbação de tempo de serviço prestados em atividade insalubre para fins de aposentadoria, conforme previsto no art. 40, § 4º, da Constituição Federal, assim restou decidido: SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL ─ Previdência Social ─ Averbação de tempo prestado em atividades insalubres, para fins de aposentadoria especial ─ Ausência de lei complementar específica ─ Dispositivo constitucional não auto-aplicável ─ Improcedência mantida ─ *Somente com o cumprimento do tempo integral exigido na Constituição Federal, possível a aposentadoria especial, vedada a averbação temporal parcial, por falta de amparo legal, pois ausente lei complementar exigida pelo art. 40, § 4. °, da Carta Magna, inserido pela Emenda Constitucional n.° 20/98, inaplicável, por outro lado, a Lei Federal n.° 8.213/91, por cuidar da previdência em caráter geral.* BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 11ª Câmara de Direito Púbico. J. 24.04.2006. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>.Acesso em: 20 nov. 2009.

que, da mesma maneira que se priva de eficácia jurídica o ato de legislador que ofende a constituição, se deveria privar de eficácia a omissão.[320]

No direito brasileiro, mesmo com a previsão do mandado de injunção, tal via de controle contribuiria para a efetividade constitucional, principalmente pela facilitação do acesso dos cidadãos à jurisdição para demanda de direitos previstos constitucionalmente, factível em qualquer processo. Ademais, os juízes que exercem a jurisdição comum geralmente são os primeiros a se deparar com a ineficácia de um direito em razão da ausência normativa, da mesma forma que tendem a ser mais sensíveis aos problemas da população em razão do contato subjetivo com a parte e da análise da questão não em abstrato, mas sim permeada pelos problemas da vida cotidiana. Por isso, a exemplo do que ocorre com o controle da constitucionalidade por ação, o controle da omissão com a integração da norma no caso concreto pode ser extremamente efetivo.

Canotilho se refere à possibilidade da argüição da inconstitucionalidade por omissão pela via concreta ou difusa como "teoricamente pensável". O controle concreto da omissão, segundo seu entendimento, foi recusado na Constituição de 1976, pois a constituição dirigente é "obra de concretização dos legisladores activos", não competindo aos juízes substituir a política constitucional e os "actos de conformação político-legislativa dos titulares legiferantes". Afirma o autor que tal controle seria de difícil operatividade prática no caso de omissões absolutas, mas poderia assumir maior relevância em caso de omissão parcial, violadora do princípio da isonomia. Neste caso, "o controlo concreto desenvolver-se-ia centrado na omissão legislativa, ficando intocado o acto positivo de legislação".[321]

Trata-se de uma questão extremamente controversa, ainda embrionária e que encontra fortes opositores.

Jorge Pereira da Silva observa que, na medida em que um cidadão tem um direito negado pela inexistência de lei concretizadora do direito constitucional, o silêncio do legislador se traduz em mais do que apenas um "não fazer", passando ter também "um sentido normativo que conduz à rejeição das pretensões formuladas pelos particulares". Assim, "da inactividade do legislador não resulta um 'nada' ou um 'vazio', mas uma prescrição de sentido negativo". Com isso, é possível inferir-se uma norma implícita no

---

[320] PUENTE, Marcos Gómez. **La inactividad del legislador:** una realidad susceptible de control. Madrid: McGrall Hill, 1997, p. 27.

[321] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, cit., p. 346-347 e 356.

ordenamento infraconstitucional decorrente da conjugação de um dispositivo constitucional, não exeqüível por si mesmo, atributivo de um direito fundamental, com a ausência de norma que lhe confira exeqüibilidade.[322]

Dessa maneira, o autor constrói seu raciocínio sobre o controle concreto das omissões legislativas mediante a realização do controle da norma implícita denegatória do direito constitucional da parte em litígio, e não da conduta passiva do legislador em si mesma[323], contornando o art. 204º do Constituição portuguesa que diz que os tribunais não podem *aplicar* normas que infrinjam o disposto na Constituição. Uma vez julgada a inconstitucionalidade da norma implícita, "fica o tribunal obrigado, em virtude da proibição de denegação de justiça do artigo 8º do Código Civil, a encontrar uma solução para o caso concreto, preenchendo a lacuna aberta na ordem jurídica".[324]

Logo se vê que a questão passa por dois momentos: a possibilidade do juiz declarar incidentalmente a inconstitucionalidade por omissão e, feito isso, como julgar a causa, dando solução para o caso concreto. Esse último problema leva à análise sobre a possibilidade ou não de se identificar **omissão** e **lacuna**, com as conseqüências inerentes à eventual identidade, principalmente a possibilidade de integração pelo intérprete.

A origem de tal discussão remonta à doutrina de Costantino Mortati, que fez a seguinte distinção entre omissão e lacuna:

> As omissões são diferenciáveis das lacunas porque, ao contrário desta última, devem ser consideradas inadimplemento de uma obrigação. Sua assimilação a casos de expressa disposição negativa pode conduzir a uma segunda razão de diferença, pelo fato de que as omissões são sempre o resultado de um ato de vontade, enquanto as lacunas podem verificar-se de modo involuntário (a menos que se acolha a conhecida tese de DONATI, segundo o qual o silêncio do legislador implica sempre o notório propósito de submeter a relação não regulada à norma fundamental de liberdade). Essencial é a diferença constituída pelo fato de que, enquanto a sentença que elimina uma lacuna exaure a função de complementação da ordem jurídica, a que declara a inconstitucionalidade de uma omissão pode ser ela própria uma fonte de outras lacunas.[325]

---

[322] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica: 2003, p. 173.
[323] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 177.
[324] *Ibid*., p. 210.
[325] MORTATI, Costantino. Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore. *In:* **Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza constituzionale repubblicana.** Raccolta di scritti, Milano: Giuffre, 1972, t. III, p. 927. Tradução nossa do original: "Le omissioni sono differenziabili dalle lacune perchè, a differenza di queste ultime, sono da considerare inadempienza di un obbligo. La loro assimilazione ai casi di espressa disposizione negativa potrebbe condurre ad uma seconda ragione di differenza, pel fatto che le omissioni sono sempre il risultato di un atto di volontà, mentre le lacune potrebbero verificarsi in modo involontario (a meno di non accogliere la nota tesi del donati, secundo cui il

Assim, de acordo com Mortati, as lacunas são incumprimento culposo, involuntário, enquanto que as omissões, ao contrário, contêm uma vontade política de não legislar. A conseqüência disso é que a lacuna poderá ser integrada pelo juiz mediante os meios que estão a sua disposição, mas, em caso de omissão legislativa, nada poderá fazer, pois irá se confrontar com a vontade do legislador e, pois, com os limites de sua função.[326]

Em suma, pode-se dizer que o importante para a doutrina de Mortati é a vontade política, a voluntariedade infratora da constituição. Em sua ausência, poderá o juiz integrar o espaço vazio (que ele considera uma lacuna). Em sua presença (o que caracterizaria uma omissão inconstitucional), haveria indevida interferência sobre as competências do legislativo caso o juiz decidisse supri-la.

Também discordando da assimilação entre omissões e lacunas, Blanco de Morais se posiciona fortemente contra a possibilidade de controle das omissões absolutas pela via concreta. No seu entendimento, omissões absolutas "implicam uma contradição com um plano constitucional que impõe ao legislador um *'facere'* legislativo", enquanto que, diversamente, as lacunas "são falhas de regulação que contrariam a lógica, a sistematicidade e, eventualmente, a teleologia do sistema jurídico, sempre que deste seja possível deduzir que uma dada *factie-species* careceria de disciplina normativa".[327] Conseqüentemente, a lacuna constitui um simples problema de regulação, não importando num juízo de desvalor ou censura da conduta do legislador, mas apenas na integração do vazio jurídico pelo intérprete, ao contrário da omissão, que poderá ser avaliada negativamente através do controle jurisdicional, porém sem sanção à conduta negativa do legislador[328] (pois esta não está prevista no sistema português, nem no brasileiro de controle da omissão legislativa).

Ademais, as omissões absolutas não podem ser reparadas através de uma norma fabricada *"ad casum"* pelos tribunais, "já que respeitam a imposições de 'facere' que reclamam uma escolha entre opções políticas ou programáticas alternativas que

---

silenzio del legislatore implica sempre il consaputo proposito di far rientrare il rapporto non regolato sotto la norma fondamentale di libertà). Essenziale è invece la differenza costituta dal fatto che, mentre la sentenza ripianatrice di una lacuna esaurisce la funzione di completamento dell'ordine giuridico, invece quella che dichiara la incostituzionalità di un'omissione può essere a sua volta fonte di altre lacune."

[326] MORTATI, Costantino. Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore, cit, p. 948 *et seq*.

[327] MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 81.

[328] *Ibid*., p. 81-82.

integram a reserva de lei e a reserva de poder dos órgãos criadores da mesma lei", sendo, assim, estranhas à atividade dos aplicadores do direito.[329]

Por fim, o autor questiona a possibilidade de um novo sistema jurisdicional difuso de fiscalização e reparação concreta das omissões, sem um mínimo de apoio na Constituição da República Portuguesa.[330]

Contrária também é a opinião de Jorge Miranda, que distingue as lacunas das omissões legislativas primeiramente porque as lacunas são situações constitucionalmente relevantes, mas não previstas, enquanto que as omissões legislativas dizem respeito a situações previstas, mas às quais faltaram no programa ordenador global da constituição as disposições necessárias a uma imediata exeqüibilidade. Além disso, as lacunas são verificadas pelo intérprete e pelos órgãos que aplicam o direito, enquanto que as omissões, se também podem ser por estes verificadas, só podem ser declaradas pelos órgãos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Por fim, a integração de lacunas é tarefa do intérprete ou do aplicador, uma vez que significa a determinação da regra para o caso concreto, enquanto que a integração de omissões conduz à edição de lei pelo legislador.[331]

Com as grandes resistências em torno do tema tem se alinhado o Tribunal Constitucional português. Em caso em que o recorrente alegou inconstitucionalidade por omissão incidentalmente, o Tribunal não conheceu do tema, sob o argumento de que a inconstitucionalidade por omissão só pode ser apreciada pelo Tribunal Constitucional nos termos do artigo 283º da Constituição portuguesa, isto é, sob a forma abstrata, e pelos legistimados no nº 1 do mesmo artigo, isto é, o Presidente da República, o Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, os presidentes das Assembléias Legislativas.[332] O Tribunal Constitucional português só exerce o controle de omissões em casos concretos quando está em jogo uma omissão parcial, porque considera ser uma inconstitucionalidade por ação.[333]

---

[329] MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos, cit., p. 84-85.
[330] *Ibid.*, p. 90. O autor, porém, se mostra favorável ao controle difuso das omissões relativas, pois estas não são genuínas omissões, mas sim o que o autor chama de "lacunas axiológicas", nas quais o silêncio parcial gera uma depreciação indevida de garantias ou uma situação discriminatória (diferentes das "lacunas técnicas" insusceptíveis de integração pelo aplicador).
[331] Miranda, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, t. II, p. 303.
[332] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. 2ª Secção. Acórdão 500/99. Rel.: Consª Maria Fernanda Palma. J. 21 de set.1999. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em: 09 nov. 2009.
[333] Cf. 4.6 *infra*.

Segundo Rui Medeiros, em Portugal, apesar da inexistência do "mandado de injunção ou de um recurso de amparo contra omissões legislativas, o regime de fiscalização da constitucionalidade por acção permite, através da ampliação do conceito de norma, controlar muitas das omissões legislativas inconstitucionais".[334] Essa ampliação se dá pela descoberta de normas implícitas fiscalizáveis no campo das omissões normativas. "A admissibilidade da fiscalização de normas implícitas e de normas virtuais potencia uma redefinição da distinção tradicional entre fiscalização da inconstitucionalidade por acção e controlo da inconstitucionalidade por omissão".[335]

Com relação às omissões legislativas relativas simples (em que está em causa a violação do princípio da igualdade), ou parciais (naquelas em que, além da violação do mesmo princípio ocorre o não cumprimento integral de um dever de concretização de uma norma constitucional não exeqüível por si mesma), o Tribunal Constitucional português tem utilizado as sentenças modificativas, eliminando a desigualdade pela extensão do direito concedido ilegitimamente apenas a alguns.[336] E "frequentemente, a decisão de inconstitucionalidade respeita única e exclusivamente à norma que *implicitamente* restringe o âmbito de aplicação da lei, obtendo-se, por essa via, a *aplicatio* do regime favorável".[337]

Porém, com relação às omissão absolutas a questão é diferente. Para o autor, mesmo diante de tais omissões não é difícil se visualizar uma norma implícita no sentido contrário ao programa constitucional, passível de fiscalização pelo sistema de inconstitucionalidade por ação. Em caso, por exemplo, do descumprimento do legislador da norma que confere proteção das condições de trabalho dos trabalhadores-estudantes (art. 59º, nº 2, f, da Constituição da República Portuguesa) "não é difícil descobrir uma norma legal implícita que, na ausência da lei concretizadora do referido preceito constitucional, impõe aos trabalhadores-estudantes que prestem trabalho nas condições gerais aplicáveis aos restantes trabalhadores".[338]

Entretanto, para Medeiros, isso não significa que as omissões absolutas possam ser controladas pela via da fiscalização concreta da inconstitucionalidade por ação.

---

[334] MEDEIROS, Rui. A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade. *In:* **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 196.
[335] *Ibid.*, p. 195.
[336] Cf. 4.6 *infra.*
[337] *Ibid.*, p. 196 (grifo do autor).
[338] *Ibid.*, p. 197.

Assim, ele discorda que tal situação redunda em uma lacuna que deve ser preenchida pelo juiz da causa mediante a utilização dos recursos ao seu dispor. E isso porque, no seu entender, tal entendimento ignora o sentido último do art. 283º da CRP, assim como é contrário sob a perspectiva de uma constituição dirigente que, invocando Canotilho, o autor diz ser obra de concretização dos legisladores ativos.[339]

No entanto, é possível encontrar opiniões divergentes dentro na doutrina portuguesa. De acordo com Jorge Pereira da Silva, julgada inconstitucional uma omissão normativa absoluta, o tribunal terá que procurar uma forma de preencher a lacuna resultante. A principal forma de colmatar o vazio normativo resultante de uma omissão absoluta consiste na tentativa de aplicação direta da norma constitucional, quando isso for possível, verificando-se a possibilidade de atribuição de razoável eficácia à própria norma constitucional sem intervenção do legislador. E isso, segundo o autor, se aplica a normas não exeqüíveis e programáticas, vez que tanto umas quanto outras não são simples remissões formais dirigidas ao legislador, antes assumindo um conteúdo normativo próprio. As normas constitucionais, ainda quando programáticas, retém um conteúdo mínimo, que poderá possibilitar uma solução ao caso concreto. Cuida-se de "interpretar cuidadosamente a norma constitucional atributiva do direito, buscando nela e no seu contexto sistemático um conteúdo imediatamente determinável e que possa ser aplicado na resolução do caso *sub judice".*[340]

Todavia, nem sempre será possível uma solução mediante a aplicação direta da norma constitucional, restando ao julgador criar para a situação sob análise "uma norma de decisão que dê, no caso concreto, cumprimento à imposição constitucional em causa, agindo, portanto, 'segundo a norma que o próprio intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema'" [341], conforme critério de integração previsto no art. 10º do Código Civil português.[342] Não se exige do juiz algo impossível ou criação de normas *ex nihilo*, devendo ele se orientar pelas decisões valorativas do legislador constitucional e por outras valorações do direto positivo, tal como em casos em que o legislador já tenha

---

[339] MEDEIROS, Rui. A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade, cit., p. 198-199.
[340] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 225-227.
[341] *Ibid.*, p. 234.
[342] Assim dispõe o art. 10º do Código Civil Português: Art. 10º. 1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos. 2. Há analogia sempre que no caso omisso procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei. 3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema. NETO, Abílio. Código Civil anotado. 13. ed. actual. Lisboa: Ediforum Edições Jurídicas, 2001. p. 25.

concretizado imposições legiferantes.[343] Por fim, conclui o autor que, se tais decisões nem sempre correspondem integralmente ao estado de coisas desejado pela constituição, constituem uma aproximação a este estado e são preferíveis a uma decisão que negasse aos cidadãos os direitos fundamentais reclamados por falta de concretização legislativa.[344]

Há que se ressaltar que, para chegar a tal conclusão, o autor refuta a diferenciação feita por Mortati entre lacuna e omissão, pois, no seu entendimento, o conceito de lacuna é alheio à natureza vinculada ou livre da norma faltante, nada impedindo o reconhecimento de lacunas decorrentes do incumprimento de deveres de atuação legislativa. Relevante para o conceito de lacuna não é a existência de um dever, mas sim apenas a inexistência de norma aplicável ao caso e as obrigações que daí resultam para o julgador. Por conseguinte:

> [...] nada parece impedir, à partida, que as omissões inconstitucionais estejam na origem de uma espécie de lacunas jurídicas com a característica particular de resultarem do incumprimento de um específico dever constitucional de actuação do legislador. Parece mesmo adequado dizer-se que as omissões legislativas são lacunas qualificadas pela existência de um dever legiferante, revestindo, portanto, maior gravidade. Isto não significa, obviamente, que todas as omissões legislativas sejam supríveis pelos métodos tradicionais de integração de lacunas, mas nisso não se distinguem das restantes lacunas, uma vez que sempre se reconheceu a existência de lacunas insupríveis.[345]

Raquel Brízida Viana, aponta os seguintes pontos de convergência entre os conceitos de lacuna e omissão:

> a) tal como lacunas, também as omissões normativas inconstitucionais podem ser voluntárias ou involuntárias; à semelhança das lacunas, as omissões tanto podem ser situações constitucionalmente relevantes previstas como não previstas; o que releva é o resultado, *maxime*, em sede de direitos fundamentais, cujo exercício é impedido pelo silêncio do legislador, ao arrepio da Constituição;
>
> b) mesmo que se sustente que as omissões só podem ser declaradas especificamente pelo Tribunal Constitucional, isso não significa reduzir a protecção jurídica contra as omissões ao processo previsto no artigo 283º da Constituição portuguesa; independentemente, por agora, da inexistência de uma fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão que, a partir do caso concreto, pudesse desencadear a verificação abstracta da mesma;
>
> c) é verdade que a integração de omissões legislativas reconduz-se à edição da lei pelo legislador, mas isso não significa reduzir a protecção jurídica contra omissões normativas à edição de normas gerais e abstractas ou à existência de um direito subjectio à legislação. Essa

---

[343] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 234.
[344] *Ibid.*, p. 235.
[345] *Ibid.*, p. 201-202.

> protecção pode passar, precisamente, no caso de uma omissão lesiva de direitos fundamentais, pela determinação da regra aplicável ao caso concreto, apesar da ausência de lei. Trata-se de integrar uma lacuna e isso é tarefa do intérprete e do órgão aplicador do direito;
>
> d) em princípio, a tarefa do intérprete e do órgão aplicador do direito não será, por certo, substancialmente diferente daquela que é desempenhada perante leis inconstitucionais: 'os juízes têm um poder de desaplicação e, porque não podem deixar de agir, sob pena de denegação da justiça, devem resolver o caso como se essa lei não existisse, aplicando directamente, em vez dela, os preceitos constitucionais, devidamente interpretados e concretizados" [346]

E acrescenta a autora que:

> Uma sobreposição dos conceitos de omissão normativa inconstitucional e de lacuna normativo-constitucional: estar-se-ia perante uma lacuna constitucional inconstitucional. Perante a impossibilidade de aplicação directa de uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade ou garantia e de um direito fundamental de natureza análoga, o intérprete ou o órgão aplicador do Direito deve, pois, entender que se trata de uma lacuna.
>
> Perante uma lacuna, o juiz deve integrá-la, não podendo invocar o falso pretexto de não dispor de norma aplicável, sob pena de denegação da justiça, que o ordenamento jurídico proíbe e sanciona.[347]

Na doutrina espanhola, Villaverde Menendez também entende que se o juiz, diante de uma omissão, decide por não aplicar a norma implícita derivada do silêncio legislativo por considerá-la inconstitucional, sua decisão gerará uma lacuna que deverá ser integrada para não infringir o princípio do *non liquet*, isto é, o dever dos juízes de resolver os assuntos que lhes são submetidos.[348] Os limites da função jurisdicional ao integrar as lacunas estão nas reservas normativas.[349]

Diante de um silêncio legislativo, deve o juiz verificar se existe uma norma constitucional dotada de eficácia imediata. Nesse caso, o silêncio se preenche com a aplicação direta da constituição, devendo o juiz excluir qualquer norma explícita ou implícita que contradiga o que a constituição impõe. E isso sem prejuízo de que a aplicação direta seja complementada com outras normas expressas infraconstitucionais mediante interpretação extensiva ou analógica.[350]

Mas se a norma constitucional não tem eficácia imediata, impedindo seja aplicada diretamente, inclusive por remeter à disciplina infraconstitucional, poderá o juiz,

---

[346] VIANA, Raquel Alexandra Brízida. **Contributo para o estudo das omissões normativas inconstitucionais**, cit, p. 191-192.
[347] *Ibid.*, p. 188-189.
[348] MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. **La inconstitucionalidad por omisión.** Madrid: MacGraw-Hill, 1997, p. 133.
[349] *Ibid.*, p. 134.
[350] *Ibid.*, p. 137-138.

se não estiver diante de um campo de reserva legal, integrar a lacuna gerada por seu juízo negativo sobre a norma implícita derivada do silêncio, fazendo uso de outros enunciados normativos já existentes no ordenamento, dos costumes e dos princípios gerais do direito, nos termos do art. 1º do Código Civil espanhol. E se isso não for possível, fará uso da interpretação extensiva ou analógica (art. 4,1 do Código Civil espanhol), até onde outras reservas normativas adjacentes o permitam, como, por exemplo, a reserva orçamentária em caso de decisões que importem em prestações econômicas.[351]

Também discordando de Mortati, Maria Angeles Ahumada Ruiz não adota a distinção entre omissão e lacuna pelo critério da existência de um legislador culpado pelo vazio normativo, pois, no seu entender, é difícil distinguir se a deficiência legislativa é culposa ou dolosa, ou até que momento a atuação do legislador pode ser considerada tempestiva e quando se deva falar de inércia. O problema está mais na separação de funções entre o legislador e o órgão garante da eficácia da constituição, o Tribunal Constitucional. Assim, ante uma omissão do legislador, esta Corte poderia atuar como "suplente", como "juiz integrador", até onde sua competência o permita.[352]

Nesse sentido, segundo a professora da Universidade de Madrid, parece válido o princípio comumente aceito pela doutrina alemã de que os limites da jurisdição constitucional são idênticos aos da interpretação constitucional. Por isso, dentro do âmbito de situações provocadas pela omissão do legislador é preciso distinguir aquelas em que a lacuna que se provoca é colmatável pelas técnicas hermenêuticas e de integração que o Tribunal pode por em prática e aqueles outros vazios que provocam lacunas que estão além dos limites funcionais do Tribunal.[353]

Mas quais seriam esses limites? O Tribunal não pode criar direito, de modo que suas barreiras estariam nas seguintes situações:

> - quando a regra de direito necessária não é dedutível dos princípios e normas constitucionais. Não cabe a concretização.
>
> - quando a adoção do direito que colmata a lacuna é exercício de uma opção política (âmbito de discricionariedade do legislador).
>
> - nos limites próprios do emprego da analogia:
>
> a. a aplicação analógica é incompatível com o princípio da legalidade penal [...].

---

[351] MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. **La inconstitucionalidad por omisión,** cit., p. 138.
[352] RUIZ, Maria Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 8, p. 169-194, enero/abril 1991, p.178.
[353] *Ibid.*, p. 178.

> b. é impossível quando o legislador pretendeu regular restritivamente uma matéria («singularia non sunt extendenda»). São as hipóteses em que a omissão se identifica com exclusão.
>
> c. a analogia não é utilizável para restringir direitos ("odiosa sunt restingenda").
>
> d. não se pode suprir por via analógica a falta de desenvolvimento legal. São estas, entre outras, as hipóteses de omissão "absoluta".[354]

Ainda na doutrina espanhola, Marcos Gómez Puente salienta que o incumprimento voluntário da constituição, a vontade de omitir (que Mortati identifica com a omissão inconstitucional), não pode gozar de efeito válido (do mesmo modo que se priva de efeito os dispositivos que comissivamente infringem a constituição), devendo ser considerada juridicamente inexiste e, assim como a omissão involuntária, pode ensejar a integração interpretativa, sempre que isso seja possível mediante os recursos técnico-jurídicos.[355]

Porém, a integração jurídica não é ilimitada, comporta riscos e nem sempre será factível tecnicamente, o que o intérprete deverá ter em mente para que sua tarefa não se converta em desrespeito à separação de poderes ou usurpação de funções político-normativas atribuídas ao legislador. Para salvaguardar essas funções, os limites da interpretação jurídica consistiriam, primeiro, em que a norma buscada seja dedutível de princípios e normas constitucionais; segundo, que não haja diversas soluções alternativas que exijam uma decisão discricionária; e terceiro, que o emprego da analogia se sujeite a seus próprios limites.[356]

No Brasil, a possibilidade da análise incidental da inconstitucionalidade por omissão não passou desapercebida. No Anteprojeto elaborado por Fábio Konder Comparato, restou consignado no art. 251 que:

> Art. 251. Se as leis complementares, necessárias à aplicação dos dispositivos dessa Constituição, não forem editadas dentro de três anos de sua promulgação, o Ministério Público ou qualquer interessado poderá

---

[354] RUIZ, Maria Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, cit., p. 178. Tradução nossa do original: — Cuando la regla de derecho necesaria no es deducible de los principios y normas constitucionales. No cabe la «concretización». — Cuando la adopción del derecho que colma la laguna es ejercicio de una opción política (ámbito de discrecionalidad del legislador). — En los propios límites del empleo de la analogía: a. La aplicación analógica es incompatible con el principio de legalidad penal (STC 75/84,27 de junio, FJ 5 y 6). De acuerdo también con el tenor del art. 4.2 Ce. b. Es imposible cuando el legislador ha pretendido regular restrictivamente una materia («singularia non sunt extendenda»). Son los supuestos en que la omisión se identifica con exclusión. c. La analogía no es utilizable para restringir derechos («odiosa sunt restingenda»). d. No se puede suplir por vía analógica la falta de desarrollo legal. Son estos, entre otros, los supuestos de omisión «absoluta».

[355] PUENTE, Marcos Gómez. **La inactividad del legislador**: una realidad susceptible de control, cit., p. 27.

[356] *Ibid.*, p. 29.

> pedir ao Poder Judiciário a aplicação direta desses dispositivos constitucionais ao caso concreto.[357]

Do mesmo modo, o Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais dispunha, no art. 10, § 1º, que "na falta ou omissão da lei prevista para discipliná-la, o juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional"[358], atribuindo, portanto, competência ao órgão jurisdicional para integrar a norma constitucional, outorgando-lhe efetividade.

Flávia Piovesan admite a existência de lacunas inconstitucionais, que poderão ser enfrentadas pelo Judiciário no mandado de injunção, criando normas jurídicas individuais válidas para o caso concreto[359], ou na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, "cuja finalidade última é colmatar todas as lacunas inconstitucionais, para que, algum dia, todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena e possam irradiar, com máxima eficácia, efeitos normativos".[360]

Alguns autores classificam as omissões inconstitucionais como *lacunas técnicas ou de legislação*. Para Clèmerson Merlin Clève, a omissão censurável decorre da existência de uma lacuna inconstitucional. Na constituição, conforme seu entendimento, é possível encontrar-se os seguintes tipos de lacunas:

> *(i)* lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional, desejadas pelo Constituinte (normas de eficácia limitada, basicamente) e que, sendo, em princípio, colmatáveis exclusivamente pelo Legislador, implicam um dever de legislar; *(ii)* lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, embora desejadas pelo Constituinte, não podem sofrer processo de integração nem por obra do Legislador (trata-se do que a doutrina convencionou chamar de "silêncio eloqüente"); e, por fim, *(iii)* lacunas ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, não desejadas, podem sofrer processo de integração por meio dos mecanismos convencionais de colmatação conhecidos pela doutrina (no Brasil: art. 4° da Lei de Introdução ao Código Civil).[361]

É esse primeiro tipo de lacuna que o autor denomina de técnica ou de legislação, e que pode originar uma omissão inconstitucional no caso da inércia legislativa ser mantida por um período não razoável.[362]

---

[357] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira, cit., p. 164.
[358] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira, cit., p. 164.
[359] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**, cit., p. 140.
[360] *Ibid.*, p. 97.
[361] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 53.
[362] *Ibid.*, p. 326. Note-se que o autor propõe a integração com base no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil apenas para as lacunas "indesejadas", "que reclamam processo de integração idêntico àquele ultimado no plano jurídico infraconstitucional" (*Op. cit.*, p. 326). Assim, a posição do autor está um pouco aquém do que ora se

Luís Roberto Barroso, por sua vez, propõe em substituição ao mandado de injunção "a atribuição, ao juiz natural do caso, da competência para a integração da ordem jurídica, quando necessária para a efetivação de um direito subjetivo constitucional submetido à sua apreciação".[363]

Como já salientado anteriormente, infelizmente é comum que demandas individuais baseadas em direitos constitucionais sejam julgadas improcedentes por falta de norma infraconstitucional concretizadora. Nesses casos, a pretensão da parte não é atendida, não porque ela não tem razão, mas sim pela ausência de norma. Poder-se-ia argumentar que a demanda é julgada improcedente porque, ante a ausência da lei infraconstitucional, a parte ainda não tem direito. Porém, se a norma constitucional em questão é de eficácia limitada e remete expressamente à regulamentação do legislador infraconstitucional, caracterizada estará a situação de descumprimento e, pois, a inconstitucionalidade por omissão. E mesmo que se trate de norma programática, conforme posição anteriormente assumida, não se pode tê-las como meras exortações, mas sim como um compromisso de atuação positiva, principalmente quando ultrapassado tempo razoável desde a promulgação da constituição e reunidas condições materiais.

Ora, estando o juiz diante de uma nítida inconstitucionalidade por omissão, a simples declaração da improcedência da ação importará em denegação da justiça, na medida em que a tutela pretendida é negada por motivos não atribuíveis à parte (como falta de prova, por exemplo), mas sim à ausência de lei que, por imposição constitucional, deveria ter sido elaborada. A inconstitucionalidade (por ação ou por omissão) é, essencialmente, uma contrariedade à constituição, de modo que é extremamente contraditório que alguém perca uma ação mesmo demonstrando que está sendo prejudicado por uma situação inconstitucional.

---

questiona, isto é, a integração também das omissões inconstitucionais decorrentes da não edição da lei concretizadora, que o autor denomina da lacuna técnica. Como exemplo de preenchimento dessa terceira categoria de lacunas, as indesejadas pela Constituição, pode ser citado o caso da legitimidade ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a qual o art. 103 da Constituição Federal não se referiu expressamente, mas o Supremo Tribunal Federal considerou que eram os mesmos para propositura da ação direta de inconstitucionalidade ou, no caso dessa ação, do entendimento desta mesma Corte de que o Governador do Distrito Federal também poderia interpô-la, muito embora não citado no rol do art. 103, mesmo antes da edição da Lei 9.868/99 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 645/DF. Rel. Min. Ilmar Galvão. J. 11/11/1996. DJ. 13/12/1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2009.

[363] Para tanto, o autor propõe a alteração do § 1º, do art. 5º, da Constituição, que passaria a ter a seguinte redação "§ 1º - As normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação direta e imediata. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito". BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira, cit., p. 265.

Segundo Karl Engisch a proibição de denegação de justiça teve a sua formulação clássica no art. 4º do *Code Civil* francês.[364] Este, diz que o juiz que se recusar a julgar, sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação da justiça.[365] Este dispositivo se aplica a todas as faltas do Estado no seu dever de proteção jurisdicional do indivíduo.[366]

No ordenamento brasileiro, embora não se encontre norma idêntica, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição diz que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", assim como o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil diz que, em caso de omissão da lei, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Maria Helena Diniz vê nesse dispositivo e no art. 126 do Código de Processo Civil[367], a enunciação do princípio da proibição da denegação da justiça no ordenamento nacional.[368]

Assim, deverá o juiz declarar a inconstitucionalidade por omissão no caso concreto submetido a seu julgamento e, como conseqüência, integrar a lacuna daí resultante, conferindo efetividade ao preceito constitucional. A voluntariedade ou involuntariedade não é critério decisivo para diferenciação entre lacuna ou omissão, pois o resultado será o mesmo: o vazio normativo e a necessidade-dever de dar solução para o caso concreto.

A integração deve ser feita, primeiramente, com a tentativa de aplicação direta da norma constitucional, mediante a extração da máxima eficácia possível ou, conforme Jorge Pereira da Silva, buscando nela um conteúdo imediatamente determinável que possa ser aplicado na resolução do caso.[369] A aplicação direta poderá ser norteada por outras normas constitucionais e pelos princípios constitucionais.

Em segundo lugar, quando não for possível extrair eficácia suficiente do dispositivo constitucional, caberá ao julgador dar uma solução ao caso concreto com base

---

[364] ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Tradução J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 308.

[365] Tradução livre do original: "Art. 4. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". GOBEAUX, Gilles; BIHR, Philippe; HENRY, Xavier. **Code Civil**. Paris: Dalloz, 1996-97, p. 22.

[366] GOBEAUX, Gilles; BIHR, Philippe; HENRY, Xavier. **Code Civil**, cit., p. 22.

[367] Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

[368] DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 100.

[369] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 227.

no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 126 do Código de Processo Civil.[370] Nesse sentido, assenta Eros Roberto Grau:

> Entre nós, a execução do preceito constitucional pode ser exigida ao Poder Judiciário, visto que o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que: 'quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito'
> Ora, configurando tais normas programáticas, no mínimo, mais – em termos de positivação do Direito – do que um princípio geral do Direito, é certo que cumprirá ao Poder Judiciário conferir imediata execução aos preceitos constitucionais programáticos.[371]

André Puccinelli Júnior também defende que:

> Atualmente, é já um truísmo lembrar que magistrados e legisladores devem fazer uso das técnicas de integração sempre que necessário para conferir máxima efetividade às normas constitucionais. Só alguns poucos se empenham para desacreditar a integração como método adequado para suplantar as lacunas técnicas. E certo que a obra do constituinte deve ser complementada prioritariamente pelo legislador ordinário. Entretanto, pela proibição do non *liquet, o* magistrado não poderá eximir-se de apreciar uma causa por ausência de legislação intercalar. Neste caso, a lacuna técnica deverá ser suprida pelas técnicas de integração admitidas pelo ordenamento jurídico.[372]

A possibilidade de se proceder à integração da lacuna gerada pela omissão não é tão extravagante quanto seus opositores possam afirmar ser. Ao contrário, é plenamente admissível no ordenamento brasileiro, inclusive em face do princípio da separação de poderes.

A integração de uma lacuna não se situa no plano legislativo, nem é uma delegação legislativa do juiz. Ele não cria novas normas jurídicas gerais, mas sim individuais, do mesmo modo que não elimina as lacunas, apenas as colmata mediante a criação de uma norma jurídica individual que só vale para o caso concreto. [373]

Além disso, "ao preencher lacunas o órgão judicante não cria direito novo; nada mais faz senão desvendar normas que, implicitamente, estão contidas no sistema

---

[370] Outros dispositivos análogos podem ser encontrados no ordenamento jurídico brasileiro, como o art. 335 do Código de Processo Civil, inserido no capítulo das provas e que diz que "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial."; bem com o art. 8º da Consolidação das leis do trabalho, que diz que "As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público".

[371] GRAU, Eros Roberto. A constituinte e a constituição que temos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 46.

[372] PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 116

[373] DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada.** São Paulo: Saraiva, 1994, p. 101 e 104.

jurídico".[374] Somente a norma concretizadora criará o direito com efeitos gerais e abstratos, isto é, para todos, independente de demanda judicial e com a máxima efetividade, o que inclusive justifica a convivência do controle concreto da omissão com as demais formas em que se dá esse controle, principalmente as que têm como finalidade última a elaboração da norma, como é o caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou da iniciativa popular.

Os próprios meios para preenchimento das lacunas estão previstos na lei justamente para que não fosse outorgado ao juiz um poder ilimitado ou extremamente subjetivo.[375] Esses dispositivos legais que prevêem as formas de integração das lacunas visam justamente afastar o subjetivismo fornecendo-lhes "meios técnicos adequados" para o "cumprimento de sua nobre obrigação de não deixar postulação de direito sem resposta, segundo o princípio da plenitude do ordenamento jurídico".[376]

O direito tem suas lacunas, mas é, "concomitantemente, sem lacunas". Ele é lacunoso e ao mesmo tempo sem lacunas, pois "seu próprio dinamismo apresenta solução para qualquer caso *sub judice",* que pode advir tanto do Poder Judiciário quanto do Legislativo. "O próprio direito supre seus espaços vazios, mediante a aplicação e criação de normas. De forma que o sistema jurídico não é completo, mas completável".[377]

Razão assiste a Gómez Puente ao dizer que nem todo processo de criação jurídica ou inovação normativa equivale ao exercício de uma opção política. Sempre que o intérprete esteja diante de uma autêntica interpretação jurídica, a integração normativa não implicará na imposição de uma decisão política nova, senão uma inovadora articulação técnico-jurídica de uma opção política alheia ao intérprete, que é possível constatar e deduzir do ordenamento, que junto às normas, contém também regras de estrutura aberta, como os princípios e valores jurídicos, que permitem realizar essa tarefa.[378]

O emprego "do recurso à técnica da lacuna é, precisamente, uma reacção perante omissões normativas que se insere no domínio da patologia constitucional".[379] Assim, é preciso deixar claro que não se trata de um recurso normal, mas sim justificável diante de um sistema de omissões normativas persistentes que não permitem qualquer gozo do direito consagrado constitucionalmente, muito menos do gozo ideal ou com a

---

[374] DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 299.
[375] Nesse sentido, cf. DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**, cit. p. 107.
[376] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 25. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 300.
[377] DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**, cit., p. 298.
[378] PUENTE, Marcos Gómez. **La inactividad del legislador**: una realidad susceptible de control, cit., p. 31.
[379] VIANA, Raquel Brízida. **Contributo para o estudo das omissões normativas inconstitucionais**, cit, p. 193.

efetividade máxima, o qual – este sim – será atingido somente mediante a promulgação da norma.

Não se propõe a utilização de tal técnica de maneira ilimitada. De fato, não poderá o juiz adentrar nos campos de reservas legais, como em matéria penal ou tributária, nem ultrapassar os limites da própria analogia[380] ou integrar a lacuna quando tal tarefa importe na escolha dentre diversas soluções possíveis que exijam uma opção discricionária.

Conforme muito bem sintetizou Miguel Reale, com as técnicas da analogia, da interpretação extensiva e com os recursos dos princípios gerais do direito e da equidade, "o operador do Direito, quando forrado de conhecimentos adequados e animado de consciência ética, surge como um dos mentores da convivência social, pois, temos dito e repetido, o Direito não é mero reflexo das relações sociais" [381], espírito que deve estar presente na importante tarefa de concretização da constituição.[382]

4.4 O princípio da proibição de retrocesso social e o controle de constitucionalidade

Sob o prisma do princípio da proibição de retrocesso social e o controle de constitucionalidade, coloca-se em questão a viabilidade de um controle sobre o poder

---

[380] No direito penal em casos em que se trata de criar um de delito e de aplicar uma pena, a menos que a analogia beneficie o réu; nas leis de *ius singulare*, cujo caráter excepcional, conforme a doutrina, não pode comportar decisão de semelhante a semelhante; e nas leis fiscais. DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**, cit., p. 110.

[381] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, cit., p. 301.

[382] Está atualmente em trâmite no Supremo Tribunal Federal a Proposta de Súmula Vinculante nº 45 (PSV nº 45/DF) de autoria do Ministro Gilmar Mendes, que propõe edição de súmula vinculante, que enuncie que, enquanto pendente a regulamentação do regime diferenciado de aposentação dos servidores públicos, previsto no art. 40, § 4º, da Constituição Federal, caberá à Administração Pública aplicar, integrativamente, o art. 57 da Lei 8.213, de 24.07.1991, que dispõe sobre os requisitos e condições para a obtenção da aposentadoria especial pelos trabalhadores vinculados ao regime geral de previdência social. Para apresentação da proposta foram citados diversos precedente da Corte em mandados de injunção sobre o mesmo assunto (como o MI 795, rel. Min. Cármen Lúcia, DJE de 22.05.2009), assim como foi ressaltado o fato de que não há notícia sobre a realização de esforços para a eliminação da omissão legislativa já reiteradamente declarada. Note-se que o caso é o mesmo do exemplo dado no início desse tópico e em que a ação foi julgada improcedente. Se editada a referida súmula vinculante, as ações iguais certamente terão destino diferente. Todavia, ao aplicar a súmula ao caso concreto, súmula esta editada a partir de precedentes constituídos em mandados de injunção, está o juiz da causa procedendo ao controle concreto da omissão legislativa, com a conseqüente integração da lacuna mediante aplicação analógica aos servidores públicos da Lei 8.213/91, que dispõe sobre os requisitos e condições para a obtenção da aposentadoria especial pelos trabalhadores vinculados ao regime geral de previdência social. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Proposta de Súmula Vinculante n. 45/DF. Ainda em julgamento. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2009.

revogatório do legislador, isto é, por meio do controle da constitucionalidade de normas que revoguem normas que concretizaram os preceitos constitucionais, restabelecendo a situação de inefetividade destes e causando, assim, um retrocesso.

O princípio da proibição do retrocesso social significa que o núcleo essencial dos direitos sociais já efetivado por medidas legislativas deve ser considerado constitucionalmente garantido, "sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial."[383]

Segundo Jorge Pereira da Silva, "o legislador ordinário está, nos termos da Constituição, impedido de utilizar o seu poder revogatório para criar ou recriar situações de inconstitucionalidade por omissão". [384]

Na verdade, fazendo-se o controle das normas revogatórias, faz-se a análise da inconstitucionalidade **por ação** destas normas**,** mas evitando o retorno de uma inconstitucionalidade **por omissão.** E isso, em tese, de acordo com Jorge Pereira da Silva, seria decorrente do princípio da proibição de retrocesso social, de sentido pouco preciso, mas de esteio constitucional. Essa teoria, como afirma o autor, não é invenção de constitucionalistas portugueses, visto que a idéia de irreversibilidade do nível de concretização dos direitos sociais pode ser encontrada na doutrina de diversos países, como a espanhola, germânica, francesa e italiana. [385]

O princípio da proibição do retrocesso social, também identificado como princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais, tem ligação direta com a problemática da efetividade constitucional, na medida em que garante os patamares já atingidos em termos de efetividade dos direitos sociais.

Segundo a doutrina portuguesa, que tem desenvolvido o assunto, tal princípio, nos termos adotados pelo Tribunal Constitucional português, "determina que uma vez consagradas legalmente as 'prestações sociais' o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações". [386] A ação estatal "que se consubstanciava num 'dever de legislar', transforma-se num dever mais abrangente: o de não *eliminar* ou *revogar essa lei*." [387]

---

[383] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 340.
[384] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 247.
[385] *Ibid.*, p. 247-248.
[386] QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 67.
[387] *Ibid.*, p. 70.

Tal princípio assume uma função de "guarda de flanco desses direitos e pretensões no seu conjunto, garantindo o grau de concretização já obtido" e traduz a idéia de que "ainda que os direitos de natureza prestacional não imponham uma obrigação de 'avançar', estabelecem, contudo, uma proibição de 'retroceder'", assegurando-se jurídico-constitucionalmente o *status quo* alcançado.[388]

No Acórdão n. 509, de 2002, o Tribunal Constitucional português assentou que:

> [...] onde a Constituição contenha uma *ordem de legislar*, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível «determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade» (cfr. Acórdão nº 474/02, ainda inédito), a margem de liberdade do legislador para *retroceder* no grau de protecção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma *inconstitucionalidade por omissão*.[389]

Para Jorge Miranda, enquanto as normas programáticas desafiam a ação de inconstitucionalidade por omissão, não se deixa de registrar inconstitucionalidade por ação no caso de normas legais contrárias (em razão de desvio legislativo) ou revogatórias de normas destinadas a conferir exeqüibilidade às normas constitucionais, sem que haja substituição por outras.[390]

No mesmo sentido, afirma Jorge Reis Novais que:

> [...] a eventual inconstitucionalidade pode resultar da acção do Estado objectivamente geradora, de omissão de cumprimento de imposições constitucionais de realização, mesmo de tipo genérico, no domínio dos direitos sociais. Isso verifica-se quando o legislador, sem razão justificativa constitucionalmente adequada, suprime pura e simplesmente as únicas prestações que, de algum modo, realizavam os direitos sociais. Ou seja, trata-se aí de uma acção do legislador que vai gerar (ou repor) uma situação objectiva de inconstitucionalidade por omissão e essa acção, mesmo no nosso sistema particular de fiscalização da constitucionalidade, pode e deve ser judicialmente sindicável.[391]

Isso não significa que o legislador não possa modificar os direitos já assegurados, optar por substituí-los ou por um outro tipo de realização ou até restringi-los. Mas para isso deve contar com uma justificativa constitucionalmente legítima, não uma

---

[388] QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial, cit., p. 68.
[389] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Plenário. Acórdão 509/02. J. 19/12/2002. Rel. Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em: 04 dez. 2009.
[390] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. IV, cit, p. 400.
[391] NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 300.

mera vontade política, que deve ceder diante da força vinculativa de todos os direitos fundamentais.[392]

Canotilho diz que os direitos derivados a prestações, "justificam o direito de judicialmente ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social".[393] Jorge Pereira da Silva vai até mais além, alegando uma certa "debilidade" do principio da proibição do retrocesso, pois, em primeiro lugar, o qualificativo "social" é redutor, enquanto que tal princípio não visa proteger apenas às conquistas no campo dos direitos sociais, mas também dos direitos, liberdades e garantias contidos em normas constitucionais não exeqüíveis. Por outro lado, entende o autor que o que deve ser protegido é a "eliminação" dos direitos conquistados, razão pela qual o termo "retrocesso não se afigura certeiro". Diante disso, na síntese do autor, o que provém da constituição não é propriamente uma proibição de retrocesso social, mas uma "proibição de repor ou recriar situações de omissão legislativa inconstitucional, independentemente do âmbito material em que estas se revelem".[394]

Há que se ressaltar que a análise da inconstitucionalidade sob este prisma só é eficaz se exercida preventivamente ou, caso seja exercida repressivamente, isto é, após a entrada em vigor da lei revogatória, só tem sentido se admitida a repristinação da norma revogada quando a norma revogadora é retirada do ordenamento pelo controle de constitucionalidade. No caso do ordenamento brasileiro, a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, diz, no art. 11, § 2º, que a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Ora, se são objetivos expressos da República Federativa do Brasil, conforme o art 3º da Constituição, a construção de uma sociedade justa, livre e igualitária, a erradicação da pobreza, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais, o que só progressivamente poderá ser atingido, deve-se entender como proibido o retrocesso social e, como conseqüência, inconstitucional toda lei que importe em um aniquilamento ou em um retrocesso das conquistas sociais já atingidas, sem que, para isso, apresente novas medidas alternativas ou compensatórias.

---

[392] NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, cit., p. 309-311.
[393] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, cit., p. 374.
[394] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 283.

4.5 O mandado de injunção

Como já visto, a efetividade dos direitos previstos na Constituição brasileira é um elemento essencial à concretização do Estado Democrático de Direito. Como também foi analisado, a própria Constituição instituiu alguns meios para que se exija o cumprimento dos direitos fundamentais, se evitem lesões ou para que se faça a devida reparação, quando possível. Nesse campo, inserem-se os *writs* ou remédios constitucionais, ações constitucionais destinadas à defesa de direitos fundamentais. Estas ações constitucionais são espécies de garantias ativas, ou seja, instrumentos jurídicos para defender e implementar os demais direitos. São elas próprias direitos para proteção de outros direitos.

Direitos sem garantias tornam-se fórmulas vazias, faltando-lhes o veículo para a efetividade. Esta distinção já era sabiamente feita por Ruy Barbosa ao tempo da Primeira República. Mas as próprias garantias ativas devem ser efetivas para que atinjam seu objetivo. Como diz Othon Sidou,

> [...] no mundo hodierno parece que só instituir garantias em amparo dos direitos não basta, se elas não forem explicitadas sem ambages e expungidas de sofismas, de tal forma que a lei disciplinadora não as deturpe ou neutralize, e mais que isto, se o próprio poder público não estiver compenetrado de sua missão, no sentido de cumpri-las e fazê-las cumprir.” [395]

Ocorre que o mandado de injunção, apesar da extrema relevância do papel que deveria desempenhar, ainda não atingiu seu escopo, como se verá a seguir.

4.5.1 Origem do mandado de injunção

O mandado de injunção é *writ* introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 5 de outubro de 1988. Sua origem, porém, é controversa.

---

[395] OTHON SIDOU, J. M. **Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular:** as garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 13-14.

Segundo José Afonso da Silva, o mandado de injunção se originou na Inglaterra, no séc. XV. Naquele ordenamento, é um remédio empregado na chamada jurisdição de equidade (*Equity*), em que o juiz pode dar uma solução ao caso, quando não há norma legal aplicável à espécie ou quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente.[396] Todavia, complementa que a fonte mais próxima do mandado de injunção brasileiro é o *writ of injunction* do direito norte-americano.[397]

Mas essa posição, longe está de encontrar consenso. Hely Lopes Meirelles, afirma que "o nosso mandado de injunção não é o mesmo *writ* dos ingleses e norte-americanos, assemelhando-se apenas na denominação".[398] No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que "não se consegue identificar no Direito comparado a fonte de inspiração do legislador constituinte, embora medidas com o mesmo nome possam ser encontradas, por exemplo, no direito inglês e no direito italiano".[399] A mesma opinião é sustentada por este autor, em texto comemorativo aos vinte anos da promulgação da Constituição, ao concluir que o mandado de injunção é criação do constituinte de 1987/1988, tendo sido infrutífera a busca de precedente estrangeiro.[400]

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "o mandado de injunção de outros países pode ter servido, quanto muito, de inspiração, mas não como modelo seguido fielmente pelo constituinte brasileiro".[401]

Talvez confirme essa assertiva a constatação de que no direito italiano o chamado *procedimento d'ingiunzione*, se presta à "tutela de créditos documentais que tenham por objeto a cobrança de somas de dinheiro ou coisas fungíveis"[402], portanto, se assemelhando (e tendo sido fonte de inspiração), para a ação monitória do direito brasileiro. Aliás, nesse sentido, informa José Rogério Cruz e Tucci, ao discorrer sobre a noção de procedimento monitório ou injuntivo, que as expressões "procedimento monitório" e "procedimento injuntivo" são utilizadas como sinônimas.[403]

---

[396] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 426.
[397] *Ibid.*, p. 426.
[398] MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 251.
[399] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 314.
[400] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente. **Revista do Advogado**, São Paulo, a. XXVIII, n. 99, p. 86-91, set. 2008, p. 89.
[401] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 704.
[402] SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 133.
[403] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Ação Monitória.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 25

Também no direito anglo-saxônico, na Inglaterra e nos Estados Unidos, o *writ ou injunction* presta-se a solucionar questões de direito público e de direito privado, e pode conter uma ordem para fazer (*mandatory*) ou deixar de fazer (*prohibitory).* Já o *writ of mandamus* é uma ordem para fazer ou não fazer algo ilegal ou abusivo.[404]

No contexto da Assembléia Constituinte de 1988, aponta Carlos Augusto Alcântara Machado que a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, também conhecida como Comissão Afonso Arinos, ao apresentar seu anteprojeto de constituição, propôs uma medida judicial para solucionar omissões inconstitucionais, "nos seguintes termos: 'na falta ou omissão de lei prevista para discipliná-la (a Constituição), o Juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional' (art. 10, § 1º)".[405]

Todavia, segundo Machado, em que pese a reivindicação de muitos parlamentares da autoria ou idealização do mandado de injunção, "há um relativo consenso de que coube ao Senador Virgílio Távora, em parceria com o Deputado Carlos Virgílio, por meio da sugestão Constituinte nº 155-4, de 27-3-1987 (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, de 27-4-87 – Suplemento nº 51, p. 99), a proposta originária do mandado de injunção, com a seguinte redação: 'sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á 'mandado de injunção', observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança". E, após muitas discussões, foi acolhido na Comissão de Sistematização e aprovado.[406]

Assim, apesar de trazer reminiscências de outros ordenamentos, tanto quanto ao nome quanto ao seu objeto, o mandado de injunção é uma das mais significativas, importantes e originais inovações da Constituição de 1988. O modo como definido e o fim a que se presta, pode-se dizer ser criação original do direito brasileiro, a exemplo do que ocorreu com o *habeas corpus* idealizado na doutrina brasileira da primeira República, denominada "doutrina brasileira do *habeas corpus*", que, distanciando-se da concepção original do antigo *writ* inglês, concebeu uma garantia nova, mais extensa, posto que aplicável não somente à restrição à liberdade de locomoção, mas também a outros casos de coação, ilegalidade ou abuso de poder, o que foi significativo para a gênese do mandado de segurança, outra criação do direito brasileiro. [407]

---

[404] MEREILLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**, cit.,p. 252.
[405] MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 46.
[406] *Ibid.*, p. 46.
[407] Cf. SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. **A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança**: análise doutrinária, de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 45, n. 177, jan./mar. 2008, p. 76.

A análise da origem é importante, pois, a constatação de que se trata de uma nova garantia constitucional, criada pelo direito brasileiro, justifica exatamente o distanciamento de parâmetros com outros institutos.

Entretanto, embora seja claro esse distanciamento, o fato é que seus contornos e principalmente os efeitos que a decisão proferida nessa ação podem proporcionar (e conseqüentemente sua efetividade no suprimento das omissões inconstitucionais), ainda estão por ser definidos.

4.5.2 Objeto e elementos processuais

Dispõe o art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988 que "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". [408]

Assim, é um remédio constitucional empregado em face da mora legislativa, isto é, das omissões legislativas que impeçam a fruição de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, com a finalidade de possibilitar o exercício de tais direitos e atribuir aplicabilidade à norma constitucional.

Trata-se de ação constitucional cível cabível sempre que houver falta de norma regulamentadora de qualquer direito constitucional (seja ele individual ou coletivo, público ou privado, como exemplo, neste último caso, as relações de trabalho), uma vez que a Constituição não faz distinção ou não dirige o mandado de injunção exclusivamente aos direitos e garantias individuais, muito embora não se desconheça que até mesmo esse aspecto é fonte de divergência doutrinária e jurisprudencial.[409]

A legitimidade ativa é atribuída àquele cujo exercício do direito esteja sendo inviabilizado por falta de norma regulamentadora, pois já decidiu o Supremo Tribunal Federal que assiste legitimidade ativa para a ação somente ao "titular do direito ou

---

[408] BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 09 out. 2008.

[409] Como exemplo, cite-se Hely Lopes Meirelles, que entende que o mandado de injunção "não é remédio para qualquer tipo de omissão legislativa, mas apenas para aquela que afete o exercício de direitos constitucionais fundamentais". MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 253.

liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência da norma infraconstitucional regulamentadora".[410]

Mesmo não havendo previsão constitucional expressa, também tem sido admitido o mandado de injunção coletivo, por aplicação analógica do art. 5º, LXX [411], cuja legitimidade ativa é atribuída às associações de classe, sindicatos, e outras entidades, à semelhança do mandado de segurança coletivo.

No pólo passivo do mandado de injunção devem figurar os entes estatais responsáveis pela edição da norma. O particular não pode ocupar o pólo passivo, pois não tem o dever nem competência para produzir a norma. Se a omissão é do legislativo, este deve figurar no pólo passivo, mas, se a lei é de iniciativa do Presidente, é contra este que se move a ação. [412]

No que tange ao procedimento do mandado de injunção, a Lei Federal 8.038/90 estabeleceu que se aplica o procedimento do mandado de segurança, enquanto não editada lei conferindo procedimento próprio. Excetua-se, com relação ao processo do mandado de segurança, a possibilidade de concessão de medida liminar, pois o Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento no sentido de ser imprópria a concessão de medida dessa natureza no mandado de injunção, conforme se depreende do ilustrativo aresto:

> MANDADO DE INJUNÇÃO — LIMINAR. Os pronunciamentos da Corte são reiterados sobre a impossibilidade de se implementar liminar em mandado de injunção — Mandados de Injunção nºs 283, 542, 631, 636, 652 e 694, relatados pelos ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e por mim, respectivamente.
>
> AÇÃO CAUTELAR — LIMINAR. Descabe o ajuizamento de ação cautelar para ter-se, relativamente a mandado de injunção, a concessão de medida acauteladora. [413].

Já a competência é fixada em função do Poder, Órgão ou Autoridade, cuja omissão torne inviável o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional. A

---

[410] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 595/MA. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 17/03/1999. DJ 23/04/1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2008.

[411] Nesse sentido: "MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: ADMISSIBILIDADE, POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 5º, LXX, DA CONSTITUIÇÃO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 361/RJ. Rel. Min. Néri da Silveira. J. 08/04/1994. DJ 17/06/94. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2008.

[412] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 153/DF. Rel. Min. Paulo Brossard. J. 14/03/1990. DJ 30/03/1990. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2008.

[413] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental na Ação Cautelar n. 124/PR. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 23/09/2004. DJ 12/11/2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2009.

própria Constituição, no entanto, traz algumas regras expressas de competência nos artigos 102, I, *q* (competência do Supremo Tribunal Federal), 105, I, *h* (competência do Superior Tribunal de Justiça) e 121, § 4º, *v*, (competência do Tribunal Superior Eleitoral).

Os Estados, em exercício do Poder Constituinte derivado decorrente, podem estabelecer, em suas Constituições, o mandado de injunção. A Constituição Paulista, no art. 74, V, confere tal competência ao Tribunal de Justiça, contra inexistência de norma regulamentadora estadual e municipal que torne inviável o exercício de direitos decorrentes da Constituição estadual.

Por fim, são pressupostos do mandado de injunção a falta de norma regulamentadora e ser o impetrante beneficiário do direito que pretende ver regulamentado, do que decorre seu interesse de agir, pois a sentença virá conferir, em tese, possibilidade de fruição do direito.

4.5.3 Efeitos da decisão

Postas tais premissas, é de suma importância ressaltar que, passadas mais de duas décadas desde sua criação, ainda se mostra extremamente controversa a natureza jurídica, objeto e conteúdo da decisão proferida no mandado de injunção, que importa nos efeitos decorrentes deste *writ*. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha desde logo definido que a norma do art. 5º, LXXI, é auto-aplicável, por força do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição, os aspectos relativos a seus efeitos ainda carecem de desenvolvimento e consolidação na doutrina e jurisprudência. Nesse âmbito, confrontam-se duas correntes: a concretista e a não-concretista.

De acordo com a corrente não concretista, cabe ao Supremo, reconhecendo a omissão legislativa em regulamentar a norma constitucional, apenas dar ciência, comunicar o Legislativo para que este tome as providências necessárias à suprir a omissão (produzir a norma).

Tal corrente equipara o mandado de injunção a uma espécie de ação direta de inconstitucionalidade por omissão subsidiária, que tutelaria direitos subjetivos lesados por decorrência de uma omissão inconstitucional, quando nenhum dos legitimados para propositura daquela ação o fizer.

Já pela corrente concretista, o Judiciário, presentes os requisitos para a concessão do mandado de injunção, profere **decisão constitutiva**, dando regulamentação ao caso e proporcionando o exercício do direito. Assim, o Judiciário viabiliza, num caso concreto, o exercício do direito. Tal corrente se divide em concretista individual e geral, em que a decisão será *erga omnes* e, conseqüentemente, a regulamentação ocorrerá para todos, havendo uma normatividade geral até que a omissão seja suprida pelo Legislativo. No entanto, esta é posição minoritária, pois sobre ela pesa o argumento de que o Judiciário estaria ocupando função do Legislativo, ao produzir norma geral e abstrata. Por isso, a corrente concretista com mais adeptos é a concretista individual, pela qual o Poder Judiciário viabiliza o direito para o autor do mandado de injunção, possibilitando que este usufrua o direito, liberdade ou prerrogativa constitucional.

Porém, a concretista individual também comporta subdivisões. Para uma primeira vertente, o Tribunal pode, de imediato, dar regulamentação à matéria e implementar o direito, enquanto que, para outra, primeiro deve fixar um prazo para o Legislativo o fazer e, após, persistindo a mora, concede regulamentação ao caso concreto.[414]

A questão dos efeitos do mandado de injunção foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 107-3, no qual foi levantada uma Questão de Ordem pelo Ministro Moreira Alves.[415] A decisão proferida nessa Questão de Ordem,

---

[414] Alguns autores denominam tais correntes, respectivamente, de concretista direta e concretista intermediária. Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 175.

[415] EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. - EM FACE DOS TEXTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELATIVOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO, E ELE AÇÃO OUTORGADA AO TITULAR DE DIREITO, GARANTIA OU PRERROGATIVA A QUE ALUDE O ARTIGO 5., LXXI, DOS QUAIS O EXERCÍCIO ESTA INVIABILIZADO PELA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA, E AÇÃO QUE VISA A OBTER DO PODER JUDICIARIO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSA OMISSAO SE ESTIVER CARACTERIZADA A MORA EM REGULAMENTAR POR PARTE DO PODER, ÓRGÃO, ENTIDADE OU AUTORIDADE DE QUE ELA DEPENDA, COM A FINALIDADE DE QUE SE LHE DE CIENCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDENCIAS NECESSARIAS, A SEMELHANCA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSAO (ARTIGO 103, PAR-2., DA CARTA MAGNA), E DE QUE SE DETERMINE, SE SE TRATAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL OPONIVEL CONTRA O ESTADO, A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVOS DE QUE POSSA ADVIR PARA O IMPETRANTE DANO QUE NÃO OCORRERIA SE NÃO HOUVESSE A OMISSAO INCONSTITUCIONAL. - ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE - QUE ESTA DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTO-EXECUTAVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO DEPENDE DE NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTE, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICAVEL QUE LHE E ANALOGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, NO QUE COUBER. QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Questão de Ordem no Mandado de Injunção n. 107/DF. Rel. Min. Moreira Alves. J. 23.11.1989. DJ 21.09.1990. Disponível em: <http://www.stf.gov.br> .Acesso em: 20 out. 2008.

publicada em 21 de setembro de 1990, passou a ser a orientação adotada pelo Supremo nos anos que se seguiram. Em verdade, o objeto de tal incidente era a auto-aplicabilidade ou não do mandado de injunção, ao que a Corte se posicionou ser auto-aplicável. Entretanto, para chegar a esta conclusão foi preciso passar pela análise da natureza jurídica, finalidade e efeitos da decisão do novo *writ.* E a partir daí foi traçado o destino do mandado de injunção. Como expôs o Min. Moreira Alves,

> Sobre essa questão ─ que é fundamental para o exame da auto-aplicabilidade, ou não, das normas constitucionais relativas a esse instituto ─ , existem duas orientações básicas que têm sido defendidas:
>
> a) - o mandado de injunção é ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o artigo 5º, LXXI, e se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão inconstitucional, ou marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adotem as providências necessárias à eliminação dessa omissão; e
>
> b) o mandado de injunção é ação que se propõe contra a pessoa jurídica de direito público ou o particular a que incumbe a observância do dever jurídico correspondente ao direito subjetivo, garantia ou prerrogativa cujo exercício está inviabilizado pela omissão regulamentadora, e que culmina com sentença constitutiva em favor do autor, viabilizando-lhe esse exercício, com a sua regulamentação. [416]

Portanto, desde então, colocava-se perante o Supremo Tribunal Federal a caracterização do mandado de injunção como uma ação com caráter meramente declaratório da omissão inconstitucional, com a finalidade de que se dê ciência ao órgão omisso para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; mandamental, como meio processual que se destina à obtenção de um mandado dirigido a um outro Poder do Estado; ou constitutivo, em que se daria uma solução para o caso concreto, viabilizando de imediato o exercício do direito.

Ocorre que, na referida Questão de Ordem nº 107, a Corte Suprema alinhou-se com o primeiro entendimento, no sentido de que o mandado de injunção se destinaria a obter uma sentença que declarasse a ocorrência da omissão inconstitucional, comunicando a autoridade competente para que tomasse as providências necessárias à eliminação dessa omissão.

---

[416] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Questão de Ordem no Mandado de Injunção n. 107/DF. Rel. Min. Moreira Alves. J. 23.11.1989. DJ 21.09.1990. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.Acesso em: 20 dez. 2008.

De fato, assim restou consignado no voto do Min. Moreira Alves com relação ao entendimento concretista, inadequado, sob o seu ponto de vista:

> [...] além de essa segunda corrente, por qualquer de suas duas variantes, não apresentar solução que viabilize o exercício de grande parte dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o artigo 5º, LXXI, e de pretender que o Poder Judiciário, quer regulamentando texto constitucional para o caso concreto, quer o regulamentando com eficácia erga omnes, exerça função para a qual, as mais das vezes, não está ele aparelhado ─ e função que não lhe foi atribuída sequer na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que não haveria o inconveniente da multiplicidade de regulamentações por Juízos ou Tribunais inferiores diversos, e em que essa regulamentação seria a conseqüência natural de ação dessa índole ─, o certo é que a ela se contrapõem obstáculos constitucionais intransponíveis, como se demonstrou acima.[417]

E, assim, conclui:

> 8. Portanto, em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos referida no final do item anterior deste voto.
>
> Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte - que está devidamente definida pelo artigo 102, I, q - auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. [418]

Note-se, entretanto, que tal posição não era consenso. No julgamento do próprio mandado de injunção nº 107, o Min. Carlos Velloso consignou entendimento diametralmente oposto. Em suas exatas palavras:

> [...] sustento a tese no sentido do caráter substancial do mandado de injunção, pelo que faz o mesmo às vezes da norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz, ineficaz em razão da ausência de norma regulamentadora, à ordem jurídica. **Quer dizer, mediante o**

---

[417] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Questão de Ordem no Mandado de Injunção n. 107/DF. Rel. Min. Moreira Alves. J. 23/11/1989. DJ 21.09.1990. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2008 (grifos no original).

[418] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Questão de Ordem no Mandado de Injunção n. 107/DF. Rel. Min. Moreira Alves. J. 23/11/1989. DJ 21.09.1990. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2008.

> **mandado de injunção, o juiz cria, para o caso concreto, a norma viabilizadora do exercício do direito** [...] Divirjo, portanto, data venia, do entendimento segundo o qual com o mandado de injunção obtém-se o mesmo que se obtém com a ação direita de inconstitucionalidade por omissão.[419]

Entretanto, prevaleceram, nos anos seguintes, decisões em consonância com a tese não concretista vencedora no mandado de injunção nº 107:

> O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra.[420]

Apenas no julgamento do mandado de injunção nº 283, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, a Suprema Corte, pela primeira vez, assinalou prazo para que fosse suprida a lacuna verificada em relação à mora legislativa, nos seguintes termos:

> Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.
>
> 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232).
>
> 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada.
>
> 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado

---

[419] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 107/DF. Rel. Min. Moreira Alves. J. 21.11.1990. DJ 02.08.1991. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2008 (grifos nossos).

[420] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 168/RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 21/03/1990. DJ 20/04/1990. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2008.

> contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito.
>
> 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para:
>
> a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da Republica;
>
> b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;
>
> c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;
>
> d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável. [421]

Avançando um pouco mais na direção da concreta solução da omissão legislativa trazida a seu conhecimento, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no mandado de injunção nº 232 que, após seis meses sem a edição da lei referida no artigo 195, §7º, da Constituição Federal, pelo Legislativo, o interessado passaria a fruir a imunidade preconizada. Em outras palavras, além de assinalar prazo para o Poder competente sanar a omissão legislativa reconhecida, assegurou ao prejudicado a plena satisfação do direito preterido, no caso de persistência da mora legislativa após o termo final do prazo estipulado. Eis o teor da ementa do referido acórdão, de relatoria do Min. Moreira Alves:

> Mandado de injunção. Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.[422]

Nesse aspecto, vale enfatizar que o Supremo Tribunal Federal, sem assumir um compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, afastou-se da orientação inicialmente adotada em relação ao mandado de injunção, sinalizando para uma

---

[421] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 283/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 20/03/1991. DJ 14/11/1991. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.Acesso em: 05 dez. 2009.

[422] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 232/RJ. Rel. Min. Moreira Alves. J. 02/08/1991. DJ 27/03/1992. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.Acesso em: 05 dez. 2009.

nova compreensão do instituto, como também para a admissão de uma solução "normativa" para a decisão judicial, passando a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.[423]

4.5.4 Novas perspectivas para o mandado de injunção

Como se pôde constatar, a questão dos efeitos do mandado de injunção nunca foi pacífica, nem no Supremo Tribunal Federal, nem na doutrina. A maior prova disso são recentes decisões proferidas pelo Supremo, que evidenciam uma tentativa de reação da teoria do mandado de injunção, delineando novas perspectivas para o *writ*.

Em uma dessas decisões, proferida em mandado de injunção que trata da ausência de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, da Constituição Federal), o Ministro Eros Grau não conheceu do mandado de injunção, porquanto entendeu que ele estaria sendo usado como sucedâneo de mandado de segurança:

> Por outro lado, não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa. De outra banda, no mandado de injunção, reclama-se regulação para uma situação concreta. No caso presente, trata-se de utilização de greve parcial como expediente para chamar a "atenção do Poder Legislativo e demais poderes" --- porque o Poder Legislativo local deixou de apreciar o Plano de Cargos e Salários contido no Projeto de Lei n. 63/2003, encaminhado pela Presidência do Tribunal de Justiça --- seguindo-se a declaração de sua ilegalidade e o desconto dos dias de paralisação. Lembro JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA: "O caso, pois, em que cabe o mandado de injunção é exatamente o oposto daquele em que cabe o mandado de segurança. Vale dizer, é o caso em que o requerente não tem direito de pretender a tutela jurisdicional e em que requerido teria o direito líquido e certo de resistir a essa pretensão, se acaso fosse ela deduzida em Juízo." [424]

Entretanto, o Ministro, no mesmo voto, deixou consignado que "o mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer".[425]

---

[423] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1153.
[424] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 689/PB. Rel. Min. Eros Grau. J. 07/06/2006. DJ 18/08/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2008.
[425] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 689/PB. Rel. Min. Eros Grau. J. 07/06/2006. DJ 18/08/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2008.

Outros mandados de injunção, tratando também da falta de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos foram julgados no Supremo Tribunal Federal com votos no sentido da teoria concretista, em oposição ao entendimento que predominara até então.[426] São eles os mandados de injunção nº 670, nº 708 e nº 712. No mandado de injunção nº 670, o Supremo decidiu da seguinte maneira:

> Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não votaram os Senhores Ministros Menezes Direito e Eros Grau por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, que proferiram voto anteriomente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007.[427]

A decisão supra citada foi seguida nos mandados de injunção nº 708[428], relatado pelo Ministro Gilmar Mendes e nº 712[429], relatado pelo Ministro Eros Grau, abordando também a greve de servidores públicos.

Nesse contexto, merecem destaque as ponderações doutrinárias de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco ao reafirmarem o novel posicionamento da Corte Suprema no sentido de adotar uma "solução normativa concretizadora" no caso em análise:

> No caso do direito de greve dos servidores públicos, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 9º, *caput*, c/c o art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (CF, art. 9º, §1º), de outro. Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo

---

[426] Como expressão do posicionamento inicialmente adotado pelo STF sobre a matéria, pode ser citada a decisão proferida no mandado de injunção n. 20, no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido senão após o advento da então lei complementar prevista no art. 37, VII ─ norma reputada de eficácia limitada, sem auto-aplicabilidade ─, restringindo-se à declaração da omissão legislativa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 20/PB. Rel. Min. Eros Grau. J. 07/06/2006. DJ 18/08/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 06 dez. 2009.

[427] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 670/ES. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 25/10/2007. DJ 31/10/2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.Acesso em: 05 dez. 2009.

[428] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 708/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 25/10/2007. DJ 31/10/2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.Acesso em: 05 dez. 2009.

[429] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 712/PA. Rel. Min. Eros Grau. J. 25/10/2007 . DJ 31/10/2008 . Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2009.

> do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição. [...] De resto, uma sistemática conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV).[430]

Também na apreciação do mandado de injunção nº 721, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal julgou, por unanimidade, em conformidade com a teoria concretista. Tratava-se de caso versando sobre o § 4º do art. 40 da Constituição Federal que, ao assegurar o direito à aposentadoria especial para o servidor público, fez remissão à lei complementar que deveria regular os limites do exercício desse direito. Os Tribunais brasileiros vinham adotando o entendimento de que, sem a referida lei complementar, não havia possibilidade de exercício do direito previsto na norma constitucional, de eficácia limitada.

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao resolver questão de ordem suscitada pelo relator no MI nº 444, impetrado por servidores públicos estatutários a despeito da ausência de norma regulamentadora do direito a aposentadoria especial decorrente de exercício habitual de atividades insalubres, aludida pelo art. 40, §1º, da CF, em sua originária redação, decidiu não conhecer do mandado de injunção, por falta de possibilidade jurídica do pedido. Na ocasião, o Tribunal Pleno entendeu que o então §1º do art. 40 da CF [431] apenas facultava ao legislador instituir, mediante lei complementar, outras hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades reputadas penosas, insalubres ou perigosas, e, não tendo o legislador exercitado tal faculdade, não havia direito cujo exercício estivesse dependendo de regulamentação. [432]

Mas no MI nº 721 os Ministros do Supremo reconheceram a omissão legislativa, garantindo à servidora pública autora a contagem especial do tempo de serviço prestado em condições insalubres, mediante a aplicação subsidiária das normas do Regime Geral de Previdência Social, que tem lei específica regulamentando o assunto:

---

[430] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1157.

[431] Disposição original do §1º do art. 40 da CF: "Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, 'a' e 'c', no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas". [art. 40. O servidor será aposentado [...] III. voluntariamente: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta , se mulher, com proventos integrais; [...] c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço [...]. BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2009.

[432] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Questão de Ordem no Mandado de Injunção n. 444/MG. Rel. Min. Eros Grau. J. 29/09/1994 . DJ 04/11/1994. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 06 dez. 2009.

> MANDADO DE INJUNÇÃO ─ NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada.
>
> MANDADO DE INJUNÇÃO ─ DECISÃO ─ BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada.
>
> APOSENTADORIA ─ TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS ─ PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR ─ INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR ─ ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.[433]

Há que se destacar que, nos termos do voto do Relator, optou-se pela baliza subjetiva, isto é, a outorgar de efetividade restrita ao caso julgado e às partes:

> Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, o suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo.[434]

Por fim, com relação à separação dos poderes, um dos maiores óbices impostos à outorga de efeitos constitutivos ao mandado de injunção, completou o Ministro Eros Grau que:

> Não há que se falar em agressão à ‘separação dos poderes’, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada ‘separação dos poderes’ provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência de harmonia entre os poderes e de ‘separação dos poderes’, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original.[435]

Importa registrar a consolidação deste posicionamento pela Suprema Corte, em relação à omissão legislativa na contagem especial do tempo de serviço prestado por servidor público em condições insalubres, a exemplo das decisões proferidas pelo Tribunal

---

[433] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 721/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 30/08/2007; DJ 30/11/2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2009.
[434] *Ibid.*
[435] *Ibid.*

Pleno nos Mandados de Injunção nº 788/DF[436], relatado pelo Min. Carlos Britto e nº 795/DF[437], relatado pela Min. Cármen Lúcia.

No julgamento do MI nº 795, aliás, o Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Min. Joaquim Barbosa, entendeu ser possível o exame monocrático[438] dos Mandados de Injunção cujo objeto fosse a ausência da Lei Complementar referida no §4º do art. 40 da Constituição Federal.

Ainda no que tange à separação de poderes e essa possível atividade regulametar do Judiciário, a questão foi assim colocada por Luís Roberto Barroso:

> Ao ângulo jurídico, a separação dos Poderes se reduz a uma questão de direito positivo, o que equivale a dizer que o constituinte, sem nenhuma limitação que não as decorrentes do próprio sistema que deseje implantar, pode dispor livremente sobre o raio de competência dos órgãos constitucionais que institui. Aliás, a análise deste princípio magno do liberalismo, desde a sua origem, passando pelo direito comparado — especialmente a atividade criadora da jurisprudência norte-americana — e vindo até a experiência brasileira quanto às sentenças normativas da Justiça do Trabalho, revela que ele está longe de apresentar uma "rigidez dogmática".[439]

Por fim, vale consignar que já encontramos na doutrina pátria grande apoio à corrente ora endossada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

> O judiciário decidirá, dizendo o conteúdo da norma que se aplicará ao caso concreto e que fará **coisa julgada**, insuscetível de ser alterada por norma legal ou regulamentar posterior. Sem isso, o mandado de injunção seria medida absolutamente inócua como **garantia** de direito individual e estaria mal colocada no artigo 5º da Constituição. É o próprio Poder Judiciário que supre, no caso concreto, a omissão da norma regulamentadora. Não há fundamento constitucional para concluir que o judiciário apenas **daria ciência** ao Poder que se omitiu, ou que **determinaria** a edição da norma regulamentadora, pois, aí sim, haveria interferência indevida de um Poder em outro em hipótese não expressamente prevista na Constituição, com ofensa ao princípio da separação dos poderes.[440]

---

[436] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 788/DF. Rel. Min. Carlos Britto. J. 15/04/2009; DJ 08/05/2009. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2009.

[437] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 795/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 15/04/2009; DJ 22/05/2009. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2009.

[438] Como exemplo, cite-se a decisão monocrática proferida pelo Min. Eros Grau no Mandado de Injunção nº 824/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 824/DF. Rel. Min. Eros Grau. J. 07/05/2009; DJ 14/05/2009. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2009.

[439] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da constituição brasileira**,** cit., p. 166.

[440] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, cit., p. 707 (grifos da autora).

4.5.5 O mandado de injunção como instrumento de efetividade da constituição

No julgamento do mandado de injunção nº 721, ponderou o Ministro Marco Aurélio, relator do caso, que "iniludivelmente, buscou-se, com a inserção do mandado de injunção, no cenário jurídico-constitucional, tornar concreta, tornar viva a Lei Maior, presentes direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".[441]

Ora, a alteração da interpretação, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, a fim de conceder mais efetividade a instrumento jurídico constitucional que, conforme expresso na Constituição Federal, protege a cidadania, a soberania, a nacionalidade e as liberdades constitucionais é, indubitavelmente, um importante passo em direção ao Estado Democrático de Direito.

Segundo Sérgio Resende de Barros, a constituição é uma decisão política que tende a alcançar a vida social em toda a sua plenitude, ordenando não só a política, mas também a economia, a família, a educação, a cultura, o desporte, etc. O direito constitucional é o direito político por excelência, direito que instrui os demais. Assim:

> A Constituição fixa em formas políticas substâncias diversas. Estabelece políticas, entre as quais sobressaem as políticas públicas, que são diretrizes de interesse público primário que abrangem para determinar programas de ação para os governantes, ao mesmo tempo que indicam linha de conduta para os governados, com vistas a ordenar e coordenar a realização de fins políticos e econômicos, sociais e culturais, relevantes para plenificar o Estado Democrático de Direito.[442]

Tais políticas, se executadas e verdadeiras, "buscam superar por uma democracia substancial, econômica, a democracia puramente formal, eleitoral".[443]

Nesse sentido, o mandado de injunção, na nova perspectiva delineada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assume o papel de um importante instrumento de efetividade da constituição, justificando a consolidação dessa nova vertente, cujo próximo passo será sua popularização, isto é, a utilização de tal instrumento pelos cidadãos, tal como já ocorre há tempos com o mandado de segurança e a ação

---

[441] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n. 721/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 30/08/2007. DJ 30/11/2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 21 nov. 2008.
[442] BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Millennium, 2008, p. 245-246.
[443] *Ibid*, p. 246.

popular. Com isso se atingirá o objetivo do constituinte: munir a sociedade de meios para tornar eficazes os direitos que lhe foram assegurados.

4.6 As sentenças aditivas e as omissões relativas

As sentenças aditivas surgem como uma possibilidade para a reparação das omissões e lacunas ofensivas ao princípio da igualdade, as chamadas omissões relativas.

Tais omissões levam o órgão julgador a um impasse: deverá a lei ser considerada totalmente inconstitucional, retrocedendo-se nas conquistas obtidas por pelo menos um determinado grupo, ou deve ser buscada uma alternativa para preservação do que já foi concretizado e, ao mesmo tempo, restabelecer-se o princípio da igualdade?

Essa alternativa é justamente a sentença com efeitos aditivos, que é uma interessante técnica de se tratar a omissão parcial pela via da inconstitucionalidade por ação. A tese está em que a omissão relativa também ofende comissivamente a constituição, pela violação da igualdade gerada pelo silêncio não inclusivo da lei, podendo ser apreciada em sede de fiscalização concreta ou abstrata por ação, na qual o órgão fiscalizador poderá eventualmente proceder à reparação do vazio jurídico através de um uma decisão com efeitos aditivos.[444]

As sentenças aditivas (ou modificativas, como preferem alguns autores[445]) são espécies do que se denomina de sentenças manipulativas ou sentenças intermédias, da justiça constitucional. Tais decisões são chamadas de manipulativas, pois "determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento"[446] e de intermédias porque se colocam como um meio termo entre as decisões de inconstitucionalidade que retiram a norma do ordenamento jurídico e decisões que rejeitam a inconstitucionalidade.

Carlos Blanco de Morais identifica como manipulativas na ordem constitucional portuguesa as sentenças: a) que modulam sua eficácia temporal bem como o

---

[444] MORAIS, Carlos Blanco. **Justiça Constitucional**, t. II, cit., p. 460.

[445] A terminologia, portanto, não é ponto pacífico, muito pelo contrário, em geral cada autor tem suas preferências. Cf. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p 457; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. VI, cit., p. 79.

[446] MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In.: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 17.

direito que é objeto do respectivo julgamento, previstas no art. 282º, nº 4, da Constituição portuguesa; b) as sentenças interpretativas; c) as decisões de efeitos aditivos.[447]

Tal classificação também se aplica à ordem constitucional brasileira, que admite as decisões de inconstitucionalidade que modulam sua eficácia temporal (art. 27 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999), as decisões interpretativas e também, como se defenderá, as decisões com efeitos aditivos.

Tais sentenças identificam-se porque todas elas procuram moderar, à luz do princípio da segurança jurídica, o rigor de uma sentença de acolhimento da inconstitucionalidade ou de rejeição da inconstitucionalidade.[448] É o que acontece na sentença que modula sua eficácia temporal, preservando atos já praticados, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99; ou da opção pela interpretação conforme, que não elimina a norma, mas apenas determinadas interpretações dela; ou, ainda, de uma decisão que considera inconstitucional um determinado seguimento de uma norma, porém, repara o vício mediante a adição de novo critério ou seguimento normativo retirado do próprio ordenamento jurídico.

Essa categoria de sentenças, presente na jurisdição constitucional de diversos países, é fruto da constatação de que muitas decisões proferidas pelos Tribunais Constitucionais, como a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, poderiam produzir verdadeiras lacunas e trazer diversos efeitos negativos, contrários à segurança jurídica, à proporcionalidade e à igualdade.[449] Daí a criação de instrumentos para atenuar esses efeitos e propiciar uma solução mais condizente com esses princípios essenciais ao Estado de Direito.

Sentenças aditivas são aquelas que, diante de uma norma que fere o princípio da igualdade, declaram a inconstitucionalidade da norma ou de um seguimento dela, tendo em vista todos os valores constitucionais envolvidos, e estabelecem meios para restabelecer a igualdade ferida.

São consideradas sentenças com efeitos aditivos as positivas de inconstitucionalidade, de cujo conteúdo seja resultante, "tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito que conformou o objeto da mesma sentença se compatibilize

---

[447] MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos, cit., p. 17.
[448] *Ibid.*, p. 18.
[449] *Ibid.*, p. 23-25.

ou harmonize futuramente com a Constituição"[450]. As sentenças com efeitos aditivos são formadas por uma componente *ablativa*, decorrente da eliminação ou desaplicação, geralmente parcial, de uma norma, em virtude de sua inconstitucionalidade, e de uma componente *reconstrutiva*, consistente na identificação de um critério jurídico de decisão passível de ser junto a uma norma ou ao seguimento remanescente, de forma a que sejam criadas condições de conformidade do sentido recomposto com a constituição.[451] Tais sentenças podem ocorrer tanto na fiscalização abstrata, quanto na fiscalização concreta.

As sentenças com efeitos aditivos comportam diversas diferenciações e classificações. Se a terminologia, como já referenciado, não é ponto pacífico, mais complicada é a tipologia de tais normas. Carlos Blanco de Morais sintetiza a classificação das "sentenças com efeitos aditivos de caráter próprio" [452] da seguinte maneira: sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos; sentenças substitutivas; sentenças aditivas de princípio; sentenças aditivas *em sentido estrito*. [453]

Sentenças demolitórias são aquelas que em razão da declaração da inconstitucionalidade de uma norma ou de determinado seguimento de uma norma que restrinja um direito ou exclua injustificadamente de seu âmbito de aplicação determinadas pessoas, ocasionam automaticamente a expansão do regime mais favorável às demais. "A componente aditiva da sentença não é conformada por uma regra adicionada criativamente pelo Tribunal, mas sim conseqüência directa da ampliação automática do âmbito de aplicação de uma norma". [454] Também em razão disso, o Tribunal não outorga expressa eficácia *erga omnes* à reconstrução do conteúdo, como forma de integrar uma omissão parcial ou reparar um vazio jurídico, porque "o *efeito aditivo* surge como conseqüência necessária do *efeito ablativo*, esse sim, portador de efeitos 'erga omnes'".[455]

Como exemplo, no Acórdão 180/97, o Tribunal Constitucional português analisou o caso de normas que restringiam a concessão de um determinado benefício remuneratório aos funcionários promovidos após 1º de Outubro de 1989, implicando, em

---

[450]MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos, cit., p. 34.
[451] *Ibid.*, p. 36.
[452] A doutrina italiana também identifica as de "caráter impróprio ou aparente", que têm um efeito aditivo somente em "sentido referencial e não dogmático", pois sua componente "normativa" opera de forma diversa das restantes espécies de decisão, como explicita Carlos Blanco de Morais. São as sentenças concretizadoras de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados e as decisões de revisão constitucional. Estas são "sentenças que alargam, por força de uma operação interpretativa, o objecto da norma constitucional existente, à margem do texto e da vontade expressa ou implícita do legislador constitucional, acabando por gerar, de facto, 'novas' normas, com pretenso valor constitucional". MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos, cit., p. 39-40.
[453] *Ibid.*, p. 38.
[454] *Ibid.*, p. 42 (grifos do autor).
[455] *Ibid.*,p. 43.

contrapartida, que funcionários mais antigos, da mesma categoria, passassem a auferir remuneração inferior. Tratava-se de ação em que uma funcionária pedia seu reposicionamento nos escalões da categoria de investigador principal. Como ela fora promovida à categoria de investigadora principal em 1987, não se beneficiou das referidas disposições. Diante disso, o Tribunal julgou inconstitucional as normas em questão, no segmento em que restringiam o benefício remuneratório aos funcionários promovidos após 1º de Outubro de 1989, por ofensa ao artigo 59º, nº 1, alínea '*a'* (princípio da igualdade), "na medida em que esse limite temporal implique que funcionários mais antigos na mesma categoria passem a auferir uma remuneração inferior à dos beneficiados", e assim possibilitando o alargamento da aplicação da norma concessiva do benefício à autora.[456]

Nas sentenças substitutivas, o Tribunal julga a inconstitucionalidade de determinado seguimento normativo e o substitui por outro que esteja em conformidade com a constituição. Diferem-se das demais decisões com efeitos aditivos porque a parte reconstruída é conseqüência direta da atividade criativa do Tribunal, não sendo conseqüência da aplicação da parcela remanescente da declaração de inconstitucionalidade, nem amparada em um raciocínio analógico ou numa extensão lógica, nem decorrem da aplicação de uma norma constitucional. É nesse ponto, inclusive, que residem as maiores objeções contra tais sentenças, principalmente em face do princípio da separação de poderes, por isso ficam em geral restritas ao campo do controle concreto. [457]

Nas sentenças aditivas de princípio, derivadas do Tribunal Constitucional italiano, como se verá a seguir, o Tribunal se abstém de realizar diretamente uma reparação, preferindo, diante de vazios normativos que podem ser preenchidos mediante uma pluralidade de soluções conformes com a constituição, enunciar um ou mais princípios constitucionais que deverão ser respeitados pelas disposições que vierem a suprir o direito omitido.[458] Cabe ao legislador ou ao juiz da causa reparar a omissão, observando o princípio enunciado, que, se não observado, poderá gerar no futuro decisões de inconstitucionalidade.

O campo das sentenças aditivas *em sentido estrito* é, sem dúvida, o mais vasto e interessante. São as sentenças que "não só julgam a inconstitucionalidade parcial de

---

[456] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. 2ª Secção. Acórdão 180/99. Rel. Consª Maria Fernanda Palma. J. 10/03/1999. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em: 28 set. 2009.
[457] MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos, cit., p. 72-73.
[458] MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção. *In:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 248.

uma disposição normativa, mas que também reparam imediatamente o silêncio gerador desse quadro de invalidade ou a lacuna criada pela própria componente ablativa da sentença, através da identificação de uma norma aplicável". [459] Blanco de Morais subdivide esta categoria da seguinte maneira: a) sentenças aditivas de garantia e sentenças aditivas de prestação, conforme o critério da natureza do bem protegido; b) sentenças aditivas sem redução de texto e com redução de texto, de acordo com a forma revestida pela operação ablativa; c) sentenças aditivas de caráter corretivo e sentenças aditivas de conteúdo integrativo, conforme as razões que presidem a operação reconstrutiva.[460]

Sentenças aditivas de garantia são as que julgam a inconstitucionalidade e reparam a violação de direitos, liberdades e garantias. No Acórdão 103/87, de 24-3, o Tribunal Constitucional português declarou a inconstitucionalidade de um artigo da Lei de Defesa Nacional, "na parte e na medida" em que ela restringia os direitos de queixa por parte de agentes militares ao Provedor de Justiça.[461]

Já as sentenças aditivas de prestação voltam-se à reparação da desigualdade em face de direitos econômicos, sociais e culturais. A componente reconstrutiva se destinará a conferir a determinados sujeitos ou situações excepcionadas, determinados direitos ou prestações que até então lhes eram indevidamente negados, corrigindo a violação ao princípio da igualdade. [462] Em razão das implicações econômicas, em geral o Tribunal Constitucional português evita esse tipo de sentença em controle abstrato.

As sentenças aditivas com redução de texto importam na declaração da inconstitucionalidade de uma norma ou de um determinado seguimento dela, com o subseqüente acréscimo da parte aditiva que virá reparar a desigualdade. Diferem-se das sentenças sem redução de texto, pois nestas não há propriamente a eliminação de uma norma ou de parte dela, mas sim da norma ideal implícita resultante da exclusão de determinada categoria ou pessoas. Em suma, se uma determinada norma concede benefícios apenas a uma categoria, implicitamente contém um comando que exclui os demais. E para reparar essa desigualdade, as sentenças aditivas sem redução de texto alargam o âmbito normativo do dispositivo sob julgamento para que o mesmo passe a incluir a categoria ou situação antes excluída.

---

[459] MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos, cit., p. 45.
[460] *Ibid.*, p. 48.
[461] *Ibid.*, p. 49.
[462] MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção, cit., p. 245.

Por exemplo, no Acórdão 423/2001 de 9-10, o Tribunal Constitucional português analisou caso em que o Provedor de Justiça requeria a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de uma norma segundo a qual o Estado reconhecia o direito à reparação aos cidadãos portugueses que se tornaram deficientes no cumprimento do serviço militar. Sustentou o Provedor a violação dos artigos 13º (princípio da igualdade) e 15º (que confere aos estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal os mesmos direitos e deveres de que gozam os cidadãos portugueses) da Constituição, na medida "em que reservam a nacionais portugueses a qualificação como deficiente das Forças Armadas ou equiparado". Em outras palavras, a lei excluiu tratamento igualitário a estrangeiros que se tornaram deficientes a serviço das Forças Armadas portuguesas.

Diante de tal questão, o Tribunal Constitucional decidiu declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma "na medida em que reserva a cidadãos portugueses, excluindo cidadãos estrangeiros residentes, o gozo dos direitos" concedidos pela lei, limitando ainda os efeitos da inconstitucionalidade para que estes apenas fossem produzidos a partir da publicação do acórdão.[463]

Ao declarar a inconstitucionalidade "na medida" em que exclui os estrangeiros, a decisão acabou por incluí-los nas disposições legais, reparando a desigualdade e suprindo a omissão parcial.

Embora essa decisão tenha sido proferida em controle abstrato, em geral a Corte Constitucional portuguesa reserva esse tipo de sentença para o controle difuso, sem efeitos gerais.

Por fim, com relação ao tipo de operação reconstrutiva realizado pela sentença, esta pode ser uma sentença aditiva de natureza corretiva ou integrativa. A sentença terá um caráter corretivo sempre que sua componente reconstrutiva, através da revelação ou indicação de uma norma, transforme o sentido originário do preceito julgado parcialmente inconstitucional, compatibilizando-o com a constituição. Por outro lado, terá um caráter integrativo quando o Tribunal apenas decide colmatar uma "lacuna técnica" pelo efeito ablativo próprio da decisão de inconstitucionalidade.[464]

A grande questão que se coloca perante tais decisões é a dos limites desse componente aditivo, que causa grandes controvérsias, inclusive nos diversos países em que

---

[463] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 423/2001, de 9-10. Rel. Conselheira Maria Fernanda Palma. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em: 02 out. 2009.
[464] MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos, cit., p. 56-57.

são admitidas. No que toca a tais decisões, "torna-se difícil determinar onde se situa o limite da actividade jurisdicional e começa a criação legislativa e é sobretudo aqui que a Doutrina se debate e divide".[465]

No direito italiano, as sentenças modificativas desenvolveram-se largamente a partir das decisões da *Corte Costituzionale*, com apoio de grande parte da doutrina. Nesse país, diante de uma lei que confere direitos em termos discriminatórios, a Corte Constitucional restringe a declaração de inconstitucionalidade à parte da lei que expressa ou implicitamente exclui de suas disposições determinadas categorias que se encontram em situação igual, alargando, por essa via, o âmbito de aplicação da lei sob julgamento. O Tribunal Constitucional italiano admite, inclusive, diante de uma omissão parcial da lei, invalidar a norma não escrita que exclui da aplicação da lei determinadas pessoas.[466]

Na Itália, verificam-se as sentenças aditivas de prestação (*additive di prestazione),* as quais atribuem direitos à prestação de serviços ou direitos de conteúdo patrimonial à determinadas categorias de pessoas excluídas inicialmente, e que são criticadas pela repercussão nas despesas públicas; as aditivas de garantia (*additive di garanzia),* que importam em uma abstenção, um dever estadual de *non facere* ou uma situação de sujeição da parte do Estado; e por fim, as aditivas de princípio, em que o Tribunal introduz um princípio em vez de uma regra.[467]

Apesar do grande desenvolvimento de tal categoria de sentença no direito italiano, isso não quer dizer que a Corte Constitucional não tenha limites. De imediato, "o campo de aplicação por excelência das decisões modificativas por violação do princípio da igualdade refere-se à hipóteses de extensão de tratamentos mais favoráveis".[468] Mas não é só: o Tribunal não está livre para fazer escolhas discricionárias. A nova norma ou solução extraída do julgamento não pode livremente advir do nada, "devendo antes resultar da própria decisão impugnada, de outros preceitos e princípios legais ou da Constituição". [469] Não se trata de uma decisão livre, como seria a do Poder Legislativo, mas aferida de princípios da própria constituição ou na forma de uma conclusão necessária advinda do

---

[465] MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção, cit., p. 252.
[466] MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 462.
[467] *Ibid.,* p. 464-465.
[468] *Ibid.,* p. 462.
[469] *Ibid.,* p. 462.

próprio caso sob juízo. O Tribunal também pode estender normas já vigentes ou adotar a opção mais vasta tomada pelo legislador no momento em que formulou a lei em questão.[470]

Embora esteja em pauta um esforço para evitar conflito com o Parlamento e o princípio da separação de poderes, há na doutrina italiana quem critique tais decisões, afirmando que nem sempre a Corte Constitucional se pauta pelos limites enunciados, afirmando que o Tribunal freqüentemente escolhe de forma discricionária entre diversas soluções abstratamente disponíveis.

Em algumas vezes, os tribunais judiciais reconheceram vinculatividade somente à componente ablativa da sentença, não à parcela adjuntiva, o que levou o Tribunal Constitucional italiano a reafirmar sua posição, na sentença nº 67, de 1971, dizendo que negar efeito *erga omnes* à parte aditiva seria reconhecer a falta de operatividade direta da constituição.[471]

O jogo de força e o extenso debate doutrinário na segunda metade dos anos oitenta acerca dos limites das sentenças aditivas levou o Tribunal Constitucional italiano a adotar também as sentenças aditivas de princípio sempre que uma omissão implicasse numa diversidade de opções para sua correção. Nessas sentenças, o Tribunal declara a inconstitucionalidade da norma e enuncia um princípio constitucional a ser respeitado pelo juiz comum ou pelo legislador durante a operação integrativa.[472]

De qualquer forma, apesar das críticas, como observa Rui Medeiros:

> Ao contrário do que sucedeu nos anos trinta nos Estados Unidos, a própria Corte Costituzionale, confrontada com a inércia do poder político, tem desempenhado um papel importante na realização do *New Deal*. Para a concepção dominante, o saldo para o sistema constitucional italiano desta espécie de *gouvernement des juges*, com uma função, não já conservadora, mas propulsora é, até agora, apesar das críticas de diversos autores (incluindo obviamente os críticos do Estado Social ou da sua versão degenerada de Estado Assistencial), largamente positivo.[473]

O direito alemão, entretanto, tem uma posição muito mais restrita que o italiano com relação às sentenças aditivas. Diante do dilema posto pelas leis que violam o princípio da igualdade, entre declarar a nulidade total (o que não resolve o problema e ainda prejudica aqueles que foram beneficiados pela lei), e o alargamento da lei (que, no entendimento da corte em questão, desrespeita a liberdade de conformação do legislador),

---

[470] MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei, cit., p. 463.
[471] MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos, cit., p. 29.
[472] *Ibid*., p. 30.
[473] MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei, cit., p. 464.

prefere o Tribunal alemão a mera declaração de incompatibilidade da lei discriminatória (ou a "mera verificação da inconstitucionalidade" ou "declaração de incompatibilidade" ou a "declaração de incompatibilidade sem sanção de nulidade", conforme terminologia também utilizada).

Essa declaração, porém, envolve para o legislador a obrigação de aprovar nova legislação compatível com o princípio da igualdade, além de determinar, desde que seja possível, o bloqueio da aplicação de lei até a aprovação de nova regulamentação. [474]

Entretanto, a mera verificação de inconstitucionalidade não é regra absoluta no direito alemão que, em alguns casos, também admite as decisões modificativas. Nos casos em que o legislador não dispõe de uma liberdade de escolha o Tribunal Constitucional Federal alemão aceita a utilização de uma sentença modificativa. É o que acontece, informa Rui Medeiros, "quando a Constituição impõe uma determinada forma de correcção da desigualdade ou quando, por outras razões, se possa afirmar que o legislador seguiria determinado caminho caso tivesse previsto o juízo de inconstitucionalidade". Porém, completa o autor, "não sendo evidente aquilo que o legislador teria ou deveria ter feito, resta ao Tribunal Constitucional a mera declaração da incompatibilidade da lei".[475] Daí porque o direito alemão é bem mais restritivo quando às decisões de caráter aditivo.

Em Portugal a doutrina e a corrente seguida pelo Tribunal Constitucional aproximam-se muito mais da jurisprudência italiana do que da alemã, sem, contudo, deixar de adquirir contornos próprios, principalmente pelo delineamento dado pela doutrina lusitana à questão.

O Tribunal Constitucional português tem proferido decisões com efeitos aditivos, tanto em controle difuso, quanto em controle abstrato, o que tem como conseqüência, neste caso, a força obrigatória geral da decisão. Porém, apesar dessas interessantes decisões já prolatadas pelo Tribunal Constitucional, as sentenças aditivas ainda geram grandes discussões na doutrina portuguesa.

Blanco de Morais, além de rejeitar as sentenças substitutivas, em razão de seu sentido positivador, que, segundo o autor, "excede a composição independente, imparcial, e passiva de um conflito entre normas, cometida aos Tribunais no exercício da função jurisdicional, para redundar na produção primária de regras",[476] também considera

---

[474] MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei., cit., p. 466.
[475] *Ibid.*, p. 467.
[476] MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos, cit., p. 104.

ilegítima toda decisão aditiva em sentido estrito que, após a declaração da inconstitucionalidade, enuncie um critério normativo destinado a preencher a omissão relativa "se esta puder ser superada por uma pluralidade de soluções normativas verossímeis, todas elas conformes com a Constituição", visto, principalmente, que tal escolha adentra em campo reservado ao legislador.[477]

Para o autor, a criatividade da componente adjuntiva é limitada, não podendo o Tribunal criar regras *"ex nihilo"*. Antes, o critério de decisão deverá já estar presente no ordenamento e o Tribunal deve se limitar a revelá-lo ou individualizá-lo.[478] Disso surge o conceito de *sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias*, ou *"a rime obligate"* (conforme expressão original da doutrina italiana). Nelas a norma que irá preencher o vazio é uma extensão lógica de um princípio ou de uma norma constitucional preceptiva e exeqüível por si própria. Além disso, a operação concretizadora realizada pelo Tribunal com base nessa norma ou princípio deve ser a única alternativa possível, não podendo existir outras opções também conformes com a constituição. [479] Quando houver a possibilidade de diferentes soluções normativas todas conformes à constituição, deve o Tribunal optar pelas sentenças aditivas de princípio, já que as mesmas, em controle concreto, transmitem ao juiz "um enunciado principiológico que o orienta no processo de integração de uma lacuna axiológica", e em controle abstrato exprimem uma orientação ao legislador.[480]

Recentemente, porém, o autor alterou levemente seu entendimento passando a admitir que:

> [...] o Tribunal Constitucional, a par das *decisões aditivas constitucionalmente obrigatórias com caracter estrito,* possa prolatar também *decisões constitucionalmente obrigatórias de natureza conformadora.* Sentenças onde possa legitimamente gizar juízos axiológicos de ponderação entre um número restrito de soluções normativas alternativas e hipotéticas, de que resulte a exclusão das que revelarem uma natureza pouco verossímil e desadequada ao pensamento legislativo inerente ao regime jurídico sindicado, excessivamente onerosa ou menos afeiçoada aos princípios constitucionais, nomeadamente as que estruturam o sistema de direitos fundamentais.[481]

Mais restritiva ainda é a posição de Rui Medeiros, segundo o qual mesmo quando se concretiza uma norma constitucional em termos discriminatórios cabe ao

---

[477] MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos, cit., p. 105.
[478] *Ibid.*, p. 36-37.
[479] *Ibid.*, p. 60-61.
[480] *Ibid.*, p. 111.
[481] *Ibid.*, p. 115 (grifos do autor).

legislador, e não ao Tribunal Constitucional, optar entre o restabelecimento da igualdade através do alargamento do âmbito de abrangência da lei ou da eliminação desta.[482] No seu entendimento, embora haja autores que defendam que não está em causa uma função essencialmente criadora *ex nihilo*, verificando-se apenas a extração de um *quid juris "*já presente, e *in modo obbligate"* no ordenamento, hipótese em que a decisão judicial não ofenderia as prerrogativas do legislador, o fato é que "a redução da liberdade de conformação do legislador <a zero>, especialmente no campo da concretização do princípio da igualdade, é dificilmente imaginável".[483] Por isso, as decisões modificativas, pelo fato de substituírem a vontade do legislador por uma outra vontade, "são suspeitas e perigosas e, embora não sejam sempre inconstitucionais, devem pelo menos ser limitadas na medida do possível".[484] Ademais, o autor também entende que tais decisões, quando possíveis, não devem vincular o juízo "a quo" no controle concreto, nem serem dotadas de força obrigatória e geral, no controle abstrato[485]. Diante disso, o autor propõe como solução viável na ordem jurídica portuguesa, para as leis que atribuem direitos em violação do princípio da igualdade, a decisão de invalidade total com limitação dos efeitos. Esta decisão adiaria a invalidação durante certo período de tempo durante o qual o legislador poderia suprir a omissão relativa, além de evitar o retrocesso com relação à concretização já alcançada. Essa via, além de não ofender o princípio da separação de poderes, teria o condão de forçar o legislador a aprovar rapidamente uma nova regulamentação não discriminatória [486].

Em contraponto a tal tese, principalmente no que toca à solução de invalidação total da lei com efeitos postergados para o futuro, Sofia Montelobo apresenta a crítica pertinente de que, enquanto estiverem adiados esses efeitos, os juízes, em controle concreto, serão obrigados a aplicar uma lei inconstitucional. [487]

Os argumentos de Rui Medeiros são combatidos também por Jorge Miranda. De acordo com o autor, embora sendo necessário reconhecer as divisas estreitas entre os poderes, bem como os condicionalismos financeiros e o postulado da "reserva econômica do possível", as decisões aditivas não devem ser recusadas diante de "discriminações ou diferenciações infundadas, frente às quais a extensão do regime mais

---

[482] MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**, cit., p. 499.
[483] *Ibid.,* p. 504-505.
[484] *Ibid.,* p. 511.
[485] *Ibid.,* p. 478.
[486] *Ibid.,* p. 522-523.
[487] MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção, cit., p. 277.

favorável se oferece, simultaneamente, como a decisão mais imediata para a sensibilidade colectiva e a mais próxima dos valores constitucionais". E conclui: "há imperativos materiais que se sobrepõem a considerações orgânico-funcionais". [488] Por fim, no que toca ao principio da separação de poderes, argumenta que:

> O órgão de fiscalização não se comporta aqui como legislador, pois que não age por iniciativa própria, nem segundo critérios políticos; age em processo instaurado por outrem e vinculado aos critérios de interpretação e construção jurídica inerentes à hermenêutica constitucional. E nem se invoque *a contrário* o art. 283.° como sinal de preferência pelo legislador, porquanto este preceito se reporta a normas constitucionais não exeqüíveis por si mesmas ou programáticas e as decisões aditivas (ou modificativas) pressupõem normas exeqüíveis e a eficácia destas depende do processo em que são emitidas.[489]

Assim, o professor da Universidade de Lisboa defende que as omissões relativas podem e devem ser superadas pelo Tribunal Constitucional, através da extensão do regime mais favorável, que ocorrerá pela emissão de uma sentença aditiva *stricto sensu*. Sua posição está escorada nos princípios da proporcionalidade, da igualdade e do não retrocesso. Do princípio da proporcionalidade decorre a exigência de não suprimir a concretização já alcançada, pois os danos decorrentes da eliminação das vantagens já obtidas podem ser mais perniciosos. O princípio da igualdade leva à necessidade de eliminar-se a norma implícita discriminatória e à adoção de um regime igual para as pessoas em situação idêntica. Por fim, o princípio do não retrocesso determina que o nível de proteção já alcançado não poderá ser reduzido[490].

Vale notar que Jorge Miranda faz duas restrições à prolação das sentenças aditivas. Em primeiro lugar, elas poderiam ser proferidas apenas no controle concreto, não podendo ser emitidas com força obrigatória geral, em razão "do próprio sistema de fiscalização". Em segundo lugar, só haverá a possibilidade de estender o regime mais favorável quando estiverem em causa normas exeqüíveis por si mesmas. Assim, nos casos em que não for possível a prolação de uma sentença aditiva, em razão da norma não ser exeqüível por si mesma ou por se tratar de controle concentrado, deve-se optar pela via da inconstitucionalidade por omissão. "Tudo estará não em paralisar a concretização já alcançada, mas em procurar obter, por meio dos mecanismos da fiscalização da

---

[488] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito Constitucional**, t. VI, cit., p. 82.
[489] *Ibid.*, p. 82.
[490] Cf. MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção, cit., p. 290-291.

inconstitucionalidade por omissão, por tênues que sejam (art. 283º), o suprimento da omissão".[491]

O fato é que, não obstante as controvérsias doutrinárias, a jurisprudência portuguesa tem se mostrado fértil em matéria de decisões aditivas, conforme se pode aferir dos casos já destacados [492], abrindo, dessa forma, uma importante via para a efetiva solução das omissões relativas.

No Brasil, ao contrário, tanto a jurisprudência, quanto a doutrina pouco adentram nesse tema até o presente momento, muito embora não sejam raros os episódios de omissões relativas.

A posição do Supremo Tribunal Federal durante muito tempo esteve consubstanciada na Súmula 339, segundo a qual, "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia".[493] Essa súmula, porém, foi aprovada em 1963.

Na ADI nº 1.755/DF, foi impugnada lei que instituía restrições para a propaganda de bebidas com teor alcoólico maior que 13 graus. Entedia o autor que a lei não poderia ter deixado de fora as bebidas com teor de álcool inferior a este limite. O Tribunal, porém, não conheceu da ação, sob o argumento de que, ao estender as restrições da forma pretendida, estaria atuando como legislador positivo. Como argumentou o Ministro relator, se declarada a inconstitucionalidade da regra, estar-se-ia estendendo as restrições da lei a âmbito por ela não alcançado e desejado. Nesse julgamento, consignou o Ministro Moreira Alves que, "em controle concentrado, não podemos estender o que se alega ter ferido a isonomia. Podemos retirar o que foi dado, mas não podemos estender a outrem o que não lhe foi dado, devendo tê-lo sido". Não, porém, sem a oposição do Ministro Carlos Velloso, que disse "não dou ao 'slogan', 'o Judiciário, no controle de constitucionalidade, é, simplesmente, legislador negativo', a relevância que ele parece ter, mas que, na realidade, não tem".[494]

---

[491] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito consitucional**, t. IV, cit., p. 243.

[492] Embora com um *self restraint* no âmbito do controle abstrato, tendendo a evitar as sentenças aditivas quando estas sejam dotadas de eficácia geral, visando preservar o princípio da separação de poderes e a esfera de competência do legislador. Cf. MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção, cit., p. 300.

[493] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Sessão Plenária de 13/12/1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 out. 2009.

[494] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.755/DF. Relator Ministro Nelson Jobim. J. 15/10/1998. DJ 18/05/2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 out. 2009.

Há que se notar, porém, que no caso se delineavam diversas possibilidades possíveis para correção da desigualdade de tratamento, o que, de certa forma, poderia interferir em competência do Poder Legislativo.

Na ADI 525, que tratava da concessão de reajustes diferenciados para servidores civis e militares, observou o Ministro Sepúlveda Pertence que se estava diante de um problema sério, ainda não deslindado pela Corte, que era do controle da constitucionalidade da lei pelo ponto de vista do princípio da isonomia. Em regra, se a ofensa à isonomia consiste na imposição de restrição a alguém, que não seja estendida aos demais que se encontrem em posição idêntica, a desigualdade se resolve pela invalidação da disposição discriminatória. Porém, a positivação da declaração da inconstitucionalidade por omissão criou um dilema quando se trata de outorga de vantagens com exclusão de determinado grupo que deveria receber o mesmo tratamento. Nesses casos, a dificuldade advém da possibilidade de se reconhecer a inconstitucionalidade positiva da lei ou, por outro lado, a "omissão parcial" (conforme termo utilizado, mas que, mais propriamente, seria "omissão relativa"). No primeiro caso se estaria prejudicando os que foram contemplados, sem nenhuma vantagem para os que foram excluídos. No segundo, a solução seria satisfatória se estendesse a concessão do benefício a todos os demais. Contudo, como afirma o Ministro, para essa extensão da lei "faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, § 2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei – seja ela absoluta ou relativa, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra". O Ministro, por fim, mesmo diante de seu posicionamento, conclui seu voto dizendo que não há que se descartar de plano a aplicabilidade, no Brasil, da tese da inconstitucionalidade por omissão parcial.[495]

No julgamento do Recurso Extraordinário 572.052/RN, o Supremo Tribunal Federal apreciou questão de constitucionalidade de uma lei que concedeu gratificação em patamares diferentes para servidores ativos e inativos. Nesse caso, o Tribunal julgou inconstitucional, com base no princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF), o dispositivo que causava a discriminação e determinou a extensão aos inativos da mesma vantagem concedida aos ativos. Há que se observar que tal decisão também se pautou no art. 40, § 8º, da Constituição, que assegura a ativos e inativos o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real. A extensão dos benefícios aos inativos

---

[495] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 525 MC/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. J. 12/06/1991. DJ 02/04/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 out. 2009.

vem homenagear tal dispositivo. Tirou-se, assim, da própria Constituição a conclusão pela extensão, a exemplo das *sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias*, ou *"a rime obligate"*, preconizados pela doutrina italiana.[496]

Em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal fez uso da interpretação conforme para corrigir a infração ao princípio da isonomia. A Associação Nacional dos Procuradores de Estado propôs ação direta de inconstitucionalidade contra o parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil. Isso porque o inciso V de tal artigo diz ser dever das partes e de todos que participam do processo cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, sendo que o mencionado parágrafo único diz que "ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB", a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz aplicar multa ao responsável. Argumentou a associação autora que esse dispositivo permitia ao juiz aplicar multa aos advogados públicos, vez que não sujeitos apenas aos estatutos da OAB, mas também às leis que os vinculam ao respectivo ente público. Desse modo, em flagrante violação do princípio da isonomia, apenas os advogados particulares estariam imunes à sanção, não obstante a identidade de atividades. Diante disso, o Tribunal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade para, sem redução de texto, dar interpretação conforme a Constituição Federal ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, para ficar claro que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos. [497]

Apesar de tais decisões, não se pode ainda concluir por uma mudança na jurisprudência do Supremo. Recentemente, assim decidiu esta Corte em caso em que poderia ter sido proferida uma sentença aditiva:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS/PASEP E COFINS. EXTENSÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO. ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. O acolhimento da postulação da autora --- extensão do tratamento tributário diferenciado concedido às instituições financeiras, às cooperativas e às revendedoras de carros usados, a título do PIS/PASEP e da COFINS --- implicaria converter-se o STF em legislador positivo. Isso porque se pretende, dado ser ínsita a pretensão de ver reconhecida a

---

[496] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 572.052/RN. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. J. 11/02/2009. DJ 17/04/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 out. 2009.

[497] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direita de Inconstitucionalidade 2.652/DF. Relator Ministro Maurício Corrêa. J. 08/05/2003. DJ 14/11/2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 out. 2009.

> inconstitucionalidade do preceito, não para eliminá-lo do mundo jurídico, mas com a intenção de, corrigindo eventual tratamento adverso à isonomia, estender os efeitos da norma contida no preceito legal a universo de destinatários nele não contemplados. Precedentes. Agravo regimental não provido.[498]

Na doutrina, observa Gilmar Mendes que a declaração de nulidade, "concebida para eliminar a inconstitucionalidade causada pela intervenção indevida no âmbito de proteção dos direitos individuais", acaba sendo insuficiente como meio de superação da inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa, pois a cassação da norma inconstitucional na maioria das vezes não resolve os problemas da omissão parcial, "mormente da chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade", já que suprime o que foi licitamente concedido a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos que foram discriminados. Assim, "a questão fundamental reside menos na escolha de um processo especial do que na adoção de uma técnica de decisão apropriada para superar as situações inconstitucionais propiciadas pela chamada omissão legislativa".[499]

Diante disso, conclui que,

> [...] a introdução de um sistema peculiar para o controle da omissão e o entendimento de que, em caso de constatação de uma ofensa constitucional em virtude da omissão do legislador, independentemente do processo em que for verificada, a falha deve ser superada mediante ação do órgão legiferante, colocaram os pressupostos para o desenvolvimento de uma declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, também no Direito brasileiro.[500]

Como se pode constatar, o autor opta pela filiação à doutrina alemã sobre o tema.

Taciana Xavier entende que diante de omissões relativas definidas (para as quais há uma única opção a ser tomada pelo Tribunal, o que Blanco de Morais chama de decisões constitucionalmente obrigatórias), a forma mais adequada de decisão do Tribunal Constitucional para restaurar a isonomia é emitir decisões aditivas em sentido estrito. Bem observa a autora que a Constituição brasileira, por ser extremamente analítica, disponibilizou ao Supremo Tribunal Federal um número maior de regras para realizar a importante tarefa de descobrir instrumentos auto-aplicáveis de eliminação das

---

[498]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 402748/PE. Relator Ministro Eros Grau. J. 22/04/2008. DJ 15/05/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 out. 2009.

[499] MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1134. O capítulo da obra em questão foi desenvolvido por Gilmar Mendes, conforme consta à p. V.

[500] *Ibid.*, p. 1134.

inconstitucionalidades.[501] Isso pode aumentar as hipóteses de decisões obrigatórias nas quais seja possível uma decisão aditiva em sentido estrito.

Por outro lado, em caso de omissões relativas indefinidas (quando não há uma única via constitucional a ser seguida), a solução mais adequada é a aplicação do art. 27 da lei 9.868/99, adotando-se fórmula de fiscalização equivalente à adotada na Alemanha, isto é, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, além do chamado apelo ao legislador. Ainda no ensejo da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, as sentenças aditivas de princípios, à semelhança do que se adota na Itália, parecem constituir uma opção legítima quanto estão em causa as omissões relativas indefinidas.[502]

Edílson Pereira Nobre Júnior afirma que a tímida acolhida que as sentenças aditivas vêm merecendo de nossa jurisprudência não impede a sua aceitação em nosso sistema jurídico. Isso porque, primeiramente, o princípio da igualdade sempre despertou grandes atenções do direito constitucional brasileiro, não havendo óbices a que “nas situações submetidas à jurisdição, a mais consentânea medida de justiça implique justamente a manutenção da norma, com sua interpretação ampliada, em vez de sua eliminação". Em segundo lugar, a necessidade da eficiência, reclamada de todos os órgãos públicos, "orienta-se pela tônica da conservação dos atos estatais, sem contar que, para esse fim, os pretórios, à frente o Supremo Tribunal Federal, vêm, nas suas decisões, incorporando, cada vez com maior assiduidade, a técnica da interpretação conforme".[503]

Além disso, continua o autor, não mais convence o óbice da indevida interferência nas funções do poder legislativo, pois não se pode deixar de lembrar que o princípio da separação de poderes na realidade estatal hodierna não mais se apresenta com a rigidez existente à época do movimento constitucionalista dos séculos XVII e XVIII e, o que é mais importante ainda:

> [...] entre a atividade legislativa e a adição, oriunda do manuseio da exegese em harmonia com a Constituição, há um límpido e inegável ponto de distanciamento: é que, ao contrário do que acontece com o legislador, não se tem a elaboração de uma norma jurídica, com a discrição àquele peculiar, mas tão-só o complemento da existente, a partir de solução constante do sistema jurídico, cuja descoberta se deve ao labor

---

[501] XAVIER, Taciana. A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro. *In:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 397.
[502] *Ibid*., p. 397.
[503] NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano IV, n. 13, p. 35-73, jul./ago./set.2006, p. 70.

> do intérprete. Há, sem margem de dúvida, atividade de criação jurídica, sem embargo de inexistir típica ação legislativa.[504]

Segundo observa, para se compreender as sentenças aditivas, há que se ter como ponto de partida o método da interpretação conforme a constituição. Esta tem conseqüências das mais variadas, dentre elas, o efeito integrativo, do qual surgem as sentenças aditivas, a qual, "num questionamento sobre a constitucionalidade do ato normativo, acolhe a impugnação, sem invalidá-lo".[505]

O autor abre exceção, porém, aos casos de reservas absolutas do legislador, tal como ocorre no campo das infrações penais, da instituição e majoração de tributos e da fixação de remuneração de servidores públicos, onde não poderiam entrar as sentenças aditivas. Respeitadas essas premissas, não existiriam impedimentos em nosso ordenamento para as sentenças aditivas, inclusive com efeitos *erga omnes*, nos termos do art. 28 da Lei 9.868/99 e também com possibilidade de ser empregada não só pelo Supremo Tribunal Federal, mas também pelos demais juízes e Tribunais.[506]

De fato, o grande descompasso da doutrina e da jurisprudência brasileiras com relação a outros países sobre as decisões com efeitos aditivos, não significa que estas não são admissíveis no direito brasileiro, ou desnecessárias perante a realidade do país. Ao contrário, demonstram a premência de desenvolvimento para aplicação de tal técnica, que tem se mostrado muito útil em outros países na solução das omissões relativas, as quais também estão presentes e têm grande relevância no Brasil. Vale como exemplo a aceitação das sentenças aditivas no Tribunal Constitucional de Portugal, país, inclusive, cujo sistema de controle de constitucionalidade guarda grandes semelhanças com o nosso e no qual se buscou inspiração para a positivação do controle de inconstitucionalidade por omissão.

Sem dúvida, é preciso delimitar as hipóteses em que tais sentenças seriam inadmissíveis no ordenamento brasileiro, o que é o caso de sentenças que adentrem em espaço de reserva legal, como matéria criminal e de criação de impostos, ou sentenças de grande implicação econômica, que criem para o Estado despesas não previstas que possam comprometer as finanças públicas.

Além do mais, as sentenças aditivas que criam *ex nihilo* soluções para o caso concreto, são de difícil admissibilidade, visto que tão ampla possibilidade de conformação não condiz com as competências do Poder Judiciário. Porém, em casos em

---

[504] NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo, cit., p. 70-71.
[505] *Ibid.*, p. 50-51.
[506] *Ibid.*, p. 71-73.

que a solução puder ser retirada da própria constituição, nada impede que se solucione desde já a omissão, ao invés da mera comunicação ao Legislativo de sua mora ou da invalidação total da lei, prejudicando aqueles que já lograram obter determinadas conquistas. Como bem observou Taciana Xavier, o fato da Constituição brasileira ser extremamente analítica pode auxiliar em muito nessa tarefa, pois isso pode aumentar as hipóteses de decisões obrigatórias nas quais seja possível uma decisão aditiva em sentido estrito. [507] Como exemplo, o já mencionado Recurso Extraordinário 572.052/RN em que o Supremo julgou inconstitucional, com base no princípio da isonomia, um dispositivo que causava a discriminação entre servidores ativos e inativos e determinou a extensão aos inativos da mesma vantagem concedida aos ativos. Tal decisão também se pautou no art. 40, § 8º, da Constituição, que assegura a ativos e inativos o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real.

Ademais, também poderiam os Tribunais brasileiros, em especial o Supremo Tribunal Federal, fazer uso da técnica já prevista em nosso ordenamento de interpretação conforme a Constituição (Lei 9.868/99, art. 28, parágrafo único) para produzir as sentenças aditivas, como, inclusive, já procedeu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direita de Inconstitucionalidade 2.652/DF, mencionada anteriormente.

Nesse sentido, ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, analisando a ADPF nº 54, ainda em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, que discute a constitucionalidade da criminalização de aborto de feto anencefálico que, se a Corte decidir pela procedência da ação, "dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva", vez que a decisão irá acrescentar mais uma excludente de punibilidade, atuando como legislador positivo. Com isso, – completa – "é possível antever-se que o Supremo Tribunal Federal acabará por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e aliar-se-á à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva", que já é adotada pelos principais Tribunais Constitucionais do mundo.[508]

Assim, são admissíveis no direito brasileiro as decisões aditivas, como forma de suprir as omissões relativas e de se restaurar a isonomia.

---

[507] XAVIER, Taciana. A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro, cit., p. 397.

[508] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1193-1194.

4.7 Responsabilidade civil do Estado pela omissão inconstitucional

A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes da omissão normativa também é tema que deve ser investigado sob a perspectiva da correlação entre efetividade constitucional e as omissões normativas. Cuida-se de analisar se os cidadãos podem exigir a reparação dos danos decorrentes da omissão do Estado em propiciar a implementação dos direitos que foram assegurados na Constituição.

Há que se notar, primeiramente, que a responsabilização civil do Estado não significa propriamente outorgar efetividade ao direito em si, mas prover o cidadão de alguma compensação pelo direito que lhe foi atribuído, mas não usufruído. A reparação civil, em essência, é uma substituição ou uma compensação. "Não sendo possível obter a *solutio* direta, mediante um *dare*, ou um *facere*, ou um *non facere* em espécie, dá-se a substituição por uma quantia em dinheiro, na qual a *res debita* se sub-roga".[509]

Para Aguiar Dias, a reparação civil atende a anseios de justiça. É uma forma de restabelecer o equilíbrio, cuja conservação interessa essencialmente a uma civilização avançada. É também modo de satisfazer uma aspiração de segurança comprometida e ameaçada pela vida moderna. Daí porque "a responsabilidade civil é reflexo da própria evolução do direito, é um dos seus mais acentuados característicos". [510]

De qualquer forma, embora o ideal seja o gozo do direito em si, enquanto isso não for possível, a reparação civil proporciona um mínimo de tutela aos direitos consagrados constitucionalmente. Maria Lúcia Amaral observa que a vinculação do legislador a parâmetros superiores de valor não pode deixar de ser assegurada pela instituição de meios adjetivos "destinados a garantir, na vida quotidiana do Estado, o seu cumprimento efetivo".[511] Por isso, os ordenamentos jurídicos em geral prevêem meios de *proteção jurídica primária* e meios de *proteção jurídica secundária*. A proteção primária consubstancia-se no controle de constitucionalidade, cifrando-se em sentenças de invalidade dos atos jurídicos públicos lesivos capazes de declarar com eficácia retroativa sua nulidade. A proteção secundária realiza-se através das ações de responsabilidade civil,

---

[509] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 311.
[510] DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 9. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense: 1994, v. I, p. 15-16.
[511] AMARAL, Maria Lúcia. Dever de legislar e dever de indemnizar: a propósito do caso "aquaparque do restelo". **Themis,** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Livre de Lisboa, Coimbra, ano I, n. 2, p. 67-98, 2000, p. 71.

destinadas a condenar o Estado ao ressarcimento dos prejuízos resultantes da lesão.[512] Tais "proteções" diferem-se em sua essência, pois, na primária, está em causa um juízo objetivo sobre o resultado normativo da omissão, e na secundária um juízo subjetivo sobre a conduta do legislador. A responsabilidade civil não persegue, por sua natureza, "fins de tutela dos interesses que respeitam global e indiferentemente a toda a comunidade, mas sim interesses de pessoas ou grupos de pessoas individualizadas ou individualizáveis".[513]

Porém, a questão, mais uma vez, é extremamente controversa. A responsabilidade do Estado por atos legislativos enfrenta até hoje problemas dogmáticos fundamentais do direito público, que se mostram ainda mais graves no que tange à responsabilidade pela omissão em legislar. Tais problemas estão relacionados aos princípios da soberania parlamentar e da lei como sua expressão, o que é o próprio cerne do pensamento constitucional moderno, estruturado desde Hobbes e Rousseau, que identificava a lei como vontade geral.[514] Além disso, contra a responsabilidade do legislador impõe-se a generalidade e abstratividade da lei, características que a impediriam de causar dano a uma determinada pessoa. Porém, como informa Luís Cabral de Moncada, as coisas iriam pouco a pouco transformar-se:

> A lenta admissibilidade da responsabilidade do Estado legislador muito deve aos elementos liberais no aperfeiçoamento do constitucionalismo moderno, ao evidenciarem que o legislador soberano pode não ser infalível no exercício da actividade legislativa. Pontificam aqui principalmente os liberais clássicos até Kant.
> Hoje, a responsabilidade do Estado e demais entidades públicas é cada vez mais encarada numa perspectiva puramente objectiva, atenta somente ao dano a ressarcir e sem consideração da intenção psicológica do autor do acto, com frequência, impossível de determinar, seja ele a lei, o acto político, o acto administrativo ou o jurisdicional. A ilicitude chega a presumir-se de certa conduta ou da respectiva omissão. Avultam considerações objectivas e apagam-se as subjectivas ou, pelo menos, ficam estas reduzidas a um lugar secundário. Nem outra coisa poderia ser, pois que a actividade do Estado Social se perspectiva essencialmente como um conjunto de serviços públicos a prosseguir de modo permanente e de acordo com padrões médios de qualidade.[515]

Na jurisprudência brasileira, tal questão já foi abordada, por exemplo, em alguns julgados relativos ao art. 37, inciso X, da Constituição Federal, na redação que lhe

---

[512] AMARAL, Maria Lúcia. Dever de legislar e dever de indemnizar: a propósito do caso "aquaparque do restelo", cit., p. 72.
[513] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 316.
[514] Cf. MONCADA, Luís Cabral de. A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. *In:* **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário de seu nascimento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, v. II, p. 14.
[515] *Ibid.*, p. 14-15.

foi dada pela Emenda nº 19, de 4 de junho de 1998, que assegura a revisão geral e anual da remuneração dos servidores públicos e subsídios das pessoas descritas no art. 39, § 4º, da Constituição Federal, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

O Supremo Tribunal Federal, por algumas vezes, julgou procedentes ações diretas de inconstitucionalidade por omissão ante a não-observância dessa norma, que impõe aos chefes do Poder Executivo a obrigação de remeter ao respectivo órgão legislativo, anualmente, projeto de lei para revisão das remunerações e subsídios.[516]Nestes casos, entretanto, não se fixou prazo para a remessa do projeto, visto que prevaleceu na Corte o entendimento de que o responsável pela iniciativa da norma não era mero órgão administrativo, mas detentor de Poder, isto é, Chefe do Executivo. Mas, de qualquer forma, a omissão foi considerada inconstitucional.

Ocorre que o Supremo também apreciou demandas individuais de reparação civil em que se alegou dano material em decorrência da omissão do Executivo em encaminhar projeto de lei de revisão anual de remuneração de servidores. No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 537.473-SP sustentavam os autores da ação que a omissão legislativa era apta a ensejar o dano material e o conseqüente dever de indenizar por parte do Estado. A improcedência foi mantida pelo Supremo, por entender, na esteira de outros julgamentos da Casa, que a revisão é ato privativo do detentor do Poder Executivo e que seria incabível a indenização, por representar a própria concessão do reajuste sem previsão legal.

Entretanto, os Ministros Carlos Britto e Ricardo Lewandowski destacaram sua disposição em repensar a matéria, demonstrando irresignação diante da frustração da norma constitucional, no que foram acompanhados pelo Ministro Marco Aurélio.[517]

O entendimento no Supremo Tribunal Federal, porém, continua contrário à matéria.[518] Não obstante, alguns julgados têm sido proferidos em outros Tribunais, adotando a

---

[516] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2061-DF. Rel. Min. Ilmar Galvão. J. 25/04/2001. DJ 29/06/2001 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2492-SP. Rel. Min. Ilma Galvão. Tribunal Pleno. J. 19/12/2001. DJ 22/03/2002. Disponíveis em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 out. 08. O primeiro foi interposto contra o Presidente da República e o segundo contra o Governador do Estado de São Paulo.

[517] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 537.473-SP. Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 22/05/2007. DJ 11/10/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 out. 08.

[518] Em ambas as Turmas: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2061-DF. Rel. Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno. J. 25/04/2001. DJ 29/06/2001 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2492-SP. Rel. Min. Ilma Galvão. Tribunal Pleno. J. 19/12/2001. DJ 22/03/2002. Disponíveis em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 out. 08. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 500.811-SP. Rel. Min. Cármem Lúcia. J. 26/04/2007. DJ 18/05/2007 e Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 509.795-SP. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. J. 06/03/2007. DJ 08/06/2007. Disponíveis em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 out. 08.

tese indenizatória em face da inefetividade do direito consagrado constitucionalmente, como se vê a seguir:

> Atualmente as experiências têm exigido um grande repensar sobre o ordenamento, a sua formação, estrutura e hierarquia. A Constituição Federal de 1988, concebida com base em novos valores sociais, foi editada como a carta "cidadã", justamente por prestigiar os direitos do cidadão que são algo mais extensos ou mais abrangentes do que os direitos individuais. A "socialidade" de que nos fala o prof. Reali Júnior é a tônica da nova ordem.
> A questão dos efeitos das normas constitucionais, que é a questão central do presente feito, veio cercada de novos estudos que, paulatinamente, têm reconhecido uma expansão do campo eficacial das normas constitucionais, vencendo antigas resistências e conquistando novos espaços. Um dos mais notáveis constitucionalistas modernos, o prof. J. J. Gomes Canotilho, em seu "Direito Constitucional", reconhece efeitos impositivos até mesmo para as normas programáticas, por ele tratadas como "normas-tarefa". Destaca o mestre que essas normas "deixaram de ser ***simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros,*** juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade". Acrescenta que "às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucional idêntico ao dos restantes preceitos da constituição" possuindo uma "eficácia vinculativa".[519]

Assim, conclui o Acórdão que:

> Portanto, os servidores possuem um direito certo, e não apenas uma expectativa de direito, e a inércia do Governo Estadual em dar iniciativa à LEI específica, prevendo o índice correcional, bem como a época do reajuste anual obrigatório, tipifica descumprimento de obrigação constitucional, conferindo aos servidores, na forma do pedido, o direito a uma indenização reparatória.[520]

Em outro julgado, consignou-se na mesma Corte que:

> A inércia do Estado de São Paulo no cumprimento da norma constitucional já foi reconhecida pelo Colendo STF (ADIN n° 2.492-2) e a mora legislativa comunicada ao Governador do Estado, o que é bastante para caracterização da culpa por omissão que faz surgir a obrigação de indenizar. Ademais, a lei de responsabilidade fiscal não pode ser invocada como justificativa para descumprimento desse dever.
> Não se trata aqui, por óbvio, de substituir a inatividade do órgão legislativo omisso, assumindo o Judiciário a prerrogativa de expedir provimentos normativos com alcance para todo o funcionalismo, pois tal postura caracterizaria flagrante violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

---

[519] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 12ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 370.069-5/7-00. Rel. Des. Venício Salles. Maioria. J. 20/08/2008. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 29 out. 08 (grifos no original).

[520] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 12ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 370.069-5/7-00. Rel. Des. Venício Salles. Maioria. J. 20/08/2008. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 29 out. 08.

> Trata-se, isso sim, de reconhecer em relação aos autores a omissão do Estado como fundamento da culpa e da própria obrigação de indenizar.[521]

Há que se consignar, porém, o entendimento também vigente e ainda dominante do Tribunal de Justiça de São Paulo de que, muito embora o constituinte tenha assegurado o direito à revisão anual de remuneração aos servidores, trata-se de norma de eficácia limitada, que não pode ser suprida por meio de indenização concedida pelo Judiciário.[522]

Assim sendo, a questão merece maior aprofundamento. Há que se refletir seriamente se o Estado, que constitucionalmente se responsabilizou – e de forma objetiva – pelos danos que seus agentes venham a causar a terceiros (art. 37, § 6º, da Constituição Federal), não teria obrigação de reparar prejuízo decorrente de omissão em se implementar direitos assegurados constitucionalmente.

O inciso X do art. 37 é um exemplo típico, vez que o Constituinte fez inclusive uso do verbo "assegurar", deixando claro o direito ao reajuste anual, que não é nem um aumento real de vencimentos, mas uma reposição da corrosão inflacionária. Aliás, no mesmo artigo no texto constitucional está assegurada a irredutibilidade de vencimentos (art. 37, inciso XV). Ora, não haveria um dano àquele que adentrou ao serviço público na expectativa de uma remuneração determinada? Não haveria um dano pela decomposição do poder aquisitivo de tal remuneração? Por outro lado, o Estado não estaria se beneficiando dessa omissão? Não estaria ele também se beneficiando da ausência de sanção para sua inércia?

As respostas são positivas. Se ao cidadão foi garantido determinado direito em face do Estado e este, ao se omitir em fornecer os meios para fazer cumprir esse direito lhe causa um dano, deve ser chamado a indenizar.

Portanto, a reparação civil abre-se como mais uma via em face da inefetividade dos direitos constitucionais em decorrência da omissão normativa, podendo

---

[521] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 9ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 590.199-5/4-00. Rel. Des. Décio de Moura Notarangeli. J. 08/11/2006. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 29 out. 08.

[522] Nesse sentido, por exemplo: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 784.871.5/0-00. Rel. Des. Regina Capistrano. J. 07/10/2008. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 29 out. 08. EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO - REMUNERAÇÃO ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE ACORDO COM A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 19/98 ─ REVISÃO GERAL ANUAL ─ PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO EM RAZÃO DE OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO ─ INVIABILIDADE DA CONCESSÃO DA INDENIZAÇÃO ─ REGRA DE EFICÁCIA LIMITADA ─ LEIS QUE REGULAMENTAM, A REVISÃO EDITADAS APÓS A DATA BASE ─ IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA QUESTÃO PELO PODER JUDICIÁRIO ─ VIGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES ─ INEXISTÊNCIA DE DANO A SER REPARADO PELO ESTADO -INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 37, X, DA CF.

ser utilizada, se verificada no caso concreto a presença dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado.

Tal questão há tempos tem sido bastante discutida em Portugal, a partir do art. 22 da Constituição Portuguesa de 1976 [523]. Segundo o entendimento que sempre foi defendido por grandes juristas daquele país, tal norma, ao prescrever que o Estado tem responsabilidade civil pelas ações e omissões praticadas no exercício de suas funções das quais resulte violação de direitos e garantia ou prejuízo a terceiros, consagrou a responsabilidade civil do Estado por atos de quaisquer de suas funções, incluindo, pois, a Legislativa.[524]

Canotilho e Vital Moreira, comentando esse dispositivo, ressaltam que ele não explicita quais as funções cujo exercício por titulares de órgãos, funcionários ou agentes do Estado, pode dar origem ao desencadeamento da responsabilidade civil. Ora, o enunciado lingüístico fala em "titulares de órgãos, funcionários ou agentes", de modo que não há fundamento para não se aplicar a responsabilidade do Estado às ações ou omissões normativas ilícitas, "desde que seja possível recortar no exercício destas funções os pressupostos de culpa, ilicitude e nexo de causalidade". [525]

Além disso, segundo estes autores, tal conclusão "sempre decorreria dos princípios do Estado de direito", pois quem edita normas "exerce uma função e tem o dever jurídico-funcional e jurídico-constitucional de observar as vinculações jurídicas próprias de um Estado de direito". Assim, externam o entendimento de que "no caso de prejuízos causados directamente por uma norma julgada inconstitucional (ou pelo não exercício de um obrigação normativa) o Estado fica constituído no dever de indemnizar, cabendo à lei geral sobre responsabilidade do Estado a definição dos pressupostos desse dever".[526]

Também a jurisprudência portuguesa tem se posicionado nesse mesmo sentido, como se infere do seguinte julgado do Supremo Tribunal de Justiça:

---

[523] Artigo 22.º (Responsabilidade das entidades públicas). O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, cit., p. 423.

[524] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 293.

[525] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, cit., p. 430.

[526] *Ibid.*, p. 430.

> I - O art.º 22 C.R.P. visa a **responsabilidade** do Estado por danos resultantes do exercício das funções política, **legislativa**, administrativa e jurisdicional.
>
> II - Abrange quer a **responsabilidade** por actos ilícitos, quer por lícitos, quer pelo risco.
>
> III - E é directamente aplicável, embora os requisitos do dano e da medida de indemnização devam estabelecer-se através de lei concretizadora (D.L. 48.051 de 21/11/67). [527]

Essas conclusões são inteiramente aplicáveis ao direito brasileiro. A Constituição da República Federativa do Brasil preceitua em seu art. 37, parágrafo 6º, que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". Esse dispositivo traz os elementos essenciais da responsabilidade civil do Estado, diferenciando-a da responsabilidade privada.

A responsabilidade civil pode estar assentada na culpa ou no risco. Enquanto que no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil privada está assentada fundamentalmente no princípio da **culpa** (responsabilidade subjetiva, por exigência do art. 186 do Código Civil de 2002), a responsabilidade do Estado, em posição oposta, está fundada no **risco**, conforme o art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Desse modo, para sua caracterização basta a existência do nexo de causalidade entre uma ação ou omissão estatal e o resultado danoso. Disso decorre, sem dúvida, a diferença mais importante entre a responsabilidade privada e pública: enquanto aquela é eminentemente **subjetiva**, esta é **objetiva**.

Jorge Pereira da Silva também analisa a relação de interdependência entre o que, como já citado, ele chama de "proteção primária", a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, e a "proteção secundária", a ação de responsabilidade civil por omissão ilícita do legislador. O problema enfrentado é da dependência ou não entre elas.

Para tal problema – afirma – são admissíveis três soluções: "a consumpção, a subsidiariedade e a autonomia".[528] A solução da consumpção dispensaria, consumiria ou eliminaria a responsabilidade civil, pois parte do pressuposto de que a fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão asseguraria de forma efetiva e eficiente os direitos

---

[527] PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 06A017 (Revista). Rel. Fernandes Magalhães. J. 07/03/2006. Unanimidade. Disponível em: <http://www.stj.pt>. Acesso em: 23 jul. 2009 (grifos no original).

[528] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p.335.

dos particulares.[529] Porém, assim como no direito brasileiro, no português tal suposição não é verdadeira, sendo comum, a ambos os ordenamentos, a falta de remédio para "por cobro a determinadas omissões legislativas mais rebeldes". [530]

Já a subsidiariedade parte do pressuposto de que a decisão de inconstitucionalidade não é suficiente para eliminar todos os efeitos negativos da ausência da norma, mas coloca como pressuposto da responsabilidade civil a existência de uma decisão prévia sobre a inconstitucionalidade por omissão. Ocorre, todavia, que tal posição pode importar em uma injustificável limitação ao direito à indenização, vez que também no direito português os cidadãos não têm legitimidade ativa irrestrita para desencadear a fiscalização da constitucionalidade. Daí porque conclui Jorge Pereira da Silva que a subsidiariedade é "constitucionalmente admissível, mas tão-somente quando aplicável à relação entre a fiscalização concreta das omissões inconstitucionais e a ação de responsabilidade por inércia legislativa ilícita".[531] E isso porque, nestes casos, a questão da inconstitucionalidade por omissão pode surgir como prejudicial num pedido principal de condenação do Estado a reparar os danos decorrentes dessa omissão.[532]

Feitas tais considerações, a opção do autor é realmente pela autonomia entre as duas modalidades de proteção, considerando independente a ação de indenização do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão.[533]

No direito brasileiro, em face da garantia da inafastabilidade da jurisdição (art 5º, XXXV), que veda restrições ao acesso ao Judiciário, a solução mais adequada seria, num primeiro momento, a da autonomia. Porém, a procedência da pretensão de indenização por omissão normativa não pode prescindir de um juízo prévio acerca da inconstitucionalidade da omissão. Sem prova, no mínimo, da omissão inconstitucional, do dano e do nexo de causalidade entre eles, não há como se reconhecer o dever de indenizar do Estado.

Assim, desde que a exigência de reconhecimento prévio da inconstitucionalidade da omissão não seja pretexto para se impedir a ação de reparação de dano, admitindo-se a suficiência do reconhecimento incidental na própria ação de indenização ou que seja invocada eventual decisão prévia em controle concentrado, que,

---

[529] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 335.
[530] *Ibid.*, p. 336.
[531] *Ibid.*, p. 337-338.
[532] *Ibid.*, p. 340.
[533] *Ibid.*, p.342.

como sabido, tem efeito *erga omnes*, a subsidiariedade parece ser a solução mais adequada para o direito brasileiro.

Na linha da doutrina e da jurisprudência portuguesas antes citadas, foi aprovada em Portugal a Lei 67/2007, de 31 de dezembro, que estabelece o "Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas por danos decorrentes da função administrativa, jurisdicional e legislativa".

A referida lei reserva um capítulo específico à responsabilidade civil pelo exercício da função político-legislativa, na qual consagra tanto a responsabilidade do Estado e das regiões autônomas pelos danos causados por atos que, no exercício de tal função, sejam praticados em desconformidade com a constituição, o direito internacional, o direito comunitário, ou ato legislativo de valor reforçado [534], quanto por atos que resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais:

> Art. 15 [...] 3 - O Estado e as regiões autónomas são também civilmente responsáveis pelos danos anormais que, para os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais.[535]

Porém, a responsabilidade civil, nesses casos, depende de prévia manifestação do Tribunal Constitucional acerca da inconstitucionalidade por omissão:

> Art. 15 [...] 5 - A constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional.[536]

O juízo acerca da inconstitucionalidade por omissão ficou a cargo do Tribunal Constitucional, na medida em que a verificação da responsabilidade do Estado exige prévia manifestação deste, não podendo o juiz da causa, em controle incidente, declarar a omissão inconstitucional. Adotou-se, pois, a corrente subsidiária.

---

[534] CAPÍTULO IV. Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa. Artigo 15.º Responsabilidade no exercício da função político-legislativa. 1 - O Estado e as regiões autónomas são civilmente responsáveis pelos danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por actos que, no exercício da função político-legislativa, pratiquem, em desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou acto legislativo de valor reforçado. PORTUGAL. Ministério Público. Procuradoria Geral-Distrital de Lisboa. Lei 67 de 31 de dezembro de 2007. Aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt>. Acesso em: 22 jul. 2009.

[535] PORTUGAL. Ministério Público. Procuradoria Geral-Distrital de Lisboa. Lei 67 de 31 de dezembro de 2007. Aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt>. Acesso em: 22 jul. 2009.

[536] PORTUGAL. Ministério Público. Procuradoria Geral-Distrital de Lisboa. Lei 67 de 31 de dezembro de 2007. Aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt>. Acesso em 22 jul. 2009. Presente na íntegra no ANEXO B.

Note-se que a lei não faz depender a responsabilidade por danos causados pelas normas à prévia declaração de inconstitucionalidade destas pela Corte Constitucional, mas o faz com relação aos danos decorrentes das omissões normativas.

Desse modo, o direito português resolveu de uma vez por todas, pela via legal, as dúvidas existentes acerca do dever de reparar do Estado quando este causar danos aos cidadãos pela inércia em tomar as providências legislativas necessárias a tornar exeqüíveis normas constitucionais.

Como observa Luís Cabral de Moncada, ao analisar o projeto que culminou na Lei 67/2007,

> [...] conhecendo-se as dificuldades do TC no controlo da constitucionalidade por omissão, a solução é questionável porque só depois da sentença de inconstitucionalidade por omissão do TC é que o pedido de indemnização poderá proceder, o que se não recomenda do ponto de vista da efectividade da tutela jurisdicional do lesado. Mas a solução parece não poder ser outra, porque apenas o TC tem competência para conhecer da inconstitucionalidade por omissão de normas legislativas. A opção do legislador ao fazer depender de sentença do TC o pedido de indemnização justifica-se, no referido caso, por o TC ter o monopólio da competência para a declaração da inconstitucionalidade por omissão. Não seria curial que os tribunais ordinários pudessem arbitrar uma indemnização por danos a título de responsabilidade com fundamento num tipo de invalidade, a omissão da lei, que precisamente não podem conhecer. [537]

Também no Direito Comunitário europeu a tese da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos – principalmente omissivos – já está bem consolidada, posto ter se tornado freqüente a hipótese de incompatibilidade ou omissão de normas dos Estados-membros em face do Direito Comunitário. O juízo comunitário, no caso *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, de 5 de março de 1996, segundo Maria Luísa Duarte, definiu como "critérios orientadores" que "a responsabilidade do decisor nacional abrange potencialmente todas as violações do Direito comunitário, incluindo as que resultam **de acções e omissões** do poder legislativo"; que independente do regime de responsabilidade extracontratual dos poderes públicos vigente em cada Estado-membro, "recai sobre o Juiz **nacional** a obrigação de assegurar ao particular a reparação dos danos causados por violação do Direito Comunitário"; perante a Comunidade européia, o "Estado cuja responsabilidade foi judicialmente accionada deve ser 'considerado na sua unidade, independentemente da violação que está na origem do prejuízo ser imputável ao poder

---

[537] MONCADA, Luís Cabral de. A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, cit., p. 35.

legislativo, judicial ou executivo'"; a apreciação dos requisitos em concreto para apuração da responsabilidade pertencem ao Juiz nacional.[538]

Assim, afirma a autora que

> "sob uma perspectiva jusinternacionalista, ou sob uma perspectiva especificamente comunitária, certo é que os fins da efectividade e da aplicação uniforme das normas comunitárias impõem a afirmação de um princípio geral de responsabilidade, cuja imperatividade impede a relevância de regimes jurídicos nacionais que excluem ou restringem em medida excessiva a possibilidade de opor um direito de reparação aos órgãos que exercem a função legislativa".[539]

Nessa linha, a Lei portuguesa 67/2007 consagrou explicitamente a responsabilidade do Estado pelo descumprimento da legislação a que o país optou por aderir (legislação comunitária)[540], assim como da lei suprema que foi por ele mesmo instituída (a constituição).

Não há dúvidas de que a solução portuguesa poderia também ser implantada em nosso ordenamento. A lei portuguesa 67/2007, de 31 de dezembro, veio regulamentar a responsabilidade civil do Estado, instituída no art. 22º da Constituição Portuguesa, em substituição ao Decreto-Lei nº 48.051, de 21 de novembro de 1967, anterior à atual Constituição e que com esta não se coadunava totalmente.[541] A regulamentação, em si, não era absolutamente indispensável, uma vez que a doutrina portuguesa afirmava que o art. 22º ao consagrar "direito fundamental à reparação dos danos causados ilícita e culposamente pelo Estado ou demais entidades públicas, constitui – por imperativo constitucional (artigos 17º e 18º, nº1, da Constituição) uma **norma diretamente aplicável**" e isso, não apelas "*contra legem*, mas também *na ausência de lei*".[542] Mas, se a intervenção do legislador não era, a rigor, necessária, poderia revelar-se conveniente, na medida em que viria densificar os pressupostos da obrigação de indenizar.[543] Com razão Luis Cabral de Moncada ao dizer, "se bem que a falta de um regime legal para a cobertura dos danos

---

[538] DUARTE, Maria Luísa. O artigo 22º da Constituição Portuguesa e a necessária concretização dos pressupostos da responsabilidade extracontratual do Legislador: ecos da jurisprudência comunitária recente. **Legislação:** cadernos e ciência e legislação, Lisboa, Instituto Nacional de Administração, n. 17, p. 5-39, out./dez. 1996, p. 7-8 (grifos da autora).
[539] *Ibid*., p. 11-12.
[540] Como diz Maria Luísa Duarte, "por força deste acto de vontade soberana, os Estados-membros limitaram o âmbito material de incidência da função legislativa interna e assumiram a obrigação de aplicar e respeitar normas de Direito Comunitário na plenitude dos seus efeitos". DUARTE, Maria Luísa. O artigo 22º da Constituição Portuguesa , cit., p. 12.
[541] MESQUITA, Maria José Rangel de. **O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da União Européia.** Coimbra: Almedina, 1999, p. 9.
[542] MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005, t. I, p. 213.
[543] *Ibid*., p. 213.

resultantes do exercício das funções legislativa e política pudesse ser suprida através de uma aplicação directa da CRP, a consagração expressa em lei ordinária daquele regime tem enormes vantagens clarificadoras".[544] Por isso o governo português assumiu o propósito de elaborar uma lei de responsabilidade civil extracontratual que contemplasse a responsabilidade por danos resultantes do exercício da atividade administrativa, jurisdicional e administrativa.

O sentido geral do art. 22º da Constituição de Portugal é consagrar o princípio da responsabilidade dos poderes púbicos, concretizador do Estado de Direito, superando definitivamente os regimes que previam a irresponsabilidade do poder público.[545] Esse artigo também "consagra a responsabilidade do Estado por actos ou omissões praticados no exercício de funções e por causa desse exercício, sem exigir expressamente **carácter ilícito e culposo do comportamento** dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes", bem como a extensão da responsabilidade do Estado **"à responsabilidade por risco".**[546]

Ora, como se pode notar, em termos gerais, o arts. 37, § 6º da Constituição do Brasil e 22º da Constituição de Portugal, em muito pouco diferem, estabelecendo princípio e bases semelhantes para a responsabilidade civil do Estado. Além disso, nenhum dos dois contém referência expressa à responsabilidade apenas da Administração, excluindo os demais poderes.

Assim sendo, não se vê no direito brasileiro, assim como não se viu no direito português, impedimento para imposição, inclusive através de lei, da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos, compreendendo os atos omissivos que importe em lesão a direitos individuais. Tudo quanto se debateu na doutrina portuguesa e que culminou na Lei 67/2007, aplica-se também ao direito brasileiro.

Além do mais, a evolução da responsabilidade civil no Brasil tem sido direcionada no sentido de se ampliar a reparação à vítima, conforme aponta José Luiz Gavião de Almeida:

> A necessidade de restauração dos direitos violados é hoje indiscutível. Mas a forma como isso vinha ocorrendo não estava contentando, quer os lesados, quer os juristas. Toda a nova construção da responsabilidade civil, por isso, em toda sua estrutura, veio informada por uma só diretriz, qual seja, a de propiciar sempre a reparação da vítima. E isso se fez,

---

[544] MONCADA, Luís Cabral de. A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, cit., p. 12

[545] CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, cit., p. 426.

[546] *Ibid.*, p. 436-437 (grifos dos autores).

> como se viu, de diversas maneiras. Inverteu-se o ônus da prova em benefício da vítima. Criou-se a responsabilidade que independia de ofensa ao direito. Adotou-se a responsabilidade que dispensava prática de ilícito. Aumentou-se o rol daqueles que poderiam vir a responder. Abandonou-se a idéia de culpa em muitos casos e em outros até o nexo de causaidade entre o ato do responsável e o dano que a vítima sofreu. [547]

Por fim, mesmo que adotássemos o mesmo modelo da subsidiariedade, que é, sem dúvida, um passo menor do que a plena autonomia, na qual haveria a declaração incidente da omissão inconstitucional na própria ação de reparação (que como já explicitado, julga-se a solução ideal), já seria um avanço, pois atribuir-se-ia uma maior efetividade à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que se não tem o condão de provocar com eficiência a atuação do legislativo, poderia propiciar o pressuposto para as reparações civis e, indiretamente, também pressionar, com isso, o órgão legislativo a atuar.

---

[547] ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. *In:* _____. (Org.) **Temas atuais de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 63.

5 A INICIATIVA POPULAR

Nos capítulos anteriores, foi analisada a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, bem como o papel do Poder Judiciário na questão da omissão constitucional e os meios jurisdicionais possíveis e disponíveis para a busca da efetividade das normas constitucionais.

Todavia, não se pode deixar de lado uma outra via contra a falta de efetividade dos direitos constitucionais em razão das omissões normativas: a iniciativa popular.

De fato, como se não bastassem os caminhos naturais ínsitos ao Estado Democrático, que podem ser efetivos na concretização dos direitos assegurados constitucionalmente, como o debate político, a reivindicação popular, o controle dos representantes mediante o voto, a livre associação para se atingir determinados objetivos, a liberdade de expressão, de imprensa, etc., a Constituição de 1988 abriu, expressamente, a prerrogativa aos cidadãos de participar diretamente do processo de elaboração das normas, mediante a iniciativa popular, prevista no art. 14, inciso III.[548]

É importante que não se restrinja o debate da efetividade das normas constitucionais diante das omissões normativas ao campo judicial. Para Canotilho, a "compreensão material de toda a constituição dirigente [...] e o caráter de 'impulso e incentivo' atribuído ao bloco normativo-programático obriga, porém, a deslocar a questão do campo das garantias tão-somente jurídicas [...] para o terreno das garantias democráticas". E acrescenta o autor: "o problema do silêncio legislativo conduz, em

---

[548] Tal artigo foi regulamentado pela Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998, que em seu art. 13 diz: Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. § 1º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto. § 2º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação. BRASIL. Presidência da República. Lei 9.709 de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 nov.2008.

primeiro lugar, à luta pela *participação* e pela reclamação de instrumentos de *democracia directa*". Um exemplo seria justamente a iniciativa legislativa popular.[549]

Também como observa Barroso,

> É igualmente relevante para a efetividade das normas constitucionais a conscientização e a atuação construtiva da sociedade civil. Esta participação pode se dar por via *não-institucional*, como, *e.g.*, através de formas legítimas de pressão política; por via *institucional*, pela utilização de mecanismos como a iniciativa popular do processo legislativo, o plebiscito e o referendo; e por via *judicial*, com a tutela coletiva de interesses pelas associações, entidades de classe e sindicatos. [550]

A iniciativa popular completa uma importante via para a efetividade dos direitos constitucionais, possibilitando aos cidadãos tomarem para si a iniciativa das leis quando as autoridades competentes permanecerem inertes. Não se pode esquecer que, conforme bem pondera Canotilho, "o sentido dinâmico-programático" do bloco constitucional dirigente é mais o da construção de uma 'nova ordem' do que o da manutenção do *status quo*.". E isso ─ acrescenta ─ "é tarefa do legislador, das forças políticas, dos cidadãos".[551]

A soberania popular, princípio maior da democracia, está definida no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, segundo o qual "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Seu exercício se dá por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14 da Constituição Federal).

A iniciativa popular é exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei que esteja subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles (art. 61, § 2, da Constituição Federal). Ela também pode ser exercida no processo legislativo estadual, nos termos de lei da entidade federativa que disponha sobre o tema (art. 27, § 4º, da Constituição Federal), bem como no processo legislativo municipal, para o qual a Constituição fixou a exigência de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado (art. 29, XIII, da Constituição Federal).

---

[549] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, cit., p. 348.
[550] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira, cit., p. 276-277.
[551] CANOTIHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, cit., p.349.

O art. 14 da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei Federal nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, que determina que a iniciativa popular seja feita na forma de projeto de lei, a ser apresentado na Câmara dos Deputados. A lei estabelece, portanto, que a iniciativa seja *formulada*, isso é, deva ser consubstanciada em um projeto (ao contrário na iniciativa *não formulada* que se limita a uma mera petição para que o Legislativo tome as medidas necessárias[552]). Apesar disso, dispõe a lei que o projeto não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação. Se o projeto cumprir os requisitos legais, terá seguimento conforme o Regimento Interno da Câmara.

Iniciativa "é o ato por que se propõe a adoção de direito novo". [553] É uma declaração de vontade, que deve ser formulada por escrito e articulada e se manifesta pelo depósito do projeto em mãos da autoridade competente. Não é propriamente uma fase no processo legislativo, mas o ato que o desencadeia. [554] A iniciativa popular consiste na outorga ao povo do poder de participar do processo legislativo.[555]

A iniciativa pode ser comum ou concorrente se a proposição puder ser apresentada por qualquer membro do Congresso Nacional ou comissão de quaisquer das Casas, bem como pelo Presidente da República e pelo povo. Será reservada ou privativa a iniciativa de lei atribuída somente à determinada autoridade ou órgão.[556]

Não obstante, há que se constatar que no direito brasileiro ninguém possui realmente iniciativa geral, a designação vale na medida em que significa que a iniciativa não está adstrita a matérias determinadas, vez que os titulares de iniciativa reservada, exceto o Presidente da República, apenas possuem iniciativa para as matérias que lhes foram reservadas.[557]

Diversos países adotam a iniciativa popular. É o caso, por exemplo, da Suíça, que a admite, em nível federal em matéria constitucional, tanto para adição de um novo artigo, quanto para revogação ou alteração de uma disposição constitucional,

---

[552] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 144.
[553] *Ibid.*, p. 206.
[554] *Ibid.*, p. 206.
[555] SILVA, José Afonso da. O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 73, ano XXII, p. 94-108, nov. 2003, p. 99.
[556] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 828.
[557] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, cit., p. 207.

mediante petição assinada por 100.000 pessoas com direito de votar[558] (o que não é admitido na Constituição brasileira). Nos Cantões, a iniciativa popular é admitida em qualquer matéria. [559] Diversos Estados dos Estados Unidos também admitem a iniciativa popular.[560] Na Itália, permite-se que 50.000 eleitores aptos a votar nas eleições para a Câmara dos Deputados apresentem à consideração do Parlamento projeto de lei, já estruturado em artigos.[561] Por fim, a Constituição austríaca determina que o governo submeta ao Parlamento toda iniciativa subscrita por pelo menos 200.000 eleitores ou pela metade do eleitorado de três províncias. Trata-se, pois, de uma iniciativa indireta, vez que é o governo que apresenta o projeto. [562]

Ora, conforme assente no texto constitucional, todo poder emana do povo, que pode, inclusive, exercê-lo diretamente. Obviamente isso só ocorre nos casos previstos na Constituição, dentre eles a iniciativa popular, instrumento da democracia semidireta, "que é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, dando origem ao que se chama de democracia participativa".[563] Assim, quando os representantes do povo permanecem inertes, deixando de produzir as normas necessárias à plena eficácia dos dispositivos constitucionais, surge a prerrogativa do povo de exercer diretamente essa soberania. Desse modo, a iniciativa popular também é uma forma de suprimento das omissões normativas e de efetividade constitucional.

Ocorre, porém, que a iniciativa é um ato coletivo, pois deve ser subscrita por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.[564] De acordo com esses critérios e com os atuais dados do eleitorado brasileiro, segundo estatísticas do Tribunal Superior Eleitoral, seriam necessárias 1.316.951 assinaturas, sem contar os critérios de distribuição dentro do território nacional, vez que o Brasil contava

---

[558] PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador**, cit., p. 202.
[559] SILVA, José Afonso da. O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa, cit., p. 100.
[560] *Ibid.*, p. 100.
[561] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, cit., 144. De acordo com o art. 58 da Constituição Italiana, somente os maiores de 25 anos podem votar para o Senado, enquanto os maiores de idade podem votar para a Câmara dos Deputados.
[562] *Ibid.*,p. 145.
[563] SILVA, José Afonso da. O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa, cit., p. 96.
[564] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, cit., p. 207.

com 131.695.030 eleitores em outubro de 2009.[565] Daí por que alguns autores chegam a dizer que a iniciativa popular é um "instituto decorativo". [566]

De fato pouquíssimas leis são frutos de iniciativa popular, podendo-se citar raros casos como a Lei 8.930/94, que alterou a lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) para incluir nesse rol o homicídio qualificado, e a Lei 9.840/99, que alterou as Leis 9.504/97 e 4.737/65 (Código Eleitoral) para permitir a cassação do registro do candidato ou do diploma caso comprovada a captação ilícita de votos. Atualmente encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar n.º 518, de 2009, que inclui novas hipóteses de inelegibilidade, em especial dos candidatos que tiverem condenação judicial, mesmo em primeira instância, ou denúncia recebida por crimes contra a economia popular, a fé pública, os costumes, a administração pública, o patrimônio público, o meio ambiente, a saúde pública, o mercado financeiro, tráfico de entorpecentes, dentre outros.

Portanto, os critérios impostos pela Constituição, bem como a estatística dos projetos aprovados mediante iniciativa popular, demonstram que, se não chega a ser um instituto meramente figurativo, sua efetividade é muito pequena. Além disso, a iniciativa popular não se exerce nas matérias que têm iniciativa reservada, do que já se exclui sua hipótese de incidência sobre um vasto campo normativo.

Por isso, já se tornaram comuns as propostas de alteração do art. 61, § 2º, da Constituição Federal para flexibilização desses requisitos. A título de exemplo, André Puccinelli Júnior, em dissertação sobre o assunto, propõe emenda constitucional que altere a redação do § 2º do art. 61 da Constituição Federal e lhe acrescente um novo parágrafo, nos seguintes termos:

> § 2º Os projetos de lei de iniciativa popular, subscritos por, no mínimo, cinqüenta mil eleitores, serão apreciados em regime de urgência, nos termos do § 2, do art. 64, sobrestando-se as demais deliberações e o período de recesso parlamentar, depois de escoado o prazo máximo de cem dias, até ser ultimada a votação.
>
> § 3 Nos casos de iniciativa reservada, se os órgãos ou as autoridades competentes não submeterem o projeto de lei ao Congresso Nacional dentro do prazo constitucionalmente previsto ou no decorrer da sessão legislativa anual, os órgãos e agentes indicados no caput deste artigo poderão apresentá-lo, correndo sua apreciação nos termos estabelecidos no parágrafo anterior.[567]

---

[565] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <http://www.tse.jus.br>. Acesso em: 07 dez. 2009.
[566] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, cit., p. 207.
[567] PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador**, cit., p. 207.

Eneida Salgado propõe que o número de assinaturas não seja superior ao quociente eleitoral para a eleição da Câmara dos Deputados, pois se o projeto oriundo da iniciativa popular tem que percorrer o mesmo caminho para aprovação que um projeto apresentado por um parlamentar "não há por que condicionar o apoio ao projeto por um número de eleitores superior ao necessário para a eleição de um deputado federal". Para tanto, o cálculo do quociente eleitoral poderia ser feito considerando-se a média entre o quociente eleitoral de todos os estados ou levando em conta o país todo e dividindo-se o número de votos válidos pelo número de cadeiras na Câmara. Por fim, para afastar a dificuldade de verificação das assinaturas, a autora propõe a adoção de urnas eletrônicas, que ficariam à disposição nos cartórios eleitorais, após solicitação por um conjunto de eleitores ou por uma associação. [568]

Paulo Bonavides defende a introdução no texto constitucional da possibilidade de emenda à Constituição por iniciativa popular, tal qual já foi adotado em diversas Constituições Estaduais, como, por exemplo, de São Paulo, Santa Catarina, Pernambuco, Pará e Bahia.[569]

Em 31 de maio de 2001 foi criada na Câmara dos Deputados a Comissão Permanente de Legislação Participativa – CLP. Segundo definição própria, "trata-se de um fórum por meio do qual a sociedade civil organizada poderá intervir diretamente no sistema de produção das normas e das leis, apresentando sugestões para o aperfeiçoamento da legislação já existente ou para elaboração de novas normas".[570]

De acordo com o art. 32, XII, do Regimento da Câmara dos Deputados, a Comissão de Legislação Participativa pode receber sugestões de iniciativa legislativa apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto Partidos Políticos, além de pareceres técnicos, exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e dos legitimados a apresentar as sugestões de iniciativa legislativa.[571] A idéia foi seguida pelo Senado Federal, bem como por algumas Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, que também criaram suas comissões de legislação participativa.

---

[568] SALGADO, Eneida Desiree. Iniciativa popular de leis: as proposições, o positivado e o possível. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 169, p. 95-100, jan./mar 2006, p. 98-99.

[569] BONAVIDES, Paulo. A primeira emenda à Constituição por iniciativa popular. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 179, p. 53-55, jul./set. 2008, p. 54-55.

[570] BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Legislação Participativa. O menor caminho entre os interesses da população e a Câmara dos Deputados. 3. ed. Brasília: Edições Câmara, 2009.

[571] BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Regimento interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 07 dez. 2009.

Porém, a efetividade de tal comissão obviamente é limitada, uma vez que, nos termos do art. 254 do Regimento da Câmara, as sugestões de iniciativa legislativa que receberem parecer favorável da Comissão de Legislação Participativa serão transformadas em proposição legislativa de sua iniciativa e encaminhadas à Mesa para tramitação. Porém, se a sugestão receber parecer contrário da Comissão, serão arquivadas. Logo, o critério continua a ser dos parlamentares que compõem a referida comissão, de modo que só se transformará em proposição legislativa o que a Comissão entender conveniente, não a população. [572]

A Comissão de Legislação Participativa não deixa de ser uma criação louvável, por levar os interesses da sociedade ao Poder Legislativo, podendo contribuir para a elaboração das leis de interesse da população e para o suprimento de omissões normativas que sejam indicadas à Comissão. Entretanto, não supre a iniciativa popular, nem as deficiências na formulação desta, pois não é um instrumento de democracia direta, deixando ao alvedrio dos parlamentares a emissão ou não de parecer favorável à continuidade do projeto.

Como bem observa Alexandre de Moraes, o Brasil passa por uma crise do sistema representativo, que gera um distanciamento entre representante e representados. O problema central da representação política está na impossibilidade de se aferir a compatibilidade entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar. As causas de tal crise estão no desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, no total desligamento do parlamentar com seu partido político e na ausência de regulamentação da atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento.[573] E, diante desse cenário, o partido político deixa de ser o único ator das decisões governamentais, abrindo espaço para as associações, para os *lobbies*, para os sindicatos e para a imprensa, além de gerar a valorização e maior necessidade de utilização de instrumento de atuação direta do povo nas decisões políticas, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.[574]

Com isso se quer demonstrar que a importância da iniciativa popular prevista na Constituição de 1988, apesar de sua pouca utilização durante todos esse anos, não arrefeceu. Antes, diante das dificuldades enfrentadas pelo sistema representativo no Brasil, tende a ganhar mais importância. No campo das omissões normativas, a iniciativa

---

[572] BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Regimento interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 07 dez. 2009.
[573] MORAES, Alexandre de. Reforma Política do Estado e Democratização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 116-143. jul./set.2000, p. 120-121.
[574] *Ibid.*, p. 123 e 137.

popular é uma forma de transferir aos cidadãos a prerrogativa de suprir a omissão daqueles que detêm o poder e o dever de incitar o processo legislativo e que permanecem inertes. Mas isso, em tese, vez que as dificuldades para sua implementação são muito grandes.

Por outro lado, uma grande diminuição do número de assinaturas necessárias não parece ser o caminho, pois diminuiria a força do projeto. É preciso lembrar que se trata apenas de uma iniciativa, não garantia de aprovação. Se o projeto não for fruto de uma considerável mobilização popular, dificilmente seguirá o tortuoso trâmite dentro do Congresso Nacional até sua aprovação. Não se pode perder de vista que "a participação popular não quebra o monopólio estatal da produção do Direito, mas obriga o Estado a elaborar o seu Direito de forma emparceirada com os particulares" e é justamente através dessa parceria para se "trabalhar o fenômeno jurídico, no plano de sua criação, que se pode entender a locução 'Estado Democrático de Direito'". [575]

Os países europeus citados, embora exijam um número de assinaturas bem menor, têm população muito inferior à brasileira. Já nos Estados Unidos, informa Alexandre Navarro Garcia que:

> Com variações em função do eleitorado de cada Estado, o número de assinaturas necessárias para iniciativa nos Estados Unidos, diferentemente da Suíça, onde o total é único, pode ter como base um valor fixo ou o número de votantes nas últimas eleições na circunscrição. Para apresentação de iniciativas constitucionais, exige-se quatro por cento em North Dakota e quinze por cento em Wyoming. Para legislação ordinária local, North Dakota exige apenas dois por cento. Adepto do mecanismo desde 1914, o Estado registrou, de 1950 a 1970, setenta e cinco ocorrências de textos ordinários. Na Califórnia, são necessários, para alteração legislativa local, cinco por cento do eleitorado que votou nas últimas eleições para governador. Se a mudança for constitucional o quorum é de oito por cento.[576]

E completa o autor que

> Entre 1970 e 1976, cento e quatro iniciativas de mudanças na legislação ordinária foram submetidas ao voto popular na Califórnia, tendo como principais temas as questões governamentais e relativas ao processo político (21%), impostos e questões morais – aborto – (19%), direitos trabalhistas (17%), saúde, habitação e previdência social (14%) e direitos civis (5%). [577]

Em termos percentuais, portanto, os Estados norte-americanos exigem até mais que a Constituição brasileira. Assim, a solução não está apenas na flexibilização dos critérios, mas também no incentivo à criação de instrumentos de organização e

---

[575] BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre "controle social do poder" e "participação popular", cit., p. 87.
[576] GARCIA, Alexandre Navarro. Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 166, p. 9-22, abr./jun. 2005, p. 15.
[577] *Ibid.*, p. 14.

mobilização da sociedade em prol de seus interesses, o que, infelizmente, não é hábito em nosso país, mas que pode ser realizado através das associações e das organizações não governamentais, por exemplo.

É interessante notar que quanto mais forem sendo concretizados os direitos e garantias dos cidadãos, como, por exemplo, o direito à educação, mais a sociedade terá condições de se organizar para reivindicar novos direitos e a efetividade plena dos que já são oferecidos pelo Estado, mas de forma deficiente. Instaurar-se-á, assim, um processo cíclico em que a sociedade poderá pouco-a-pouco evoluir, mesmo que lentamente.

Não que uma flexibilização não seja interessante, ainda mais enquanto a sociedade brasileira não tenha grau de mobilização igual a de outros países em decorrência das inúmeras desigualdades sociais e dos níveis de desenvolvimento social. O número de assinaturas exigido e o critério de distribuição tornam extremamente difícil o atendimento da meta, bem como sua conferência. Assim, é preciso uma diminuição nos percentuais populacionais exigidos no art. 62, § 2º da Constituição, para o que se sugere a alteração para meio por cento do eleitorado nacional, sem critérios de distribuição territorial, já que qualquer deputado pode propor um projeto de lei independentemente de seu Estado. Isso atualmente seria equivalente a 658.476 assinaturas, um meio termo entre uma necessária flexibilização e a manutenção da força conferida pela mobilização da população.

Além disso, nada impediria que algumas entidades de direito privado que representem parte da população ou categoria interessada no projeto de lei tivessem uma espécie de iniciativa extraordinária, quando declarada a inconstitucionalidade por omissão pelo Judiciário e não fosse tomada nenhuma providência pelo Legislativo. Nesta hipótese, poderiam, por exemplo, ter iniciativa as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional, com pertinência temática com o projeto proposto, as quais, se nos termos do art. 103, IX, da Constituição Federal, podem iniciar o processo jurisdicional de controle da inconstitucionalidade por omissão, não apresentam motivos para que, diante da mesma hipótese de omissão, não possam iniciar o processo legislativo para que ela seja suprida.

6 DIREITO COMPARADO

A problemática da correlação entre a efetividade das normas constitucionais e as omissões normativas não é somente brasileira. Na verdade, pode-se dizer que é inerente aos países que adotam constituições que asseguram uma ampla gama de direitos individuais e principalmente sociais, o que, como já visto, gera a necessidade de concretização pelo legislador infraconstitucional.

Assim, é interessante analisar como outros Estados têm enfrentado o problema, não só para fins de comparação, mas como contribuição para a busca de outras soluções.

6.1 Direito português

A Constituição da República Portuguesa de 1976 prevê um amplo sistema de controle de constitucionalidade, que contempla a inconstitucionalidade por ação e por omissão, assim como o controle difuso e concreto. Mas a característica que mais aproxima o direito português do brasileiro é o compartilhamento da previsão expressa do controle da inconstitucionalidade por omissão.

Em Portugal, porém, existe um Tribunal Constitucional, ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (art. 221º da Constituição portuguesa).

O controle difuso está previsto no art. 204º da Constituição da República Portuguesa, que diz que "nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados"[578], e complementado pelo art. 280º, que estabelece os recursos para o Tribunal Constitucional.

No que tange à análise da inconstitucionalidade em abstrato, o texto constitucional português prevê a fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por ação nos

---

[578] PORTUGAL. **Constituição (1976).** Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt>. Acesso em: 20 jul. 2009.

arts. 281º e 282º e da inconstitucionalidade por omissão no art. 283º. Com relação a esta última, o texto constitucional estabelece apenas um sistema de fiscalização abstrata, nada prescrevendo à semelhança do mandado de injunção brasileiro[579] (isto é, sem contar com a tese discordante de Jorge Pereira da Silva, analisada anteriormente, que defende a possibilidade da fiscalização em concreto da inconstitucionalidade por omissão no direito lusitano).

Mas, de qualquer forma, deve-se ao direito português e, em especial, à Constituição portuguesa de 1976, o desenvolvimento do controle da inconstitucionalidade por omissão. Segundo Canotilho, "bem ou mal" os textos constitucionais tendem a incorporar "ordens legiferantes", dirigidas ao legislador, visando densificar a disciplina dos preceitos constitucionais. De tal constatação advém o questionamento acerca de "qual a reação da ordem jurídico-constitucional ao silêncio legislativo". E como aponta o autor, "em termos de direito comparado, a Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição brasileira de 1988 constituem excepções a um dogma correntemente firmado: existe apenas inconstitucionalidade por ação e só esta é susceptível de controlo, pelo menos jurisdicional".[580]

Originalmente, a Constituição portuguesa preceituava, no art. 279º, que "quando a Constituição não estiver a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exeqüíveis as normas Constitucionais, o Conselho da Revolução poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as emitam em tempo razoável." Com tal artigo, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão foi introduzida no direito português, "embora timidamente, como uma possibilidade de o representante da legalidade revolucionária – o então Conselho da Revolução – poder fazer 'recomendações', mais ou menos firmes, aos órgãos legislativos democraticamente legitimados".[581] Nas constituições portuguesas anteriores, essencialmente liberais ou "constituições-limite" ao invés de "constituições-programa", não constava tal instituto. Só com a constituição dirigente, de 1976, fortaleceu-se a idéia de fiscalizar a omissão constitucional.[582]

---

[579] Cf. MEDEIROS, Rui. A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade. *In:* **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 183.
[580] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanação de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas, cit., p. 352.
[581] *Ibid*., p. 355.
[582] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 139-140.

É interessante notar que se tratava de uma fiscalização "duplamente política", pois a competência era exclusiva do Conselho da Revolução que, inicialmente, deveria fazer um juízo sobre a inconstitucionalidade e, num segundo momento, analisar a oportunidade de recomendar ou não aos órgãos legislativos competentes a emissão da norma em um tempo razoável, vez que a norma constitucional dizia que ele assim "poderá" proceder.[583]

O sistema de controle de constitucionalidade português original combinava um controle político-militar e um controle jurisdicional e, dentro deste, um controle difuso e um controle concentrado. Na revisão constitucional de 1982 esse modelo foi alterado para se aproximar mais do europeu, embora sem se alinhar totalmente com este.[584] Atualmente, a Constituição portuguesa prevê o controle concreto e o controle abstrato, nos arts. 277º a 283º.

É importante ressaltar que na revisão de 1982, surgiram propostas para eliminação do instituto da inconstitucionalidade por omissão, inclusive diante da extinção do Conselho da Revolução. Mas, apesar de tais propostas, a figura da inconstitucionalidade por omissão ressurgiu renovada[585], e com a seguinte redação:

> **Artigo 283.º**
>
> **(Inconstitucionalidade por omissão)**
>
> 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.
>
> 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.[586]

O novo artigo propiciou uma jurisdicionalização do controle das omissões inconstitucionais do legislador, pois a atribuiu ao Tribunal Constitucional, enumerou as

---

[583] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 141.

[584] "Sous l´empire de la Constitution du 2 avril 1976, promulguée à la suíte de la "Revolucion des Oeillets", le système portugais de justice constitutionnele combinait um contrôle policito-militaire et um contôle juridictionnel et, o sein de ce dernier, un controle diffus et un contôle concentre. Il a fallu qu´intervienne la révision constitutionnelle de 1982 pour voir lê système se rapprocher du modèle européen, sans pour autant s´aligner totalement sur se modèle. VERDUSSEN, Marc. Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel dans une perspective comparative. *In:* DELPÉRÉE, Francis. **Le recours des particuliers devant de juge constitutionnel**: journée d'études sous la direction de Francis. Paris: Economica, 1991, p. 186.

[585] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas:** contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 142.

[586] PORTUGAL. **Constituição (1976).** Constituição da República Portuguesa, cit.. Acesso em 20 jul. 2009.

autoridades com iniciativa e substituiu a mera "recomendação" não obrigatória por uma comunicação que deve ser necessariamente feita sempre que o Tribunal constatar a inconstitucionalidade.[587]

Diferem-se, porém, os institutos brasileiro e português pela legitimidade ativa mais restrita neste para propor a ação visando a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, atribuída apenas ao Presidente da República, ao Provedor de Justiça ou aos presidentes das Assembléias Legislativas das regiões autônomas, se o fundamento for violação de direitos destas, enquanto que no direito brasileiro podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, além do Presidente da República, das Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados, das Assembléias Legislativas Estaduais e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, dos Governadores, do Procurador Geral da República, o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional (art. 103 da Constituição Federal), inovando, principalmente, nestes três últimos casos, inclusive por atribuir tal legitimidade a pessoas jurídicas não somente de direito público.

Além disso, o art. 103, § 2º, da Constituição brasileira, diz que "declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias", ao passo que o art. 283º, nº 2, da Constituição de Portugal diz que "quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente." [588] Logo, o texto brasileiro deixa claro que também está sujeito à ação o órgão administrativo omisso, inclusive fixando o prazo de trinta dias para adoção das providências necessárias, o que não encontra correspondente no instituto português, que menciona apenas a ciência ao "órgão legislativo competente".

Outrossim, como observou Canotilho, outra diferença fundamental entre os dois textos diz respeito "ao *objecto* da inconstitucionalidade por omissão. No texto português fala-se de 'omissões de *medidas legislativas* necessárias', enquanto no texto brasileiro se alude a 'omissão de *medida* para tornar efectiva norma constitucional".[589]

---

[587] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**, cit., p. 143.
[588] PORTUGAL. **Constituição (1976).** Constituição da República Portuguesa, cit. Acesso em 20 jul. 2009.
[589] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanação de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas, cit., p. 354.

Jorge Pereira da Silva tece fortes críticas ao modelo português, que estaria longe de ser eficaz. As razões, segundo ele, estão, em primeiro lugar, em uma concepção redutora da inconstitucionalidade por omissão presente no art. 283º, identificando-a apenas como o desrespeito do dever de concretização de normas constitucionais, quando há outros deveres específicos de atuação legislativa, sobretudo em matéria de direitos, liberdades e garantias, nas quais confiou-se muito na auto-suficiência das normas constitucionais. Em segundo lugar, o autor coloca a limitação da legitimidade ativa a apenas três entidades, o que teria nascido da vitória, na revisão de 1982, da idéia de que não teria sentido atribuir legitimidade ativa para aqueles que têm poder de iniciativa para propor as leis. E, em terceiro lugar, os reduzidos poderes que detém o Tribunal Constitucional caso constatada a inconstitucionalidade,[590] problema, aliás, que também é enfrentado no direito constitucional brasileiro.

Paralelamente à fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão, os dois ordenamentos conjugam a regra de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. De fato, dispõe a Constituição Portuguesa de 1976, no art. 18, que trata da "força jurídica", em seu n. 1, que "os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas."[591]

Ademais, embora seja evidente que o Constituinte brasileiro inspirou-se no precedente português de quebra do "dogma" da existência apenas da inconstitucionalidade por ação, parece ter ido um pouco mais além, com a criação, também, do mandado de injunção, não previsto na Constituição lusitana.

No campo das omissões relativas, a jurisprudência do Tribunal Constitucional português tem se mostrado bastante fértil em matéria de decisões aditivas, apesar das controvérsias existentes na doutrina portuguesa.[592] O Tribunal Constitucional tem proferido decisões com efeitos aditivos, tanto em controle difuso, quanto em controle abstrato com força geral. O campo do direito à segurança social tem sido terreno fértil para aquela corte.[593] Como exemplo, os Acórdãos do Tribunal Constitucional nº 203/86 e 12/88, tratam da mesma questão, em controle concreto e em controle abstrato, respectivamente. No Acórdão 203/86, julgou-se inconstitucional norma que, ao reger a atualização de

---

[590] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**, cit., p. 143-148.
[591] PORTUGAL. **Constituição (1976).** Constituição da República Portuguesa, cit. Acesso em 22009.
[592] Conforme já exposto no Capitulo 4.
[593] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas,** cit., p. 213.

pensões por acidentes de trabalho, tratava de forma menos favorável os beneficiários de pensões concedidas antes de uma determinada data, ofendendo o princípio da igualdade. Considerando que a diferenciação se dava em virtude de simples razão de data e que o regime menos favorável tinha natureza excepcional, a corte julgou inconstitucional este regime, determinando assim a extensão do regime geral mais favorável. Já no Acórdão n. 12/88, o Tribunal Constitucional tratou da mesma questão, em processo de fiscalização abstrata, declarando a inconstitucionalidade com força obrigatória e geral das normas do regime menos favorável, na medida em que restringiam a aplicação do regime mais favorável, dessa forma desencadeando a expansão do regime que considerou ter natureza geral.[594]

Por fim, a questão da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos, inclusive omissivos, está já bem desenvolvida em Portugal, ao contrário do Brasil. De fato, foi aprovada em Portugal a Lei 67/2007, de 31 de dezembro, que estabelece o "Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas por danos decorrentes da função administrativa, jurisdicional e legislativa".

A referida lei reserva um capítulo específico à responsabilidade civil pelo exercício da função político-legislativa, na qual consagra tanto a responsabilidade do Estado e das regiões autônomas pelos danos causados por atos que, no exercício de tal função, sejam praticados em desconformidade com a constituição, o direito internacional, o direito comunitário, ou ato legislativo de valor reforçado [595], quanto por atos que resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais:

> Art. 15 [...]
>
> 3 - O Estado e as regiões autónomas são também civilmente responsáveis pelos danos anormais que, para os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais.[596]

---

[594] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas,** cit., p. 213.

[595] CAPÍTULO IV. Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa. Artigo 15.º Responsabilidade no exercício da função político-legislativa. 1 - O Estado e as regiões autónomas são civilmente responsáveis pelos danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por actos que, no exercício da função político-legislativa, pratiquem, em desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou acto legislativo de valor reforçado. PORTUGAL. Ministério Público. Procuradoria Geral-Distrital de Lisboa. Lei 67 de 31 de dezembro de 2007. Aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt>. Acesso em: 22 jul. 2009.

[596] PORTUGAL. Ministério Público. Procuradoria Geral-Distrital de Lisboa. Lei 67 de 31 de dezembro de 2007. Aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt>. Acesso em 22 jul. 2009.

Porém, a responsabilidade civil, nesses casos, depende de prévia manifestação do Tribunal Constitucional acerca da inconstitucionalidade por omissão:

> Art. 15 [...]
>
> 5 - A constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional.[597]

A lei portuguesa 67/2007, de 31 de dezembro, veio regulamentar a responsabilidade civil do Estado, instituída no art. 22º da Constituição Portuguesa, em substituição ao Decreto-Lei nº 48.051, de 21 de novembro de 1967, anterior à atual Constituição e que com esta não se coadunava totalmente.[598] A adaptação do regime da responsabilidade pública às exigências da nova constituição era necessária, por exemplo, para estabelecer um regime geral de responsabilidade por atos legislativos e jurisdicionais.[599] A regulamentação, em si, não era absolutamente indispensável, uma vez que a doutrina portuguesa afirmava que o art. 22º ao consagrar "direito fundamental à reparação dos danos causados ilícita e culposamente pelo Estado ou demais entidades públicas, constitui – por imperativo constitucional (artigos 17º e 18º, nº1, da Constituição) uma norma diretamente aplicável" e isso, não apenas "*contra legem*, mas também *na ausência de lei*".[600] Porém, se a intervenção do legislador não era, a rigor, necessária, poderia revelar-se conveniente, na medida em que viria densificar os pressupostos da obrigação de indenizar.[601] Por isso o governo português assumiu o propósito de elaborar uma lei de responsabilidade civil extracontratual que contemplasse a responsabilidade por danos resultantes do exercício da atividade administrativa, jurisdicional e legislativa.

Segundo Maria José Rangel de Mesquita, o regime da responsabilidade do Estado e das regiões autônomas por ações e omissões ilícitas no exercício da função político-legislativa assenta-se:

> Numa identificação das situações de ilicitude (desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou acto legislativo de valor reforçado, por um lado, e omissão de providências legislativas necessárias para tornar exeqüíveis normas constitucionais,

---

[597] PORTUGAL. Ministério Público. Procuradoria Geral-Distrital de Lisboa. Lei 67 de 31 de dezembro de 2007. Aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt>. Acesso em: 22 jul.2009.

[598] MESQUITA, Maria José Rangel de. **O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 9.

[599] *Ibid.*, p. 13.

[600] MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005, t. I, p. 213 (grifos dos autores).

[601] *Ibid.*, p. 213.

> objeto de prévia verificação de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, por outro); no afastamento do conceito civilístico de culpa enquanto pressuposto da obrigação de indemnizar; no caráter *anormal* dos danos causados, enquanto requisito da obrigação de indemnizar; na apreciação casuística da existência e da extensão da responsabilidade de acordo com um conjunto de elementos enunciados de forma não taxativa; e, ainda, na possibilidade de limitação do âmbito da obrigação de indemnizar quando os lesados forem em número elevado e tal se justifique por razões de interesse público de excepcional relevo.[602]

Ilícito denota uma desconformidade com o direito. Logo o que contraria a constituição é ilícito. Já a *anormalidade* do dano "significa, no quadro da Ordem Jurídica nacional, que o dano ultrapassa o risco normal, ou próprio, da vida social"[603], ou que:

> [...] o prejuízo, pela sua gravidade, pela sua importância, pelo seu peso, ultrapasse o caráter de um ônus natural decorrente da vida em sociedade, mesmo no âmbito de um Estado intervencionista, como é o Estado moderno. Aceita-se que o cidadão suporte pequenos constrangimentos, contrapartida natural dos benefícios que recebe, mas já não se aceita que cruze os braços em face de danos anormalmente onerosos provocados pela actuação estadual.[604]

Maria José Rangel de Mesquita critica alguns aspectos da responsabilidade por atos político-legislativos da lei em questão, que, no seu entender, estariam desconformes ao Direito da União Européia, ferindo o princípio da lealdade comunitária e o "princípio do primado, em particular quanto ao seu efeito <bloqueador> de <impedir a formação válida de novos actos legislativos nacionais na medida em que sejam incompatíveis com normas comunitárias".[605] Essa incompatibilidade estaria na omissão de "referência expressa à responsabilidade do Estado por omissão de aprovação de atos legislativos de transposição ─ ou de execução ─ de actos de direito derivado da União Européia" e na exigência de caráter anormal do dano como pressuposto para indenizar.[606] Quanto à primeira desconformidade, não obstante a lacuna apontada, não se pode deixar de entender que o Estado é responsável pela não transposição de uma diretiva comunitária [607]. Já a exigência de dano anormal, não está prevista no direito da União Européia e dificulta excessivamente a efetivação da responsabilidade estadual. Por isso, para Mesquita, "a exigência do carácter anormal do prejuízo não deve ser observada

---

[602] MESQUITA, Maria José Rangel de. **O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da União Européia**, cit., 24-25 (grifos da autora).
[603] *Ibid.,* p. 61.
[604] GARCIA, Antonio Dias. Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas. *In:* QUADROS, Fausto (Coord.). **Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 1995, p. 208.
[605] MESQUITA, Maria José Rangel de. **O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da União Européia**, cit, p. 29.
[606] *Ibid.,* p. 59.
[607] *Ibid.,* p. 60.

enquanto se trate de responsabilidade do Estado por incumprimento imputável à função legislativa", devendo ser aplicada a sanção decorrente do primado, ou seja, a "inaplicabilidade de pleno direito da norma nacional desconforme com o Direito da União Européia".[608]

Assim, o direito português impôs, pela via legal, o dever de reparar do Estado quando este causar danos aos cidadãos decorrentes da inércia em se tomar as providências legislativas necessárias a tornar exeqüíveis normas constitucionais. Note-se, porém, que o juízo acerca da inconstitucionalidade por omissão ficou a cargo do Tribunal Constitucional, na medida em que a verificação da responsabilidade do Estado exige prévia manifestação deste, não podendo o juiz da causa, em controle incidente, declarar a omissão inconstitucional. Mas, se por um lado, a reparação fica vinculada ao pronunciamento do Tribunal Constitucional, por outro, outorga-se outros efeitos à declaração em abstrato da inconstitucionalidade por omissão, além da mera ciência ao órgão legislativo competente, como está previsto no art. 283º, nº 2, da Constituição Portuguesa, aumentando sua eficácia. Desse modo, o direito português parece ter encontrado uma boa solução tanto para o problema da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função político-legislativa, quanto para a ineficácia do controle concentrado por omissão, decorrentes da mera comunicação ao órgão omisso.

Como se não bastasse, há autores, como visto, que criticam a legislação por não prever a indenização por omissão em se transpor diretiva da União Européia para o direito português, assim como limitações do dever de indenizar, tal como a exigência de um dano anormal, o que indica que a tendência portuguesa é de consolidar e ampliar tal responsabilidade, enquanto que no Brasil, como visto, ela excepcionalmente é admitida por nossas cortes.

Não há dúvidas de que a solução encontrada pelo direito português poderia também ser implantada em nosso ordenamento. Primeiro porque enfrentamos o problema da total ineficácia da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de modo que propiciar o direito de reparação após a declaração da mora legislativa inconstitucional, já atribuiria a esta ação alguma efetividade, muito embora não ideal.

---

[608] MESQUITA, Maria José Rangel de. **O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da União Européia**, cit , p. 61.

6.2 Direito alemão

A Lei Fundamental de Bonn não contém expressamente uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como ocorre no Brasil e em Portugal. Porém, segundo Jorge Miranda, na Alemanha (e também na Áustria, Itália e na Espanha), apesar da ausência dessa norma expressa, seus Tribunais Constitucionais têm conseguido chegar a resultados muito semelhantes,

> [...] através de técnicas muito apuradas de interpretação e integração projectadas em sentenças de vários tipos: a partir da apreciação da inconstitucionalidade por acção, fazem verdadeira apreciação da inconstitucionalidade não já por aquilo que prescreve, mas sim por aquilo que não prescreve. [609]

De fato, partindo de uma posição contrária à fiscalização da inconstitucionalidade por omissão e sem meios processuais específicos para tanto (ao contrário de Brasil e Portugal), o Tribunal Constitucional foi progressivamente ultrapassando barreiras e abrindo-se ao controle das omissões legislativas.[610]

Na sentença de 19 de dezembro de 1951, o Tribunal Constitucional Federal alemão foi chamado a decidir um recurso de queixa constitucional em que um cidadão incapacitado para trabalhar e privado de outros meios de subsistência além de uma pequena pensão mensal para manter seus três filhos recorreu ao Tribunal reclamando ao juiz constitucional que se pronunciasse no sentido de que o legislador, ao não assegurar uma mais adequada subsistência, havia violado diferentes direitos fundamentais proclamados na Lei Fundamental. O Tribunal se pronunciou no sentido de que, da sujeição à constituição e particularmente aos direitos fundamentais, poderiam surgir para os órgãos judiciais e administrativos concretas obrigações de atuar, cuja inobservância poderia conduzir a uma autêntica omissão inconstitucional lesiva de direitos fundamentais. Porém, na mesma decisão, o Tribunal, em linha de princípio, excluiu que uma inação do legislador poderia dar lugar a uma omissão inconstitucional.[611]

Mas a partir dos anos de 1958 e 1959, nas decisões de 20 de fevereiro de 1957 e 11 de junho de 1958, ditadas em recursos de queixa constitucional, o Tribunal

---

[609] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. VI, cit., p. 276-277.
[610] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 189.
[611] SEGADO, Francisco Fernández. El control de las omisiones legislativas por el "bundesverfassungsgricht". **Uned: Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 22, p. 93-135, 2008, p. 100.

abandou suas primeiras posições, admitindo de modo inequívoco que a inconstitucionalidade poderia ser proveniente não só da ação, mas também da omissão legislativa. Na segunda sentença referida, de 1958, o Tribunal se pronunciou sobre um recurso de queixa acerca de uma lei federal que tratava da remuneração dos funcionários públicos. A corte se manifestou no sentido de que, apesar de não estar legitimada a fixar os vencimentos dos funcionários, dispunha de elementos suficientes para afirmar que, diante do aumento do custo de vida, os valores estabelecidos pela lei não correspondiam a parâmetros mínimos. Diante disso, o Tribunal não declarou a nulidade na norma, pois isso só agravaria a inconstitucionalidade, mas identificou que a omissão inconstitucional poderia ser decorrente não só do descumprimento absoluto da obrigação de legislar como também da execução defeituosa ou incompleta desse mesmo dever (omissão parcial).[612]

Já na sentença de 29 de janeiro de 1969, o Tribunal Constitucional entenderia que, uma vez transcorrido o prazo razoável para cumprimento do dever de legislar pelo Parlamento, em se tratando de uma norma constitucional bastante precisa, os juízes e tribunais ordinários poderiam aplicar a norma constitucional diretamente.[613]

Assim foi evoluindo a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão até o desenvolvimento de diversas técnicas, aludidas por Jorge Miranda, para fiscalização das omissões legislativas. Essas técnicas são, basicamente, a apelação ao legislador, a declaração de mera inconstitucionalidade ou de inconstitucionalidade sem nulidade e a interpretação conforme a constituição, técnica esta de que também se vale o Tribunal alemão para fazer frente às omissões, possibilitando uma "otimização constitucional" que possibilita uma "construção" em conformidade com a constituição, mediante a analogia, redução ou derivação de premissas normativas constantes da própria constituição.[614]

De fato, no direito alemão há a *verfassungsbeschwerde* que, segundo Flávia Piovesan, "é a ação constitucional a ser utilizada quando o órgão ou autoridade pública, seja por ação ou omissão, violar direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental".[615] Ainda de acordo com a mesma autora,

> Prevê o art. 93 da Lei Fundamental de Bonn que o 'Verfasungsbeschwerde' pode ser ajuizado, perante o Tribunal Constitucional Federal, por qualquer cidadão, sob a alegação de ter sido prejudicado pelo Poder Público nos seus direitos fundamentais. Assim, o

---

[612] SEGADO, Francisco Fernández. El control de las omisiones legislativas por el "bundesverfassungsgricht", cit., p. 102.
[613] *Ibid.*, p. 103.
[614] *Ibid.,* p. 110.
[615] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**, cit., p. 112.

> instituto pode ser ajuizado tanto em face de uma ação, como de uma omissão que importe em afronta a direito fundamental".

E acrescenta que

> [...] na apreciação do 'Verfasungsbeschwerde', a mora legislativa pode ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, competindo a este proferir solução satisfatória ao caso *sub judice*. Neste sentido, o Judiciário tutela o direito violado por omissão do legislador, sem prejuízo de que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais. [616]

O art. 93º, (1), 4a, da Lei Fundamental, tem a seguinte redação:

> Artigo 93º (Tribunal Constitucional Federal, competência)
> (1) Compete ao Tribunal Constitucional Federal apreciar:
> 4a. as queixas constitucionais que podem ser interpostas por toda a gente com a alegação de ter sido lesado, pelo poder público, num dos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos consagrados no nº 4 do art. 20 assim como nos artigos 33º, 38º, 101º, 103º e 104º.[617]

Além da lesão aos direitos fundamentais, o dispositivo em questão outorga proteção ao direito de resistência contra quem tentar subverter a ordem constitucional, quando não houver outro recurso possível (art. 20, nº 4); aos direitos cívicos, em especial o de igualdade e de acesso aos cargos públicos (art. 33º); ao sufrágio universal e outros direitos políticos (art. 38º); à vedação de tribunais de exceção (art. 101º); aos direitos dos réus, como o de ser ouvido e a da irretroatividade das leis penais (103º); e às garantias jurídicas para os casos de privação de liberdade (art. 104º).

Segundo Jorge Pereira da Silva, "é hoje ponto assente que a via processual adequada ao controlo das omissões inconstitucionais do legislador é a queixa constitucional, prevista no art. 93º, §1º, nº4, da Lei Fundamental". De acordo com o autor, apesar do texto desta norma não fazer nenhuma referência às omissões legislativas, verifica-se que ele também não exige um comportamento ativo do legislador, como ocorre nas disposições sobre a inconstitucionalidade em abstrato e sobre o controle normativo concreto incidental. Por isso, afirma que:

> [...] a Lei do Tribunal Constitucional Federal pôde estatuir, no seu § 92º, que 'na motivação da queixa (ou recurso), é necessário indicar o direito cuja violação se alega, assim como a acção ou omissão do órgão ou da autoridade pela qual o requerente se considera lesado', precisando ainda, agora no § 95, nº 1, que 'se a queixa constitucional for admitida, a decisão deve indicar a disposição da Lei Fundamental violada e a acção ou omissão que produziu essa violação'.[618]

---

[616] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**, cit., p. 159-160.
[617] NUNO, Rogério. A lei fundamental da República Federal da Alemanha. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 211.
[618] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 109-110.

A corte, "ao decidir o *verfassungsbeschwerde*, conquanto de modo provisório (*einstweilige Anordnung*), pode estabelecer os critérios a serem adotados pela autoridade ofensora, a fim de que sua atitude ou omissão não mais afronte o texto constitucional."[619] Além disso, "o julgamento da Corte Constitucional ostenta *força vinculante (Bindungswirkung)* para todas as autoridades*".*[620]

É importante acrescentar que:

> [...] a *Beschwerde* constitucional deve ser utilizada, em princípio, só após o esgotamento da instância ordinária (*Ërschöpfung des Reschtswegs*). A juízo do Tribunal Constitucional Federal, porém, quando o impetrante *(Beschwerdeführer)* tiver 'prejuízo grave e irreparável' (*schwerer und unabwendbarer Nachteil*) não há necessidade de utilização prévia dos meios ordinários. [621]

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a jurisprudência constitucional alemã "no tocante às chamadas exigências constitucionais suscetíveis de suprimento" tem reconhecido aos tribunais a faculdade de, "nos casos de omissão, emprestar eficácia plena aos preceitos constitucionais através do processo de concretização *(Konkretisierung)".* [622]

Todavia, ainda segundo Mendes, apenas o dever de legislar não seria suficiente à caracterização da inconstitucionalidade por omissão, razão pela qual há que se distinguir o dever constitucional de legislar suscetível de complementação ou suprimento, da exigência insuprível pela via judicial. Tal distinção, "parece centrar-se na possibilidade de os tribunais através do processo de concretização [...], emprestarem eficácia a preceito constitucional que, expressa ou implicitamente, reclama regulamentação". [623]

Assim completa o autor: "se se pode atribuir razoável eficácia à norma constitucional sem a intervenção do legislador, devem os tribunais aplicá-la, ao fundamento de que o órgão legislativo não honrou o encargo que lhe foi imposto". E interessante é a afirmação de que, "o *Bundesverfassungsgericht* equipara os órgãos jurisdicionais, nesses casos, à categoria de representante do legislador". [624]

Por fim, Gilmar Mendes dá o seguinte exemplo, envolvendo a *verfassungsbeschwerde*:

---

[619] TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 152.
[620] *Ibid.*, p. 152.
[621] MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandados de segurança e de injunção**: estudos de direito-processual constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 382-383.
[622] MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos, cit., p. 56.
[623] *Ibid.*, p. 57.
[624] *Ibid.*, p. 58.

> Ao apreciar um recurso constitucional *(Verfassungsbeschwerde),* no qual se discutia a inconstitucionalidade da legislação do serviço público por ausência de disciplina sobre remuneração, o *Bundesverfassungsgericht* reconheceu que, nos termos do art. 33, par. 5º, da Lei Fundamental (o estatuto legal do serviço público será estabelecido de acordo com os princípios tradicionais do funcionalismo de carreira), afigurava-se imprescindível a regulação da matéria. E tal exigência constitucional não poderia ser suprida pelos tribunais. Daí ter afirmado a inconstitucionalidade sem a conseqüência da nulidade *(Unvereinbarkeit),* até porque a declaração de nulidade produziria um vácuo normativo ainda mais gravoso e ofensivo ao texto constitucional.[625]

Além da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, que é uma decisão de "caráter mandamental, a qual obriga o legislador a suprimir, com a possível presteza, o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão"[626], outra técnica empregada pelo Tribunal Constitucional nas queixas que lhe são apresentadas é o "apelo ao legislador", "decisão na qual se afirma que a situação jurídica em apreço ainda se afigura constitucional, devendo o legislador empreender as medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade" e que tem mostrado eficácia no caso de leis pré-constitucionais incompatíveis com a nova ordem, cuja cassação poderia levar ao caos jurídico, de modo que a corte prefere considerá-las "ainda constitucional" e aplicáveis na fase de transição.[627]

Há quem veja semelhanças entre o *verfassungsbeschwerde* e o mandado de injunção.[628] Entretanto, segundo Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, apesar de alguns pontos de aproximação entre a garantia constitucional alemã e a brasileira, há diferenças que levam a conclusão de que não se tratam de remédios idênticos:

> Em primeiro lugar, a ação alemã presta-se a impugnação de qualquer violação (omissiva, ou, principalmente, comissiva), enquanto o mandado de injunção somente pode ser utilizado quando houver inércia na edição de regulamentação.
> Outra distinção de fundamental importância é o fato de exigir-se, para a utilização da *verfassungsbeschwerde*, o prévio esgotamento da via processual ordinária e a presença de perigo de dano irreparável à vítima da violação, requisitos estes que não estão presentes no mandado de injunção.
> Ademais, o mandado de injunção, atendidos os seus requisitos, presta-se à viabilização do exercício de qualquer direito com assento

---

[625] MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos, cit., p. 60.
[626] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional,** cit., p. 1125.
[627] *Ibid.*, p. 1125.
[628] Nesse sentido, dizendo que o *Verfasungsbeschwerde*, de certo modo, lembra o mandado de injunção, cite-se: MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandados de segurança e de injunção:** estudos de direito-processual constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 382.

> constitucional, enquanto a *verfassungsbeschwerd* presta-se a coibir a violação apenas dos direitos fundamentais e dos direitos incluídos nos artigos 20, seção 4, 33, 38 e 101 a 104 da Lei Fundamental de Bonn.
> Finalmente, há que ser ressaltado que a ação alemã somente é utilizada quando há omissão parcial do legislador, enquanto o mandado de injunção é utilizado sobretudo para impugnar a omissão total. Ademais, no direito alemão, quando se tratar de omissão que demande regulamentação que não pode ser suprida senão pode Poder Legislativo, ou seja, que demande a edição de lei regulamentadora da matéria constitucional, o Tribunal não poderá expedir regulamentação subsidiária. Nesse caso, o Tribunal limitar-se-á a declarar inconstitucional a eventual legislação omissão, sem a sanção de nulidade.[629]

A Lei Fundamental de 1949 também introduziu uma importante regra de aplicação imediata dos direitos fundamentais, em seu art. 1º, que determina que "os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam, como direito directamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judiciário"[630]. Tal norma, segundo Canotilho e Vital Moreira, inspirou a mesma regra prevista no art. 18º da Constituição Portuguesa de 1976[631]. E a consagração de tal princípio nestas Constituições, além da espanhola, como se verá adiante, certamente influenciou a Assembléia Constituinte brasileira a criar o art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988.

Comentando tal dispositivo, Jorge Miranda, entende que o postulado da aplicação direta das normas constitucionais às situações da vida importa em uma "revolução copernicana do Direito público europeu das últimas décadas, ligada à Constituição Alemã de 1949 (art. 1º, nº 3)" e também à Portuguesa de 1976. Ainda conforme o autor português, comentando a doutrina alemã, "na expressão bem conhecida de Herbert Kruger, não são os direitos fundamentais que agora se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais". [632]

No que tange às omissões parciais, a solução do direito alemão difere um pouco da jurisprudência portuguesa, que tem admitido as sentenças aditivas. Embora estas não sejam totalmente descartadas, prefere o Tribunal alemão, perante leis que violam o princípio da igualdade, a mera declaração de incompatibilidade da lei discriminatória (ou "mera verificação da inconstitucionalidade" ou "declaração de incompatibilidade" ou "declaração de incompatibilidade sem sanção de nulidade"), ao invés de invalidação total ou do alargamento da lei. Essa declaração gerará para o legislador a obrigação de aprovar

---

[629] PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 36-37.
[630] NUNO, Rogério. A lei fundamental da República Federal da Alemanha. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 124.
[631] Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, v. 1, cit., p. 382.
[632] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, t. IV, cit., p. 311.

nova legislação compatível com o princípio da igualdade, além de determinar, desde que seja possível, o bloqueio da aplicação de lei até a aprovação de nova regulamentação. [633]

Entretanto, a mera verificação de inconstitucionalidade não é regra absoluta no direito alemão que, em alguns casos, também admite as decisões modificativas. Nos casos em que o legislador não dispõe de uma liberdade de escolha o Tribunal Constitucional Federal alemão aceita a utilização de uma sentença modificativa. É o que acontece, informa Rui Medeiros, "quando a Constituição impõe uma determinada forma de correcção da desigualdade ou quando, por outras razões, se possa afirmar que o legislador seguiria determinado caminho caso tivesse previsto o juízo de inconstitucionalidade". Porém, completa o autor, "não sendo evidente aquilo que o legislador teria ou deveria ter feito, resta ao Tribunal Constitucional a mera declaração da incompatibilidade da lei".[634]

A criação de meios para se controlar a omissão inconstitucional mesmo sem a expressa previsão constitucional, é exemplo de como superar objeções processuais para propiciar aos cidadãos a efetividade constitucional e é também prova de que a existência de um meio específico não pode ser utilizada como desculpa para a não criação de novos meios, já que não raro se vê na jurisprudência brasileira a alegação de que determinada via de controle não é possível, pois já existe via específica.

6.3 Direito espanhol

A Constituição Espanhola de 1978 também consagra a regra de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais em seu art. 9º. Diz o nº 1 de tal norma que "os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico". Além disso, diz o nº 2 do mesmo artigo que "corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos que integram sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política,

---

[633] MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei, cit., p. 466.
[634] *Ibid.*, p. 467.

econômica, cultural e social". [635] Portanto, tais normas impõem a vinculação geral, dos particulares e dos poderes públicos, à constituição.

É importante destacar que a cláusula do Estado Social, presente no artigo 1.1 e o mandado genérico contido no art. 9.1, importam em ações positivas, tendentes a remover obstáculos. Segundo Rodriguez, os poderes públicos, em razão do art. 9.2, devem buscar os meios para que a realidade se aproxime dos princípios da política social e econômica, previstos na Constituição Espanhola, e promover condições de igualdade real e efetiva.[636]

Entretanto, ao contrário do que ocorre em Portugal e no Brasil, não existe na Constituição espanhola um dispositivo específico para controle das omissões do legislador. Mesmo assim, dessa realidade não tem decorrido a impossibilidade de se fiscalizar a inconstitucionalidade por omissão, mas sim a necessidade de utilizar os instrumentos existentes, como o recurso de inconstitucionalidade (art. 161, nº 1, a), o recurso de amparo (art. 161, nº1, b) e ainda o incidente de inconstitucionalidade (art. 163), para realizar-se esse fim. [637]

Apesar da falta de disposição constitucional ou legal do procedimento para o controle das omissões, o recurso de amparo tem sido muito bem admitido contra omissões que envolvam violação ou descumprimento dos direitos fundamentais. [638] Vale lembrar que tal ação visa, justamente, "amparar" os direitos e liberdades garantidos pela Constituição espanhola [639] , de modo que sua utilização é bem reveladora da conexão entre

---

[635] Tradução nossa do original: 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. RODRIGUEZ, José Manuel Martínez-Pereda et al. **Contitución Española:** com las doctrinas del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo Y Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, los Tratados internacionales suscritos por España y la relación de las leys dictadas en desarrollo de la Constitución. Madri: Editorial Colex, 1997, p. 29.

[636] RODRIGUEZ, José Manuel Martínez-Pereda et al. **Contitución Española….**, cit., p. 30.

[637] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**...., cit., p. 134.

[638] *Ibid.*, p. 136.

[639] Artículo 161. 1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: *a)* Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. *b)* Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca. RODRIGUEZ, José Manuel Martínez-Pereda et al. **Contitución Española**, cit., 620.

a censura das omissões violadoras da Lei Fundamental e a defesa dos direitos dos cidadãos.[640]

O incidente de inconstitucionalidade encontrou dificuldades para ser admitido no controle das omissões, pois a Constituição diz que esse instrumento deve ser interposto contra norma com categoria de lei. [641] Apesar disso, conforme explicita Jorge Pereira da Silva, tem-se entendido que:

> [...] esta limitação pode ser ultrapassada nas omissões relativas, visto que em tais situações, ao contrário do que acontece nas omissões absolutas, existe uma norma potencialmente aplicável ao caso *sub judice*. Neste âmbito, o Tribunal Constitucional tem proferido decisões em que considera inconstitucionais algumas leis "en cuanto excluyen", "en cuanto no prevén" ou "en cuanto no incluyen" certas determinações constitucionalmente obrigatórias.[642]

Com isso, se observa no Tribunal Constitucional espanhol "uma prática interpretativa e integradora que, *pro constitutione*, vem a suprir a omissão legislativa e negar valor jurídico aos seus efeitos".[643]

Assim, a exemplo do que ocorreu na Alemanha, o Tribunal Constitucional espanhol superou a ausência de regulamentação expressa dos meios de controle da inconstitucionalidade por omissão desenvolvendo algumas técnicas para isso. Fazem parte desse rol as "recomendações ao legislador", também chamadas de "demandas", "reclamações" ou "apelações" ao legislador, que partem da necessidade detectada pelo Tribunal de atuação do legislador. Sua eficácia vinculante, porém, não é clara e acabam sendo recebidas algumas vezes como "conselhos" e outras como "ameaças".[644]

Outra técnica empregada pelo Tribunal Constitucional espanhol é a inconstitucionalidade parcial qualitativa, introduzida, geralmente, pela fórmula "enquanto não prevê" ou "enquanto não inclui" e relacionada com a ofensa ao princípio da

---

[640] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit., p. 192.

[641] Eis a redação do art. 163: Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos. RODRIGUEZ, José Manuel Martínez-Pereda et al. **Contitución Española**, cit., 635-636.

[642] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, cit , p. 135-136.

[643] PUENTE, Marcos Gómez. **La inactividad del legislador**: una realidad susceptible de control. Madrid: McGrall Hill, 1997. p. 89-90.

[644] RUIZ, Maria Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales,** Madrid, n. 8, p. 169-194, enero-abril/1991, p. 182.

igualdade.[645] O Tribunal, por essa técnica, declara a inconstitucionalidade da norma limitadamente a parte "enquanto não prevê" ou "enquanto exclui" determinada situação.[646]

Também faz parte das técnicas empregadas as sentenças manipulativas em sua vertente aditiva[647], muito utilizadas pelo Tribunal Constitucional português, conforme visto anteriormente. Na produção de sentenças dessa natureza, o protagonista absoluto é o recurso de amparo, superando inclusive o recurso de inconstitucionalidade.[648]

Por fim, segundo Ahumada Ruiz, a corte espanhola faz uso das sentenças de mera inconstitucionalidade que, diante da impossibilidade de declarar nula uma omissão, tem efeitos meramente declarativos.[649] Essa declaração de inconstitucionalidade sem nulidade, como também é chamada, justifica-se pela não invasão de competências legislativas e vem acompanhada normalmente de uma cobrança ao legislador para que proceda a regulamentação normativa.[650]

Gavara de Cara ressalta que o Tribunal Constitucional também admite o amparo dos direitos fundamentais frente a omissões legislativas, mediante a aplicação direta das normas de direitos fundamentais em casos concretos, quando estas sejam suscetíveis de gerar uma eficácia imediata,[651]o que é igualmente possível e realizável no ordenamento jurídico brasileiro.

---

[645] RUIZ, Maria Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas**,** cit., p. 180.
[646] *Ibid.*, p. 186.
[647] *Ibid.*, p 180.
[648] REVORIO, Francisco Javier Días. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 21, n. 61, p. 81-130, enero/abril 2001, p. 108.
[649] RUIZ, Maria Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, cit, p. 180.
[650] REVORIO, Francisco Javier Días. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo, cit., p. 118.
[651] GAVARA DE CARA, Juan Carlos. El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales. **Uned: Revista de Derecho Político**, Madrid, n. 69, p. 95-130, 2007, p. 100-101.

CONCLUSÕES

Ao tempo da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, já comentava Ruy Barbosa que as constituições não têm o caráter analítico próprio das leis ou das codificações. Antes, são largas sínteses, sumas de princípios gerais, onde, por via de regra, só se encontra o substrato de cada instituição, cabendo, pois, ao legislador, ordinariamente, dar-lhe capacidade real de ação. Do mesmo modo, dizia João Barbalho que faz parte da natureza das constituições trazerem apenas os delineamentos gerais da organização política que instituem, além de seus princípios gerais e discriminação das diferentes funções dos órgãos do governo.

Logo, àquele tempo já estava evidente não só que muitas normas constitucionais necessitam de leis inferiores que as completem e outorguem efetividade, como também estava clara a necessidade de impedir os abusos do Poder Legislativo, inutilizando normas constitucionais, cuja execução negligenciam em prover.

Essa constatação se agravou na medida em que, com as Constituições sociais, surgem as normas programáticas e prescrevem-se metas e políticas públicas para o Estado, destinadas a conformar a ordem econômica e social e impor prestações positivas. No Estado social, os delineamentos exatos, os novos rumos a serem tomados, nem sempre são consenso, nem sempre podem ser realizados de imediato, necessitando do devido planejamento. Enfim, as mudanças não podem ser impostas do dia para noite. Daí as normas programáticas, que são uma realidade que tem que ser admitida. Porém, não é possível deixar que o que foi prescrito fique eternamente no papel. E se os responsáveis pela sua implementação permanecem omissos, cumpre à sociedade reivindicar seus direitos, assim como cumpre ao intérprete buscar, no próprio ordenamento, meios para a efetividade dos direitos que foram consagrados constitucionalmente.

A Constituição de 1988, como Constituição de um Estado Social e Democrático de Direito, não é exceção, contendo inúmeras normas de eficácia limitada e programáticas. A questão crucial sobre estas normas é que elas passaram a ser sinônimo de normas sem eficácia e, pois, sem efetividade, o que se deve à omissão em se produzir as leis que a Constituição Federal impôs como dever aos poderes públicos para sua

concretização. Tal situação, porém, não é compatível com o Estado Democrático de Direito, que pressupõe o pleno exercício dos direitos fundamentais, pois a democratização ínsita a este Estado não diz respeito apenas aos aspectos políticos, mas também aos meios materiais e ao respeito aos direitos humanos, até porque, sem isso, o povo não terá condições de usufruir suas liberdades e de exercer com consciência os direitos políticos ou, no dizer de Häberle, as minorias jamais se transformação em maiorias. Além disso, a efetiva implementação das conquistas consignadas no texto constitucional confere legitimidade ao Estado Democrático de Direito.

Considerando o tempo decorrido desde a promulgação da vigente Constituição Federal, bem como a constatação de que constituições brasileiras anteriores foram substituídas por outras sem que tivessem atingido plena efetividade, justamente em virtude da falta de normas que viessem a integrar seu conteúdo, a correlação da efetividade das normas constitucionais com as omissões normativas coloca-se como uma das problemáticas mais desafiadoras a serem enfrentadas para que se desentrave o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, de maneira que os cidadãos possam realmente usufruir o que lhes foi assegurado. A omissão dos órgãos responsáveis por produzir as normas que venham a integrar e, conseqüentemente, tornar efetivas as normas constitucionais que não possuem plena eficácia, corrompe a vontade do Constituinte e impede a realização do objetivo de se construir, através do papel transformador do direito, um Estado verdadeiramente de direito e democrático.

A omissão normativa inconstitucional é a decorrente do descumprimento do dever constitucional de emanação da norma. Não se trata simplesmente de “não fazer”, mas mais propriamente de não fazer aquilo que foi determinado na constituição. Seu fundamento está na supremacia da constituição, princípio que impõe o respeito à constituição não só pela compatibilidade com seus preceitos, como também dos deveres por ela impostos aos órgãos constituídos. A inconstitucionalidade por omissão não é atribuível somente ao Poder Legislativo, pois não se trata apenas da falta especificamente de lei, mas também de qualquer medida para tornar efetiva norma constitucional. Diante dessa realidade, é preciso se identificar os instrumentos de que pode ser munida a sociedade para combatê-la.

A possibilidade de se fiscalizar a omissão normativa inconstitucional prevista na Constituição brasileira importou na quebra do dogma de que só seria suscetível de controle a inconstitucionalidade por ação, dogma este decorrente de uma idéia de intangibilidade do Poder Legislativo, soberano da conveniência e oportunidade de legislar,

ou de um entendimento ortodoxo e restritivo do principio da separação de poderes. No entanto, embora a possibilidade de fiscalização esteja prevista na própria constituição, a reparação ou suprimento de tal inconstitucionalidade ainda carece de meios eficientes.

Diante disso, é necessário o desenvolvimento de novos instrumentos bem como o aperfeiçoamento daqueles previstos na constituição, justamente para que os direitos nela assegurados não se tornem letra morta ou sejam eternamente relegados à discricionariedade ilimitada do legislativo e das forças políticas. Cuida-se, assim, de analisar os meios por intermédio dos quais se pode exercer o controle da omissão normativa inconstitucional, bem como abrir novos caminhos e construções teóricas que contribuam para uma maior efetividade dos já existentes.

Nesse escopo, primeiramente, é preciso se reconhecer plena eficácia jurídica aos direitos e garantias fundamentais. O princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, previsto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, autoriza a outorgar-se à norma constitucional a maior efetividade possível em cada caso que se colocar diante do intérprete. Diz-se na medida do possível, pois é certo que muitas vezes a norma não conterá, por si só, determinabilidade suficiente para ser aplicada de imediato, ou faltará o necessário planejamento econômico no âmbito de ente público responsável. Porém, mesmo nesses casos, a força da norma prescritiva de direito ou garantia fundamental, em decorrência do preceito do art. 5º, § 1º, deve ser reconhecida, no mínimo, para que dela se extraia comando para que se implementem as condições necessárias para o efetivo gozo do direito, e para evitar a produção de normas ou atos confrontantes ou que direcionem a atividade estatal no sentido oposto ao da segurança do direito previsto na constituição. Assim, tal princípio vincula os Poderes Públicos diretamente aos direitos fundamentais, interferindo, inclusive, na discricionariedade administrativa, de maneira a não só restringir as condutas contrárias aos direitos fundamentais, mas também a pautar os rumos a serem tomados pela Administração, mesmo na ausência de concretização total do preceito que consagre direito fundamental, vez que na maioria dos casos as linhas essenciais já estão traçadas pela constituição, exigindo que a Administração se mova no sentido de implementar e concretizar o que restou imposto pelo Constituinte.

A regra da aplicabilidade imediata não deve ficar restrita aos direitos e garantias individuais e coletivos, pois se refere a todos os direitos fundamentais, não havendo diferenciação na Constituição brasileira entre o regime dos “direitos, liberdades e garantias” e dos “direitos e deveres econômicos, sociais e culturais”.

Não obstante, os direitos sociais enfrentam problemas de subjetivação e de justiciabilidade na medida em que, mais do que meras abstenções, impõem prestações positivas por parte dos Poderes Públicos. Nesse sentido, cada um dos Poderes da República desempenha uma tarefa ao mesmo tempo particular e especial na realização dos direitos sociais. Ao Poder Legislativo cabe elaborar as leis das quais dependa a eficácia dos preceitos constitucionais consagradores de tais direitos. À Administração, cabe aplicar essas leis e, mais do que isso, planejar e implementar as próprias políticas públicas. Já o Judiciário deve conferir justiciabilidade aos direitos sociais, mesmo que disso decorra limitação da discricionariedade administrativa, vez que tais direitos foram fixados na própria constituição como deveres de concretização. Para isso, é importante que os juízes procedam ao sopesamento dos valores envolvidos, inclusive no que toca à existência de recursos orçamentários disponíveis (reserva do possível), mas sempre visando a efetividade dos direitos sociais.

O princípio da aplicabilidade imediata pode ser conjugado com outras ferramentas de grande importância, como a interpretação constitucional, extremamente útil para se extrair a maior efetividade possível das normas constitucionais e que deve partir da premissa de que, em tempos passados, a falta de efetividade de tais normas foi decorrente do não-reconhecimento da real força normativa que lhe emprestara o Poder Constituinte, bem como da falta de vontade política em dar-lhes a maior efetividade possível, o que, nos dias de hoje, não mais pode prevalecer. A regra, agora, é da efetividade, cuja busca deve nortear a interpretação da norma constitucional.

Assim, a atividade jurisdicional se abre como a mais importante via de controle das omissões normativas. A Constituição de 1988, ao assegurar inúmeros direitos individuais e sociais, acabou por exigir a abertura de um canal de reivindicação e, conseqüentemente, uma maior demanda da jurisdição constitucional. Na verdade, isso não é fruto apenas da outorga de direitos materiais pela constituição, mas também da criação de ações constitucionais direcionadas exatamente a identificar e corrigir as omissões inconstitucionais, como é o caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, do mandado de injunção, da ação civil pública, do mandado de segurança, dentre outras.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão situa-se no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, no qual o Poder Judiciário poderá declarar a ocorrência da inconstitucionalidade pela omissão em se produzir medida para tornar efetiva norma constitucional. A grande questão atinente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porém, é a da responsabilidade do

Poder competente, caso não adote as providências pertinentes determinadas no Acórdão. Se for órgão de natureza administrativa, o Judiciário poderá fixar um prazo para cumprimento do que foi determinado na decisão judicial que, se desrespeitado, poderá causar a responsabilidade do agente.

Já quanto ao Legislativo, para o qual não há na Constituição a possibilidade de se assinalar prazo para cumprimento da decisão, a questão se mostra mais delicada, pois cabe a ele a análise da oportunidade e conveniência de legislar, não podendo ser a tanto obrigado pelo Judiciário, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Assim sendo, na realidade, não há previsão de responsabilização do Legislativo, do que decorre a pouca eficácia da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Nesse sentido, apresenta-se como solução possível a proposta de alteração do art. 102, § 3º, da Constituição de 1988, para que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a omissão inconstitucional do Poder Legislativo, possa fixar um prazo, também para este Poder, sanar a omissão inconstitucional. Considerando, ademais, que essa possibilidade, na realidade, não resolveria inteiramente o problema da efetividade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, vez que restaria a questão das conseqüências do não atendimento da determinação do Supremo no prazo estabelecido, a Emenda a ser editada deveria prever a possibilidade do Supremo Tribunal Federal expedir decisão normativa de caráter provisório, disciplinando o dispositivo constitucional até que o órgão responsável suprisse a omissão normativa, utilizando para tanto técnicas como a da aplicação direta do preceito constitucional ou da interpretação conforme. Obviamente isso não seria possível em todo e qualquer caso, como nas hipóteses de reserva legal ou de casos que dependam de complexo debate ou ampla dotação orçamentária.

Dentro ainda do campo do controle jurisdicional das omissões normativas defende-se a possibilidade dos juízes declararem a existência de uma omissão inconstitucional e, mediante a utilização de instrumentos de integração, conceder eficácia ao preceito constitucional no caso *sub judice*, exercendo, com isso, o controle em concreto da omissão normativa. Assim, sempre que a questão da omissão inconstitucional se mostrar como prejudicial ao mérito da demanda, exigindo, caso não suprida, o julgamento de improcedência pela ausência de norma concretizadora, poderá o juiz declarar a inconstitucionalidade por omissão e, como conseqüência, integrar a lacuna daí resultante, conferindo efetividade ao preceito constitucional.

A integração deve ser feita, primeiramente, com a tentativa de aplicação direta da norma constitucional, quando se puder dela extrair densidade suficiente, inclusive mediante auxílio de outras normas constitucionais e, principalmente, dos princípios. Em segundo lugar, quando isso não for possível, caberá ao julgador dar uma solução ao caso concreto com base no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 126 do Código de Processo Civil, mediante o que não se cria direito novo, com efeitos gerais e abstratos, mas apenas se dá uma solução restrita às partes em litígio, inclusive por dever imposto pelo princípio da proibição de denegação de justiça,

As decisões no controle de constitucionalidade também podem – e devem – se pautar pelo princípio do retrocesso social, como já tem ocorrido em outros países. Isso porque, como analisado, são objetivos expressos da República Federativa do Brasil, nos termos do art 3º, da Constituição, a construção de uma sociedade justa, livre e igualitária, a erradicação da pobreza, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais, o que só progressivamente poderá ser atingido, de modo que se deve entender como proibido o retrocesso social e, como conseqüência, inconstitucional toda lei que importe em um aniquilamento ou em um retrocesso das conquistas sociais já atingidas, sem que, para isso, apresente novas medidas alternativas ou compensatórias.

O mandado de injunção, por sua vez, na nova perspectiva delineada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que vem adotando em alguns casos a corrente concretista, em que o Judiciário, presentes os requisitos para a concessão do mandado de injunção, profere decisão constitutiva, dando regulamentação ao caso e proporcionando o exercício do direito, assume o papel de um importante instrumento de efetividade da constituição. Necessária, pois, a consolidação dessa vertente, refutada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal logo após a promulgação da Constituição. Num segundo momento, os esforços deverão ser dirigidos para sua popularização, isto é, a utilização de tal instrumento pelos cidadãos, tal como já ocorre há tempos com o mandado de segurança e a ação popular. Com isso se atingirá o objetivo do Constituinte: munir a sociedade de meios para tornar eficazes os direitos que lhe foram assegurados.

As sentenças aditivas apresentam-se como uma possibilidade para a reparação das omissões e lacunas ofensivas ao princípio da igualdade, as chamadas omissões relativas. As sentenças aditivas julgam a inconstitucionalidade da norma na medida em que ofendam o princípio da igualdade e, ao mesmo temo, reparam a inconstitucionalidade, estendendo o mesmo regime aos que foram preteridos. É uma alternativa que surge como uma interessante técnica de se tratar a omissão parcial pela via

da inconstitucionalidade por ação e que tem sido utilizada com grande efetividade em outros países, como Portugal e Itália, não havendo impedimentos no ordenamento jurídico nacional para o seu desenvolvimento.

Ainda no campo jurisdicional, embora dando apenas seus passos iniciais, a tese da responsabilidade civil do Estado pelos danos decorrentes da omissão inconstitucional abre-se como mais uma via de solução ao problema proposto. Se ao cidadão foi garantido determinado direito em face do Estado e este, ao se omitir em fornecer os meios para fazer cumprir esse direito lhe causa um dano, deve ser chamado a indenizar. É certo que a reparação civil tem o caráter de substituição e que, portanto, o ideal é o gozo do direito em si. Todavia, enquanto isso não for possível, a reparação civil proporciona um mínimo de tutela aos direitos consagrados constitucionalmente e de proteção ao cidadão prejudicado pela inércia dos Poderes Públicos. E isso é possível, pois a Constituição Federal instituiu a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos que este, através de quaisquer de seus órgãos ou Poderes, venha a causar. Assim, a responsabilidade civil do Estado poderá ser invocada sempre que presentes seus pressupostos gerais, isto é, a omissão, o resultado e o nexo de causalidade entre eles, inclusive admitindo-se a suficiência do reconhecimento incidental da omissão inconstitucional na própria ação de indenização ou que seja invocada eventual decisão prévia em controle concentrado, dispensando-se, nesse caso, na ação indenizatória, qualquer juízo acerca da ocorrência ou não da omissão inconstitucional.

Por fim, paralelamente ao exercício da jurisdição, é de suma importância no combate à falta de efetividade das normas constitucionais em decorrência das omissões normativas, a via democrática, que, com este fim, pode ser exercida pela organização da sociedade de modo a reivindicar, fiscalizar e cobrar das autoridades públicas a implementação de seus direitos e, especialmente, pela iniciativa popular. Na primeira hipótese, é interessante notar que quanto mais forem sendo concretizados os direitos e garantias dos cidadãos, como, por exemplo, o direito à educação, mais a sociedade terá condições de se organizar para reivindicar novos direitos e a efetividade plena dos que já são oferecidos pelo Estado, mas de forma deficiente. Instaurar-se-á, assim, um processo cíclico em que a sociedade poderá pouco-a-pouco evoluir, mesmo que lentamente.

A iniciativa popular, por sua vez, é uma forma de transferir aos cidadãos a prerrogativa de suprir a omissão daqueles que detêm o poder e o dever de incitar o processo legislativo, mas que permanecem inertes. Entretanto, a realidade

demonstra que a iniciativa popular tem se mostrado pouco efetiva, por conta das rigorosas exigências previstas para sua utilização. Solução estaria em se abrandar tais exigências, mas não a ponto de eliminar a força imprimida pela mobilização popular. Além disso, nada impediria que algumas entidades de direito privado que representem parte da população ou categoria interessada no projeto de lei tivessem a iniciativa extraordinária do projeto, quando declarada a inconstitucionalidade por omissão pelo Judiciário e não fosse tomada nenhuma providência pelo Legislativo. Nesta hipótese, poderiam, por exemplo, ter tal iniciativa as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional, que, se nos termos do art. 103, IX, da Constituição Federal, podem iniciar o processo jurisdicional de controle da inconstitucionalidade por omissão, não apresentam motivos para que, diante da mesma hipótese de omissão, não possam iniciar o processo legislativo para que ela seja suprida.

De todo o exposto, conclui-se que há meios e alternativas para promover, mesmo que gradualmente, a efetividade das normas constitucionais, o que exige comprometimento da sociedade e dos juristas para a consolidação e desenvolvimento desses meios, contribuindo, assim, para a concretização de um real Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. *In:* _____ (Org.). **Temas atuais de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 57-74

AMARAL, Maria Lucia. Dever de legislar e dever de indemnizar: a propósito do caso "aquaparque do restelo". **Themis**, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Livre de Lisboa, Coimbra, ano I, n. 2, p. 67-98, 2000.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BARBOSA, Ruy. **Commentarios à Constituição Federal Brasileira**: coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933. v. II: arts.16 a 40.

BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Millennium, 2008.

_____. Prefácio. *In:* MARTINELLI, Mário Eduardo. **A deterioração dos direitos de igualdade material no neoliberalismo**. Campinas: Millennium, 2008. p. VII- IX.

_____. A proteção dos direitos pelas políticas públicas. **Revista Mestrado em Direito,** Osasco, ano 7, n.2, p. 27-43, 2007.

_____. Aula proferida no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na disciplina "A Democracia", no 2º semestre de 2007 (informação verbal).

_____. Estado de Direitos Adquiridos. **Revista Jurídica Logos**, São Paulo, n. 3, p. 263-285, 2007.

_____. **As políticas públicas e o Poder Judiciário**. Aula proferida na Escola Paulista de Direito em 4 de agosto de 2007 (informação verbal).

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos**: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____.**Noções sobre controle de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/aulas>. Acesso em: 14 nov. 2008.

_____. **Noções sobre poder constituinte**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br>. Acesso em: 14 nov. 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 327-378.

BARROSO, Luís Roberto.**O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 4.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, n. 197, p. 30-60, jul./set. 1994.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1992.

BONAVIDES, Paulo. A primeira emenda à Constituição por iniciativa popular. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 179, p. 53-55, jul./set. 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Legislação Participativa. **O menor caminho entre os interesses da população e a Câmara dos Deputados.** 3.ed. Brasília: Edições Câmara, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 93, p. 82-88, abr./jun.2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. *In*: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça:** a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989. p. 111- 20.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos sociais e culturais. *In*: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais.** 1.ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 35-68.

_____. "Metodologia *fuzzy"* e "camaleões normativos" na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1.ed. brasileira, 2.ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 97-113.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____.**Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanação de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 351-367.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 1.ed. brasileira, 4.ed. portuguesa rev. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I: arts. 1º a 107º.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição federal brazileira**: comentários. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia., 1924.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir, 1976.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, ano 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

_____. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le disposizione di principio**. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1952.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense: 1994. v. I.

DIAZ, Elias. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madri: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1975.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **As lacunas no direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DUARTE, Maria Luísa. O artigo 22º da Constituição Portuguesa e a necessária concretização dos pressupostos da responsabilidade extracontratual do Legislador: ecos da jurisprudência comunitária recente. **Legislação:** cadernos de ciência e legislação, Lisboa, Instituto Nacional de Administração, n. 17, p. 5-39, out./dez. 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6.ed. Tradução J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonade, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente. **Revista do Advogado,** São Paulo, ano XXVIII, n. 99, p. 86-91, set. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Do processo legislativo**. 4.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCIA, Alexandre Navarro. Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 42, n. 166, p. 9-22, abr./jun. 2005.

GARCIA, Antonio Dias. Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas. *In*: QUADROS, Fausto (Coord.). **Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 1995. p. 189-219.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. **Uned: Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 20, p. 277-320, 2º sem./2007.

_____. El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales. **Uned: Revista de Derecho Político**, Madrid, n. 69, p. 95-130, 2007.

GOBEAUX, Gilles; BIHR, Philippe; HENRY, Xavier. **Code Civil**. Paris: Dalloz, 1996-97.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008

_____. **A constituinte e a constituição que temos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la lei fundamental de Bonn**: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y la teoría de la reserva de la ley. Tradução Joaquín Braze Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

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

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

LOBO, Américo. **Decisões constitucionais de Marshall**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder judiciário. *In*: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça:** a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989. p. 123-144.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandados de segurança e de injunção**: estudos de direito-processual constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MARTINELLI, Mário Eduardo. **A deterioração dos direitos de igualdade material no neoliberalismo.** Campinas: Millennium, 2008.

MARTINS; Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868 de 10-11-99. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDEIROS, Rui. A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade. *In:* **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 183-202.

_____. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10 nov. 99. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. **La inconstitucionalidad por omisión**. Madrid: MacGraw-Hill, 1997.

MESQUITA, Maria José Rangel de. **O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 1999.

MIRANDA, Jorge. Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas. *In:* **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Tomo II.

_____. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Tomo VI.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV.

_____; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Tomo I.

MONCADA, Luís Cabral de. A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. *In:***Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário de seu nascimento.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006. v. II, p. 9-82.

MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 165-323.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. Reforma Política do Estado e Democratização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, a. 8, n. 32, 116-143. jul./set.2000.

MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: _____. (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 13-115.

_____. **Justiça Constitucional**: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Tomo II.

_____. Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais: apontamento sobre os passos de uma evolução subjectivista. *In:* CORDEIRO, Antonio Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Coimbra: Almedina, 2003. v. V: direito público e vária. p. 85-111.

MOREIRA, Isabel. **A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2007.

MORTATI, Costantino. Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore. *In:* _____. **Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza constituzionale repubblicana.** Raccolta di scritti, Milano: Giuffre, 1972. Tomo III. p. 923-993.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2006.

_____. A responsabilidade social do jurista para a concretização da cidadania. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 11, n. 45, p. 92-104, out./dez.2003.

NETO, Abílio. **Código Civil anotado**. 13.ed. actual. Lisboa: Ediforum Edições Jurídicas, 2001.

NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano IV, n.13, p. 35-73. jul./ago./set. 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NUNO, Rogério. **A lei fundamental da República Federal da Alemanha**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

OTHON SIDOU, J. M. **Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 3.ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. Tomo I: arts. 1º - 5º.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador.** São Paulo: Saraiva, 2007.

PUENTE, Marcos Gómez. **La inactividad del legislador**: una realidad susceptible de control. Madrid: McGrall Hill, 1997.

QUEIROZ, Cristina M. M. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. **Direitos fundamentais**: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **Controle de constitucionalidade por via de ação**. São Paulo: WVC Editora, 1998.

RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,** São Paulo, v. 102, p. 327-356, jan./dez. 2007.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Aplicabilidade das normas constitucionais de direitos sociais. **O direito**, Coimbra, ano 140º, n. II, p. 405-433, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25.ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

REDOR, Marie-Joële. **De l'etat legal a l'etat de droit**: l'evolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914. Paris: Econômica, 1992.

REVORIO, Francisco Javier Días. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 21, n. 61, p. 81-130, enero/abril 2001.

RODRIGUEZ, José Manuel Martínez-Pereda et al. **Contitución Española**: com las doctrinas del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo Y Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, los Tratados internacionales suscritos por España y la relación de las leys dictadas en desarrollo de la Constitución. Madri: Editorial Colex, 1997.

RUIZ, Maria Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 8, p. 169-194, enero/abril 1991.

RULLI NETO, Antonio. Dignidade humana e direitos fundamentais dentro de um contexto efetivista. *In:* **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.-327-349.

SALGADO, Eneida Desiree. Iniciativa popular de leis: as proposições, o positivado e o possível. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 169, p. 95-100, jan./mar. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In***:** SARLET, Ingo Wolfgang.; TIMM, Luciano

Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

SECONDAT, Charles-Louis, Senhor de La Brède e Barão de MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio M. Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. Tomo1.

SEGADO, Francisco Fernández. El control de las omisiones legislativas por el “bundesverfassungsgricht”. **Uned: Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 22, p. 93-135, 2008.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade: o direito no século XXI é tolerância, bom senso e cidadania. *In:* **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 251-276.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXII, n. 73, p. 94-108, nov./2003.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Direito Processual Civil**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de direito**: lições de direito do ambiente. Coimbra: Almedina, 2002.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança: análise doutrinária, de anais do Senado e da jurisprudência

histórica do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 45, n. 177, jan./mar. 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. *In:* BARROSO, Luís Roberto (Org). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 285-325.

STRECK, Lenio Luiz. Concretização de direitos e interpretação da Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXXXI, p. 291-323, 2005.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002.

TÁCITO, Caio. Como fazer valer a Constituição? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 242, p. 1-7, out./dez. 2005.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Ação Monitória**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VERDUSSEN, Marc. Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel dans une perspective comparative. *In***:** DELPÉRÉE, Francis. **Le recours des particuliers devant de juge constitutionnel**: journée d'études / sous la direction de Francis Paris: Economica, 1991. p. 153-196.

VIANA, Raquel Alexandra Brízida. **Contributo para o estudo das omissões normativas inconstitucionais.** 2002. 421 p. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003.

XAVIER, Taciana. A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro. *In:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo**. El derecho dúctil:** ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ANEXO A – Lei n. 12.063, de 27 de out. de 2009, da República Federativa do Brasil

LEI N. 12.063, DE 27 DE OUTUBRO DE 2009

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

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, passa a vigorar acrescida do seguinte Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

Capítulo II-A

Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Seção I

Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Art. 12-A. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Art. 12-B. A petição indicará:

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão.

Art. 12-C. A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 12-D. Proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se admitirá desistência.

Art. 12-E. Aplicam-se ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II desta Lei.

§ 1º Os demais titulares referidos no art. 2º desta Lei poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

§ 2º O relator poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 3º O Procurador-Geral da República, nas ações em que não for autor, terá vista do processo, por 15 (quinze) dias, após o decurso do prazo para informações.

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

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

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

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

Seção III

Da Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

§ 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

§ 2º Aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei."

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 27 de outubro de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro

Luiz Inácio Lucena Adams

Este texto não substitui o publicado no DOU de 28.10.2009[652]

[652] BRASIL. Presidência da República. Lei 12.063 de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 02.12.2009.

ANEXO B – Lei 67/2007 da República Portuguesa

Assembleia da República
Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro
Aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

Artigo 1.º
Aprovação

É aprovado o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, que se publica em anexo à presente lei e que dela faz parte integrante.

Artigo 2.º
Regimes especiais

1 - O disposto na presente lei salvaguarda os regimes especiais de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa.

2 - A presente lei prevalece sobre qualquer remissão legal para o regime de responsabilidade civil extracontratual de direito privado aplicável a pessoas colectivas de direito público.

Artigo 3.º
Pagamento de indemnizações

1 - Quando haja lugar ao pagamento de indemnizações devidas por pessoas colectivas pertencentes à administração indirecta do Estado ou à administração autónoma e a competente sentença judicial não seja espontaneamente executada no prazo máximo de 30 dias, o crédito indemnizatório só pode ser satisfeito por conta da dotação orçamental inscrita à ordem do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CSTAF) a título subsidiário quando, através da aplicação do regime da execução para pagamento de quantia certa regulado na lei processual civil, não tenha sido possível obter o respectivo pagamento junto da entidade responsável.

2 - O disposto no número anterior não prejudica a possibilidade de o interessado solicitar directamente a compensação do seu crédito com eventuais dívidas que o onerem para com a mesma pessoa colectiva, nos termos do artigo 170.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, sem necessidade de solicitar previamente a satisfação do seu crédito indemnizatório através da aplicação do regime da execução para pagamento de quantia certa previsto na lei processual civil.

3 - Nas situações previstas no n.º 1, caso se mostrem esgotadas as providências de execução para pagamento de quantia certa previstas na lei processual civil sem que tenha sido possível obter o respectivo pagamento através da entidade responsável, a secretaria do tribunal notifica imediatamente o CSTAF para que emita a ordem de pagamento da

indemnização, independentemente de despacho judicial e de tal ter sido solicitado, a título subsidiário, na petição de execução.

4 - Quando ocorra a satisfação do crédito indemnizatório por via do Orçamento do Estado, nos termos do n.º 1, o Estado goza de direito de regresso, incluindo juros de mora, sobre a entidade responsável, a exercer mediante uma das seguintes formas:

a) Desconto nas transferências a efectuar para a entidade em causa no Orçamento do Estado do ano seguinte;

b) Tratando-se de entidade pertencente à Administração indirecta do Estado, inscrição oficiosa no respectivo orçamento privativo pelo órgão tutelar ao qual caiba a aprovação do orçamento; ou

c) Acção de regresso a intentar no tribunal competente.

Artigo 4.º
Sexta alteração ao Estatuto do Ministério Público

O artigo 77.º do Estatuto do Ministério Público (Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, rectificada no Diário da República, 1.ª série, n.º 263, de 14 de Novembro de 1986, e alterada pelas Leis n.os 2/90, de 20 de Janeiro, 23/92, de 20 de Agosto, 33-A/96, de 26 de Agosto, 60/98, de 27 de Agosto, e 42/2005, de 29 de Agosto) passa a ter a seguinte redacção:

«Artigo 77.º
[...]

Fora dos casos em que a falta constitua crime, a responsabilidade civil apenas pode ser efectivada, mediante acção de regresso do Estado, em caso de dolo ou culpa grave.»

Artigo 5.º
Norma revogatória

São revogados o Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, e os artigos 96.º e 97.º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, na redacção da Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro.

Artigo 6.º
Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor no prazo de 30 dias após a data da sua publicação.

Aprovada em 18 de Outubro de 2007.
O Presidente da Assembleia da República, Jaime Gama.
Promulgada em 10 de Dezembro de 2007.
Publique-se.
O Presidente da República, Aníbal Cavaco Silva.
Referendada em 10 de Dezembro de 2007.
O Primeiro-Ministro, José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa.

ANEXO

REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS

CAPÍTULO I
Disposições gerais

Artigo 1.º
Âmbito de aplicação

1 - A responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa rege-se pelo disposto na presente lei, em tudo o que não esteja previsto em lei especial.

2 - Para os efeitos do disposto no número anterior, correspondem ao exercício da função administrativa as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.

3 - Sem prejuízo do disposto em lei especial, a presente lei regula também a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de acções ou omissões adoptadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício.

4 - As disposições da presente lei são ainda aplicáveis à responsabilidade civil dos demais trabalhadores ao serviço das entidades abrangidas, considerando-se extensivas a estes as referências feitas aos titulares de órgãos, funcionários e agentes.
5 - As disposições que, na presente lei, regulam a responsabilidade das pessoas colectivas de direito público, bem como dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, por danos decorrentes do exercício da função administrativa, são também aplicáveis à responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.

Artigo 2.º
Danos ou encargos especiais e anormais

Para os efeitos do disposto na presente lei, consideram-se especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito.

Artigo 3.º
Obrigação de indemnizar

1 - Quem esteja obrigado a reparar um dano, segundo o disposto na presente lei, deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

2 - A indemnização é fixada em dinheiro quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa.

3 - A responsabilidade prevista na presente lei compreende os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais de direito.

Artigo 4.º
Culpa do lesado

Quando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.

Artigo 5.º
Prescrição

O direito à indemnização por responsabilidade civil extracontratual do Estado, das demais pessoas colectivas de direito público e dos titulares dos respectivos órgãos, funcionários e agentes bem como o direito de regresso prescrevem nos termos do artigo 498.º do Código Civil, sendo-lhes aplicável o disposto no mesmo Código em matéria de suspensão e interrupção da prescrição.

Artigo 6.º
Direito de regresso

1 - O exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório, sem prejuízo do procedimento disciplinar a que haja lugar.
2 - Para os efeitos do disposto no número anterior, a secretaria do tribunal que tenha condenado a pessoa colectiva remete certidão da sentença, logo após o trânsito em julgado, à entidade ou às entidades competentes para o exercício do direito de regresso.

CAPÍTULO II
Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa

SECÇÃO I
Responsabilidade por facto ilícito

Artigo 7.º
Responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas colectivas de direito público

1 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.

2 - É concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, nos termos da presente lei.

3 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço.

4 - Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos.

Artigo 8.º
Responsabilidade solidária em caso de dolo ou culpa grave

1 - Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo.
2 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes, se as acções ou omissões referidas no número anterior tiverem sido cometidas por estes no exercício das suas funções e por causa desse exercício.

3 - Sempre que satisfaçam qualquer indemnização nos termos do número anterior, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis, competindo aos titulares de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adoptar as providências necessárias à efectivação daquele direito, sem prejuízo do eventual procedimento disciplinar.

4 - Sempre que, nos termos do n.º 2 do artigo 10.º, o Estado ou uma pessoa colectiva de direito público seja condenado em responsabilidade civil fundada no comportamento ilícito adoptado por um titular de órgão, funcionário ou agente, sem que tenha sido apurado o grau de culpa do titular de órgão, funcionário ou agente envolvido, a respectiva acção judicial prossegue nos próprios autos, entre a pessoa colectiva de direito público e o titular de órgão, funcionário ou agente, para apuramento do grau de culpa deste e, em função disso, do eventual exercício do direito de regresso por parte daquela.

Artigo 9.º
Ilicitude

1 - Consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.

2 - Também existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, segundo o disposto no n.º 3 do artigo 7.º

Artigo 10.º
Culpa

1 - A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor.

2 - Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos.3 - Para além dos demais casos previstos na lei, também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância.

4 - Quando haja pluralidade de responsáveis, é aplicável o disposto no artigo 497.º do Código Civil.

SECÇÃO II
Responsabilidade pelo risco

Artigo 11.º
Responsabilidade pelo risco

1 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização.

2 - Quando um facto culposo de terceiro tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem solidariamente com o terceiro, sem prejuízo do direito de regresso.

CAPÍTULO III
Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional

Artigo 12.º
Regime geral

Salvo o disposto nos artigos seguintes, é aplicável aos danos ilicitamente causados pela administração da justiça, designadamente por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, o regime da responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa.

Artigo 13.º
Responsabilidade por erro judiciário

1 - Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto. 2 - O pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente.

Artigo 14.º
Responsabilidade dos magistrados

1 - Sem prejuízo da responsabilidade criminal em que possam incorrer, os magistrados judiciais e do Ministério Público não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das respectivas funções, mas,

quando tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra eles.
2 - A decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça.

CAPÍTULO IV
Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa

Artigo 15.º
Responsabilidade no exercício da função político-legislativa

1 - O Estado e as regiões autónomas são civilmente responsáveis pelos danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por actos que, no exercício da função político-legislativa, pratiquem, em desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou acto legislativo de valor reforçado.
2 - A decisão do tribunal que se pronuncie sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma jurídica ou sobre a sua desconformidade com convenção internacional, para efeitos do número anterior, equivale, para os devidos efeitos legais, a decisão de recusa de aplicação ou a decisão de aplicação de norma cuja inconstitucionalidade, ilegalidade ou desconformidade com convenção internacional haja sido suscitada durante o processo, consoante o caso.
3 - O Estado e as regiões autónomas são também civilmente responsáveis pelos danos anormais que, para os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais.
4 - A existência e a extensão da responsabilidade prevista nos números anteriores são determinadas atendendo às circunstâncias concretas de cada caso e, designadamente, ao grau de clareza e precisão da norma violada, ao tipo de inconstitucionalidade e ao facto de terem sido adoptadas ou omitidas diligências susceptíveis de evitar a situação de ilicitude.
5 - A constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional.

6 - Quando os lesados forem em tal número que, por razões de interesse público de excepcional relevo, se justifique a limitação do âmbito da obrigação de indemnizar, esta pode ser fixada equitativamente em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos causados.

CAPÍTULO V
Indemnização pelo sacrifício

Artigo 16.º
Indemnização pelo sacrifício

O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e

anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.[653]

[653] PORTUGAL. Ministério Público. Procuradoria Geral-Distrital de Lisboa. Aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. Lei 67 de 31 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt>. Acesso em: 22 jul. 2009.