



PAULO ALVES NETTO DE ARAUJO

Nº USP 8874128

## **Omissão Inconstitucional: Teoria e Prática**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Associada Doutora Anna Candida da Cunha Ferraz

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2017

PAULO ALVES NETTO DE ARAUJO

Nº USP 8874128

## **Omissão Inconstitucional: Teoria e Prática**

Dissertação de Mestrado, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação da Professora Associada Doutora Anna Candida da Cunha Ferraz.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2017

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Araujo, Paulo Alves Netto de  
Omissão inconstitucional: teoria e prática; /  
Paulo Alves Netto de Araujo ; orientador Anna  
Candida da Cunha Ferraz -- São Paulo, 2017.  
188 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em  
Direito do Estado) - Faculdade de Direito,  
Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito Constitucional. 2. Controle de  
Constitucionalidade. 3. Omissão Legislativa. 4.  
Inconstitucionalidade. I. Ferraz, Anna Candida da  
Cunha, orient. II. Título.

---

Nome: Araujo, Paulo Alves Netto de.

Título: Omissão Inconstitucional: Teoria e Prática

Dissertação de Mestrado, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação da Professora Associada Doutora Anna Candida da Cunha Ferraz.

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição \_\_\_\_\_

Julgamento \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição \_\_\_\_\_

Julgamento \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição \_\_\_\_\_

Julgamento \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Ao finalizar este trabalho, tenho muito a agradecer.

Em primeiro lugar, a Deus, pela oportunidade de cursar o Mestrado na gloriosa Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e poder, com este trabalho, modestamente, contribuir para o aprimoramento do estudo do Direito Constitucional no Brasil.

Aos meus colegas de curso, pela rica troca de experiências e de visões de mundo que me proporcionaram.

Aos professores, pelo valioso conhecimento que me transmitiram, que muito me auxiliou na elaboração deste trabalho.

À professora Anna Candida da Cunha Ferraz, que, desde o início do curso, sempre me transmitiu valiosas lições, de Direito e de vida e que me orientou de maneira brilhante, mesmo antes de ser iniciada a escrita deste trabalho.

A meus pais, pelos exemplos de vida, honestidade e perseverança, que me impulsionaram até esta etapa de minha vida.

A meu pai, pelo exemplo de carreira acadêmica, que sempre me inspira e pelas valiosas sugestões, muito importantes para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus filhos, João Victor e Felipe, pelos votos de sucesso que sempre me deram e pela compreensão pelas horas de convívio das quais abrimos mão em prol de meus estudos.

Finalmente, à minha querida esposa Mariangela, companheira de todas as horas, cujo amor incondicional me dá forças para enfrentar as dificuldades do dia-a-dia, que sempre me impulsionou a seguir em frente, mesmo quando os obstáculos pareciam impossíveis de ser vencidos, foi minha maior incentivadora e sempre acreditou que era possível cumprir esta missão.

## RESUMO

ARAUJO, Paulo Alves Netto. *Omissão inconstitucional: teoria e prática*. 2017. \_\_\_\_ f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

No controle de constitucionalidade, a concretização dos dispositivos constitucionais é uma questão que sempre preocupou os estudiosos do Direito Constitucional, no Brasil e também em outros países. A ausência de providências legislativas, regulamentares e administrativas, por parte dos ramos estatais do Poder, necessárias a esta concretização, é uma problemática que permanece atual, especialmente se pensarmos em Constituições analíticas, como a Constituição brasileira de 1988. O objeto deste trabalho é a análise da omissão inconstitucional, no Brasil e em outros países, dos instrumentos de controle, da eficácia de tais instrumentos e se a existência deles ainda se justifica no atual panorama do Direito Constitucional brasileiro. Deste modo, o primeiro capítulo analisa a figura da omissão inconstitucional, seus pressupostos, características, causas, a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais e sua repercussão na caracterização da omissão, as modalidades de omissão e a omissão em relação a direitos fundamentais. O segundo capítulo analisa alguns sistemas estrangeiros de controle de constitucionalidade e de que forma a omissão inconstitucional é tratada nesses países. O terceiro capítulo analisa o sistema de controle das omissões, no plano constitucional federal. O quarto capítulo analisa o sistema de controle das omissões nos Estados-Membros e seus reflexos nos Municípios. O quinto capítulo analisa a eficácia dos instrumentos de controle nos planos federal e estadual. A conclusão é que estes instrumentos ainda exercem um papel importante na superação das omissões inconstitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle de Constitucionalidade – Concretização - Omissão Legislativa - Inconstitucionalidade

## ABSTRACT

ARAÚJO, Paulo Alves Netto. *Omission unconstitutional: theory and practice*. 2017. \_\_\_\_ f. Dissertation (maester) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

In the control of constitutionality, the achievement of constitutional devices is a question that always worried the scholars of constitutional law, in Brazil and also in other countries. The absence of laws, regulations and administrative measures by the State Power branches, necessary to this implementation, is one problem that remains current, especially if we think of Constitutions, as the Brazilian Constitution of 1988. The object of this work is the analysis of unconstitutional omission in Brazil, and in other countries, the instruments of control, the effectiveness of such instruments and if their existence still justified in the current panorama of Brazilian constitutional law. In this way, the first chapter analyzes the figure of unconstitutional omission, its assumptions, characteristics, causes, the effectiveness and applicability of constitutional standards and their impact on the characterization of the omission, the procedures for oversight and omission in relation to fundamental rights. The second chapter analyzes some foreign systems of control of constitutionality and how unconstitutional omission is treated in these countries. The third chapter analyzes the control system of the omissions in the federal constitutional plan. The fourth chapter examines the control system of the omissions in the Member States and their reflections in the municipalities. The fifth chapter analyzes the effectiveness of the instruments of control in federal and State plans. The conclusion is that these instruments still play a major role in overcoming the unconstitutional omissions.

**KEYWORDS:** Control of Constitutionality – Implementation - Legislative Omission-Unconstitutionality



## **INTRODUÇÃO.**

Com a presente dissertação, pretendemos oferecer à comunidade acadêmica um panorama atual da omissão inconstitucional no Brasil e também em outros países, em breve análise comparativa, sem a pretensão de esgotar o tema.

Para atingir este objetivo, serão pesquisadas não só obras de autores brasileiros, mas também obras estrangeiras, algumas delas em edições traduzidas para o português, para melhor situar o tema.

Assim, partiremos de um pressuposto considerado fundamental e anterior à problemática da omissão inconstitucional, qual seja, a teoria a respeito da concretização de dispositivos constitucionais.

Como a concretização ocorre por meio da aplicação direta do texto constitucional, pela atuação do legislador infraconstitucional, do poder regulamentar e, eventualmente, pela jurisprudência, iniciaremos o trabalho pelo estudo dos Princípios de interpretação do Direito Constitucional e da relação de tais princípios com o tema deste trabalho.

Buscaremos, a partir desse exame, utilizar um conceito inicial de omissão inconstitucional e, a partir daí, identificar as causas do surgimento dessa figura e o tipo de norma que reclama complementação legislativa ou regulamentar.

Destacamos que, neste trabalho, também analisaremos a omissão inconstitucional com relação à concretização dos direitos fundamentais, problemática intensamente tratada na doutrina e na jurisprudência.

Examinaremos, também, sem a pretensão de esgotar uma análise comparativa, a admissão da omissão inconstitucional em outros ordenamentos jurídicos, os pressupostos e as possíveis diferenças ou semelhanças apresentadas, com relação à adoção da figura da omissão inconstitucional no Brasil.

Em seguida, trataremos dos instrumentos específicos de controle da omissão inconstitucional no Brasil, seja no âmbito da Constituição Federal, seja no das Constituições estaduais, e sua possível repercussão na esfera municipal.

Nesta análise, procuraremos, também, verificar, na doutrina e na jurisprudência, se, após quase trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 e das Constituições dos Estados-Membros, todas as omissões inconstitucionais nelas identificáveis foram sanadas ou se ainda persistem dispositivos constitucionais não regulamentados, que justifiquem a permanência dos instrumentos de controle, aparentemente instituídos para vigorarem enquanto a Constituição não tiver suas normas totalmente cumpridas.

Por fim, buscaremos verificar se os instrumentos de controle da omissão inconstitucional no Brasil são eficazes e se sua existência ainda se justifica.

Ao final, apresentaremos as conclusões que surgirem a partir dos estudos que serão realizados.

## **SUMÁRIO:**

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
------------------------	-----------

<b>I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....</b>	<b>14</b>
--	-----------

1 - OS PRESSUPOSTOS DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....	15
2- CARACTERÍSTICAS DA OMISSÃO.....	17
3- CAUSAS DA OMISSÃO.....	26
4- EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA REPERCUSSÃO NA CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO.....	33
5- MODALIDADES DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....	52
6- OMISSÃO EM RELAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	55

<b>II – CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DE ALGUNS SISTEMAS DE CONTROLE DAS OMISSÕES NO DIREITO ESTRANGEIRO.....</b>	<b>62</b>
--	-----------

1- DIREITO DO REINO UNIDO.....	63
2- DIREITO NORTE-AMERICANO.....	65
3- DIREITO PORTUGUÊS.....	68
4- DIREITO IUGOSLAVO.....	73
5- DIREITO ITALIANO.....	74
6- DIREITO ALEMÃO.....	79
7- DIREITO ESPANHOL.....	84
8- DIREITO FRANCÊS.....	87
9- DIREITO ARGENTINO.....	88
10- DIREITO PERUANO.....	92
11- CONCLUSÕES DO ITEM.....	95

### **III – SISTEMA DE CONTROLE DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS, NO PLANO FEDERAL.....96**

1- INSTRUMENTOS DE CONTROLE: O MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – ADO.....	<b>97</b>
2 - ORIGEM HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	<b>101</b>
2.1 – NATUREZA DO INSTRUMENTO.....	<b>104</b>
2.2 – A APLICABILIDADE DO INSTRUMENTO.....	<b>106</b>
2.3 - PROCEDIMENTO.....	<b>108</b>
2.4 – BREVE EXAME DOS PROJETOS DE LEI APRESENTADOS AO CONGRESSO NACIONAL COM O OBJETIVO DE REGULAMENTAR O MANDADO DE INJUNÇÃO.....	<b>110</b>
2.5 - CRÍTICAS DA DOCTRINA A RESPEITO DO PROJETO DE LEI Nº 6.129, DE 2009.....	<b>112</b>
2.6 – A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NO STF ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DA LEI FEDERAL Nº 13.300, DE 23-06-2016.....	<b>119</b>
2.7 - A LEI FEDERAL Nº 13.300/2016 E SUA APLICAÇÃO.....	<b>121</b>
3 – BREVE ANÁLISE SOBRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – ADO.....	<b>124</b>

### **IV – OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NOS ESTADOS E SEUS REFLEXOS NO PLANO DOS MUNICÍPIOS.....127**

1 – CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	<b>128</b>
2 – MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	<b>133</b>
2.1 – CONSTITUIÇÃO DE 1946, APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 16, DE 1965.....	<b>133</b>

2.2 – CONSTITUIÇÃO DE 1967, APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1, DE 1969.....	<b>136</b>
2.3 – MODELO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	<b>138</b>
2.4 - MODELO DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	<b>144</b>

## **V – A EFETIVIDADE DO CONTROLE DA OMISSÃO.....149**

1 - CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	<b>150</b>
1.1 - DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS FEDERAIS AINDA NÃO REGULAMENTADOS.....	<b>150</b>
2 – CONTROLE DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS NO PLANO ESTADUAL E SEUS REFLEXOS NO PLANO MUNICIPAL.....	<b>157</b>
2.1 – OMISSÕES NOS ESTADOS E MUNICÍPIOS EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	<b>157</b>
2.2 – OMISSÕES NOS ESTADOS E MUNICÍPIOS EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.....	<b>164</b>
2.3 – DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS ESTADUAIS AINDA NÃO REGULAMENTADOS.....	<b>167</b>
3 - A EFETIVIDADE DO CONTROLE DA OMISSÃO NOS PLANOS FEDERAL E ESTADUAL E SEUS REFLEXOS NOS MUNICÍPIOS.....	<b>170</b>

## **VI – CONCLUSÕES.....174**

## **VII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....179**

## **VIII- SITES CONSULTADOS.....188**

## **I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.**

No item 1, serão estudados os pressupostos da omissão inconstitucional.

No item 2, serão estudadas as características da omissão, bem como quais são os entes estatais omissos e as razões dessa omissão, verificando se há ou não omissão deliberada.

No item 3, estudaremos as modalidades de omissão inconstitucional mencionadas pela doutrina.

No item 4, estudaremos a questão da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, para identificarmos que tipo de norma constitucional necessita de complementação para adquirir plena eficácia.

No item 5, estudaremos as modalidades de omissão inconstitucional.

No item 6, trataremos da omissão em relação a direitos fundamentais, verificando a necessidade ou não de complementação legislativa ou regulamentar para as normas constitucionais que tratam do tema, as quais, em princípio, poderiam ser aplicadas diretamente a partir do texto constitucional.

## 1- OS PRESSUPOSTOS DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.

A figura da *omissão inconstitucional* surgiu como modalidade de controle de constitucionalidade, no final do Século XX, sendo prevista expressamente em algumas Constituições estatais. Até então, o controle de constitucionalidade se limitava a verificar a violação positiva das normas constitucionais, pelos ramos de poder constituídos.

O pressuposto essencial para o surgimento da *omissão inconstitucional* situa-se na ideia de Constituição escrita e rígida, dotada de supremacia no ordenamento jurídico do Estado e obra de um Poder Constituinte que represente a vontade do povo. Essa noção de Constituição, por suas características, nasce para ser cumprida e respeitada pela sociedade e pelos poderes estatais que o texto constitucional institui e cujas funções e limitações se encontram expressas na Lei Maior.

Em suma, cabe aos ramos do Poder estatais, atuar de acordo com as normas constitucionais, não podendo agir além ou aquém dos mandamentos constitucionais, que são dotados de supremacia. A atuação além de tais limites acarreta o controle de constitucionalidade positivo, ao passo que a atuação aquém justifica a ideia de omissão dos ramos de poder e abre a possibilidade de atuação do controle de constitucionalidade em razão do descumprimento desses deveres constitucionais.

Importa ressaltarmos que o descumprimento dos mandamentos constitucionais, em qualquer das modalidades, acarreta, de acordo com o pensamento de Karl Loewenstein<sup>1</sup>, a *desvalorização constitucional*, fenômeno que ocorre quando a Constituição *não é mais escrupulosamente observada*.

---

<sup>1</sup>LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. (Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte). Barcelona : Editorial Ariel, 1986, p. 222-231.

Desta forma, partindo de uma conceituação provisória da omissão, entendida como a não atuação dos poderes estatais na complementação de normas constitucionais quando a Constituição assim exige, trataremos do exame das normas constitucionais, quanto à sua eficácia e aplicabilidade, identificaremos quando e como deverão os ramos do Poder estatais agir para complementarem normas constitucionais dependentes de providência específica ou para preencherem lacunas que impeçam a plena aplicação da norma constitucional. Para atingirmos esse objetivo analisaremos como doutrina e prática respondem a esses desafios, as classificações apresentadas e os princípios constitucionais intervenientes.



## 2- CARACTERÍSTICAS DA OMISSÃO.

O tema da omissão inconstitucional está intimamente ligado ao tema da concretização de dispositivos constitucionais.

Tal ligação existe, pois há duas hipóteses de concretização, sendo a primeira, por meio da interpretação constitucional, aplicando-se diretamente ao caso concreto o que dispõe a Constituição, para os dispositivos que permitem tal aplicação direta; e a segunda, por meio da complementação normativa ou regulamentar de dispositivos que exijam tal complementação para que tenham maior grau de eficácia, onde pode surgir o problema da omissão inconstitucional dos ramos de poder.

Para as duas hipóteses, é necessária uma prévia interpretação dos dispositivos constitucionais, para a escolha do caminho a seguir na concretização. Impõe-se, assim, que o intérprete se utilize dos princípios aplicáveis à interpretação constitucional.

Desta forma, justifica-se, neste início de análise, o estudo desses princípios, tendo em vista que, no momento de concretizar os dispositivos constitucionais, o intérprete deve partir da análise de tais elementos para chegar ao resultado pretendido pela norma constitucional em exame.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>2</sup> trata desta questão, ao dizer que a interpretação e a concretização não podem ser totalmente separadas, pois, ao concretizarmos uma norma, efetuamos, previamente, uma interpretação constitucional.

---

<sup>2</sup>HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, p.24, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. In MARINONI, Luiz Guilherme. SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 205.

Para demonstrarmos como surgiu o fenômeno da omissão inconstitucional e enunciarmos seu conceito, faremos uma breve análise dos princípios que tem relação com o tema deste trabalho, na esteira do pensamento de Konrad Hesse, visto que, segundo esse autor, a concretização dos dispositivos constitucionais ocorre, primordialmente, por meio da interpretação constitucional.

Hesse, ao estudar os princípios da interpretação constitucional, partiu de seu conceito de Constituição, por ele considerada como a *ordem fundamental jurídica da coletividade*, que determina seus princípios diretivos, estabelece as tarefas estatais a serem cumpridas e regula os procedimentos de solução de conflitos dentro do Estado, para enuncia-los<sup>3</sup>.

Para Hesse, portanto, a Constituição é o documento político e jurídico que determina a maneira pela qual será formado e administrado o Estado, de que forma os cidadãos exercerão seus direitos e obrigações e a partir do qual serão aplicadas diretamente suas normas ou criadas normas infraconstitucionais que complementarão o texto surgido do debate constituinte.

A atividade interpretativa, segundo o autor, é criadora, mas limitada pelo próprio texto da norma interpretada<sup>4</sup>. Para o autor, além desse limite textual, a interpretação constitucional também está limitada às hipóteses onde o próprio texto constitucional não estabeleceu uma obrigatoriedade de normatização, aos casos onde as possibilidades de interpretação do texto se esgotaram e, também, às hipóteses onde a normatização, caso efetuada, acarrete uma contradição em relação ao texto da norma.

---

<sup>3</sup>HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha** (trad. port. de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã do original Grundzüge Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 37.

<sup>4</sup>HESSE, Konrad. **Elementos**, Op. cit., p. 61.

Hesse admite a mutação constitucional por interpretação, mas exclui um rompimento constitucional e uma modificação constitucional decorrente da tarefa interpretativa, ou seja, uma interpretação efetuada em cada caso particular, com diferentes resultados, pois onde o intérprete desconsidera o texto constitucional, ele deixa de interpretar e passa a modificar ou romper a Constituição, o que, segundo o autor, não é admissível pelo ordenamento jurídico<sup>5</sup>.

Entende, ainda, que a concretização por meio do processo interpretativo pressupõe uma compreensão prévia do conteúdo da norma por parte do intérprete, que deve observar o contexto histórico no qual se encontra inserido e que irá fundamentar este pensamento a respeito do tema em análise.

Outra condição, mencionada pelo autor, é a existência de um *caso concreto* submetido ao intérprete, que irá gerar a segunda operação interpretativa, que é o entendimento do conteúdo da norma<sup>6</sup>.

A necessidade de efetuar tais operações decorre do fato de que não é possível a existência de um processo interpretativo dissociado do objeto de interpretação, do texto constitucional e do problema concreto submetido à análise.

Além disso, a interpretação constitucional está limitada pelo programa proposto na norma a ser concretizada, contido no próprio texto e o intérprete deverá utilizar também os métodos tradicionais de interpretação, bem como os precedentes de casos análogos, a fim de fixar o exato sentido do dispositivo constitucional.

---

<sup>5</sup>HESSE, Konrad. **Elementos**, Op. cit., p. 69-70. Ver, sobre mutação constitucional, entre outros: FERRAZ, Anna Candida. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986, v. 1;; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Alteração e mudança da Constituição: o caso brasileiro** e MORAIS, Carlos Blanco – **As mutações constitucionais implícitas e seus limites jurídicos: Autópsia de um Acórdão controverso**: ambos no livro FELLET, André e NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Editora Juspodivm, p. 31.

<sup>6</sup>HESSE, Konrad. **Elementos**, Op. cit., p. 62.

Como podem ser vários os pontos de vista a respeito de uma mesma norma, a solução prática do problema interpretativo decorrerá da aplicação dos diversos princípios de interpretação constitucional, por ele enunciados: Princípio da Unidade da Constituição, Princípio da Exatidão Funcional, Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade e Princípio da Supremacia da Constituição.

Assim, com relação ao Princípio da Unidade da Constituição<sup>7</sup>, o intérprete deve levar em consideração não apenas a norma em análise, mas o conjunto normativo formado pelo texto constitucional.

Quanto ao Princípio da Exatidão Funcional, Hesse afirma que, se a Constituição distribui determinadas tarefas e funções aos três ramos do Poder, o intérprete, particularmente quando tal interpretação é feita pelos Tribunais Constitucionais, não deve executar funções que estejam fora de suas atribuições<sup>8</sup>.

Assim, o ideal é que o intérprete não aja como legislador positivo, normatizando dispositivos constitucionais, quando o Poder Legislativo não atuou nesse sentido.

Verifica-se, assim, que Hesse entende que a complementação normativa ou regulamentar de dispositivos constitucionais não deve ser efetuada pelo Poder Judiciário.

Com relação ao Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade, Ingo Sarlet afirma que tal princípio surgiu inicialmente na Alemanha, com o objetivo principal de coibir excessos na operação interpretativa da Constituição<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição** – 7ª ed. (2ª reimpressão). Edições Almedina, Coimbra, p. 1223. Tal autor também adota este Princípio, que, segundo ele, direciona a interpretação, para que sejam evitadas contradições entre as normas constitucionais e que obriga o intérprete, em sua atividade, a considerar a Constituição como um todo.

<sup>8</sup>HESSE, Konrad. **Elementos**, Op. cit., p. 67.

<sup>9</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. In MARINONI, Luiz Guilherme. SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel, **Curso**, Op. cit., p. 212, onde Ingo Sarlet cita SCHOLLER, Heinrich, in **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha**, tradução de Ingo W. Sarlet. *Revista Interesse Público* 2/93 e ss.

Este princípio guarda íntima relação com o objeto do presente trabalho, na medida em que restringe o alcance de eventual normatização provisória de direitos fundamentais, obrigando o intérprete a não ultrapassar os limites impostos pelo próprio texto constitucional.

Outros autores, como Luís Roberto Barroso, citam, também, princípios relevantes para a interpretação constitucional, como o Princípio da Supremacia da Constituição, o qual fundamenta-se na posição hierárquica superior das normas constitucionais em relação às demais normas jurídicas, o que acarreta a *imperatividade* da normatização ou regulamentação de normas que confirmam *direitos fundamentais* aos cidadãos, sob pena de configurar-se a omissão inconstitucional<sup>10</sup>.

Ingo Sarlet<sup>11</sup>, ao tratar desse princípio, ressalta que todas as demais normas do sistema, bem como os atos praticados pelos poderes constituídos, devem ter como balizas a Constituição e os direitos fundamentais.

Outro princípio de interpretação é apontado por Canotilho ao se referir ao Princípio da Máxima Eficácia e Efetividade (também chamado de Princípio da Eficiência) das normas constitucionais.

Com relação ao Princípio da Máxima Eficácia e Efetividade, o intérprete do texto constitucional deve sempre efetuar a operação interpretativa procurando atribuir à norma em análise o sentido que lhe proporcione a maior efetividade prática possível<sup>12</sup>.

Relevante tratarmos, também, do Princípio da Força Normativa da Constituição, utilizado para conferir à norma constitucional uma interpretação que otimize seu sentido e possibilite a atualização do texto constitucional.

---

<sup>10</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 299.

<sup>11</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *In* MARINONI, Luiz Guilherme. SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. **Curso**, Op. cit., p. 215.

<sup>12</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, Op. cit., p. 1224.

Tal princípio foi originalmente enunciado por Konrad Hesse<sup>13</sup>, na obra intitulada *A força normativa da constituição*.

Nessa obra, o autor alemão pretendia refutar o posicionamento de Ferdinand Lassale, que, em conferência sobre a essência da Constituição, proferida em 1862, afirmou que as questões constitucionais não seriam questões jurídicas, mas sim políticas<sup>14</sup>. A Constituição jurídica, nessa concepção, seria apenas um pedaço de papel, pois sua capacidade de regular e motivar as condutas estatais e privadas estaria limitada por sua compatibilidade com a Constituição real, que expressaria as relações de poder dominantes num determinado Estado. Para esse autor, portanto, a Constituição jurídica não teria qualquer relevância, se não refletisse a realidade da Constituição fática.

Ao tecer considerações sobre tais teses, Hesse inicia dizendo não ser aceitável a tese de que a Constituição jurídica não teria força normativa, pois, se isso ocorresse e o Direito Constitucional estudasse somente a Constituição real, deixaria de ser uma ciência jurídica e passaria a ser uma ciência da realidade, concluindo que a Constituição tem força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado<sup>15</sup>.

Além disso, para que a Constituição tenha de fato força normativa, deve expressar a realidade político-social na qual está inserida, no momento de sua entrada em vigor, buscando um equilíbrio entre *norma despida de qualquer elemento da realidade e uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo*<sup>16</sup>.

Muito embora a Constituição deva levar em consideração a realidade que a cerca, suas normas não têm existência autônoma em relação a ela, mas devem traduzir a intenção de concretizar as situações nelas reguladas.

---

<sup>13</sup>HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** (trad. port. do Ministro Gilmar Mendes do original em alemão *Die Normative Kraft der Verfassung*). Porto Alegre: Sergio Fabris, 2009.

<sup>14</sup>HESSE, Konrad. **A força normativa**, Op. cit., p. 9.

<sup>15</sup>HESSE, Konrad. **A força normativa**, Op. cit., p. 11.

<sup>16</sup>HESSE, Konrad. **A força normativa**, Op. cit., p. 14.

Em relação a este tema, as normas constitucionais, para que tenham maior eficácia normativa, devem também levar em consideração as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, bem como o povo a que se dirigem.

Hesse entende que, com relação à pretensão de eficácia das normas constitucionais, a Constituição não pode ser totalmente dissociada da realidade do Estado que pretende regular e nem levar em consideração somente tal realidade<sup>17</sup>.

Por fim, o autor afirma que a força normativa de uma Constituição se verifica quando seu texto é adaptável a uma dada realidade, quando impõe tarefas ao legislador infraconstitucional, ao Estado e aos cidadãos e quando, em seu texto, está expressa a vontade de concretizá-las. Assim, quanto ao tema em análise, esse princípio é aplicável quando a Constituição impõe a tarefa de complementar seus dispositivos ao legislador infraconstitucional.

Segundo o autor, a Constituição deve retratar os elementos sociais, políticos, econômicos e espirituais da época de sua promulgação, mas, também, deve ser adaptável à mudança dessa realidade.

Para ter maior força normativa, o ideal é que seu texto estabeleça somente princípios fundamentais, cujo conteúdo possa ser desenvolvido e não seja unilateral, prevendo apenas direitos sem prever deveres e vice-versa.

Além disso, a aplicação prática do texto constitucional deve respeitar os princípios constitucionais, fazendo com que os interesses particulares, quando necessário, cedam em favor da preservação dos referidos princípios.

A Constituição, em síntese, terá maior força normativa se estiverem presentes a vontade de poder e a vontade de constituição.

---

<sup>17</sup>HESSE, Konrad. **A força normativa**, Op. cit., p. 15. Muitos dispositivos constitucionais revelam justamente a intenção de modificar a realidade e concretizar o ideal de Estado preconizado pela Constituição, pois, quanto mais concretizadas forem tais intenções, maior força normativa terá o texto constitucional.

Referida *vontade de constituição* ocorre quando a Constituição é uma ordem normativa, de difícil modificação, que protege o Estado contra o arbítrio, cuja ordem constituída não seja somente uma ordem legitimada pelos fatos, mas que só se torna eficaz pela ação humana.

As revisões constitucionais, de acordo com o pensamento de Hesse, só devem ocorrer quando estritamente necessárias, em hipóteses nas quais o sentido da norma constitucional não possa mais ser concretizado, pois, segundo o autor, Constituições muito reformadas perdem força normativa.

A interpretação dos comandos constitucionais deve buscar a concretização de tais preceitos, dentro das condições dadas pela realidade, buscando atribuir-lhes a maior eficácia possível.

Canotilho<sup>18</sup>, resumindo as ideias de Hesse, sintetizou o Princípio da Força Normativa da Constituição, afirmando que este deve ser aplicado para extrair o sentido da norma constitucional, partindo de uma compreensão anterior do texto da norma e efetuando uma interpretação que leve em consideração a história e o momento histórico onde tal operação será feita.

Na questão da omissão, Canotilho afirma que *a omissão inconstitucional se configura quando os poderes constituídos não fazem aquilo a que estavam constitucionalmente obrigados a fazer.*

Explica, ainda, que não basta o simples dever geral de legislar para configurar-se a omissão legislativa, mas também deve haver uma exigência constitucional de uma ação legislativa para dar concretude aos preceitos constitucionais<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, Op. cit., p. 1226.

<sup>19</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, Op. cit., p. 1033-1034.



Para Flávia Piovesan<sup>20</sup>, só é possível falar em omissão legislativa se existir, na Constituição, o dever jurídico de legislar. Caso tal dever não seja cumprido, surge a figura da omissão, entendida pela autora como a falta de ação do Poder Legislativo, ao negar cumprimento à ordem constitucional nesse sentido.

A partir do exame dos princípios de interpretação e da ideia da necessária concretização das normas constitucionais, é possível tentar-se uma nova aproximação do conceito de omissão. Assim, como um conceito inicial, ante tais considerações, podemos afirmar que a omissão inconstitucional ocorre quando, apesar da determinação constitucional para complementação de alguns de seus dispositivos, o ramo do Poder competente permanece inerte.

---

<sup>20</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 79-80.

### 3- CAUSAS DA OMISSÃO.

Ao tratar do tema do cumprimento da Constituição, Anna Candida da Cunha Ferraz observou que a Constituição pode ser descumprida por ação ou por omissão dos poderes constituídos<sup>21</sup>.

A superação das omissões inconstitucionais, entendemos nós, é fundamental para a concretização da Constituição em sua totalidade, realizando o ideal de Estado nela configurado.

Neste assunto, Anna Candida da Cunha Ferraz e José Afonso da Silva mencionam que algumas normas constitucionais necessitam de complementação legislativa ou atuação do poder público para que possam ser plenamente eficazes<sup>22</sup>  
<sup>23 24</sup>.

Anna Candida, em artigo publicado em 1982<sup>25</sup> e em obra editada em 1986<sup>26</sup>, ainda na vigência da Constituição Federal de 1967, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, utilizou a palavra *inércia*, para caracterizar as omissões inconstitucionais, que já estavam presentes no ordenamento constitucional brasileiro anterior a 1988<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais**. Revista mestrado em direito. Ano 5. N.5. UNIFIEO. Edifício, 2005, p. 160-161.

<sup>22</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional**, Op. cit., p. 161-162.

<sup>23</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª edição, 3ª tiragem. São Paulo : Malheiros Editores, 2007, p. 225.

<sup>24</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade**, Op. cit., p. 225-226.

<sup>25</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **A inércia no plano constitucional**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 19, 1982.

<sup>26</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986. v. 1.

<sup>27</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **A inércia**, Op. cit, p. 90.

Na nota 4 ao artigo acima citado, a autora menciona a posição de J.H. Meirelles Teixeira<sup>28</sup>, que, a respeito do tema, tem opinião semelhante e cita como exemplo, a *inércia legislativa*, a qual não pode configurar, *costume* ou *desuso* constitucional. Isto porque, apesar da omissão, o Legislativo continua com o direito e o dever de elaborar tais leis, a qualquer tempo; tal omissão constitui, apenas, *inércia* do Congresso, atitude que demonstra ausência de patriotismo, senso de responsabilidade e lealdade para com os eleitores.

Na obra editada em 1986<sup>29</sup>, a autora define *inércia constitucional* como a não atuação consciente dos ramos de poder competentes na aplicação plena da Constituição, durante certo tempo mais ou menos longo.

Nesta hipótese, os dispositivos constitucionais não apresentam, na prática, a eficácia pretendida pela Constituição.

Ao tratar da questão, Flávia Piovesan, inicialmente, explica como se caracteriza a inconstitucionalidade por ação, para, em seguida, discorrer sobre a inconstitucionalidade por omissão.

Assim, afirma que, no controle de constitucionalidade, necessariamente, existe a obrigação do constituinte de criar instrumentos de defesa da ordem constitucional<sup>30</sup>.

A inconstitucionalidade é resultante de uma relação de contrariedade à Constituição, tendo, de um lado, o texto constitucional e de outro, o comportamento ameaçador e violador.

---

<sup>28</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **A inércia**, Op. cit., p. 90, nota 4, *apud* TEIXEIRA, J.H. Meirelles, *Apostilas de Direito Constitucional*, São Paulo, 1961, Mimeo, p. 80-2.

<sup>29</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais**.

<sup>30</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 84.

Nas palavras da autora, *uma norma constitucional é desobedecida “quer quando se faz o que ela proíbe, quer quando não se faz o que ela determina”<sup>31</sup>*.

A inconstitucionalidade por ação se apresenta em duas modalidades: a primeira é a inconstitucionalidade material, quando ocorre ofensa ao conteúdo da Constituição e a segunda é a inconstitucionalidade formal, quando, na elaboração de uma norma jurídica, não tiver sido observado o processo legislativo previsto na Constituição.

A inconstitucionalidade por ação gera uma norma jurídica inválida, a qual, em consequência, deverá ser retirada do mundo jurídico. Deste modo, ao serem utilizados os mecanismos jurídicos de controle, perante o Poder Judiciário, os pedidos a serem feitos são a declaração de inconstitucionalidade da referida norma e sua retirada do mundo jurídico.

Por outro lado, ao tratar da inconstitucionalidade por omissão, Flávia Piovesan, afirma que tal inconstitucionalidade é inconstitucionalidade negativa, em razão de abstenção, inércia ou silêncio do poder político, que deixa de praticar determinado ato exigido pela Constituição<sup>32</sup>.

Assim, segundo a autora, a omissão surge em razão do descumprimento do dever constitucional de ação do poder público, que não elabora a legislação infraconstitucional exigida pela Constituição.

A omissão se caracteriza quando:

---

<sup>31</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial**, Op. cit., p. 87.

<sup>32</sup>Idem, p. 90. Este foi o entendimento adotado pelo STF, no julgamento da ADI-MC 1.458-7-DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.05.1996.

a) Não houve fixação de prazo, mas a legislação reclamada não foi elaborada, em razão da ausência de atuação legislativa ou regulamentar por parte do ramo de poder competente para a edição de tais normas. Nesta hipótese, deve ser verificado se decorreu prazo razoável para que o ramo de poder competente elaborasse a legislação reclamada pela Constituição, sem qualquer providência<sup>33</sup>

b) O texto constitucional estabeleceu prazos para a elaboração da legislação ou regulamentação de dispositivos da Constituição e, após o decurso de tais prazos, não foram adotadas providências por parte do ramo de poder competente<sup>35</sup>;

Em ambas as situações, dois problemas podem ser ressaltados: a inexistência de mecanismos hábeis que *obriguem* o legislador a cumprir seu papel e a não definição constitucional de um prazo para a complementação da norma<sup>36</sup>.

Canotilho, por sua vez, menciona, ainda, que, na doutrina mais moderna, também existe omissão legislativa quando o legislador não aperfeiçoa ou não atualiza as normas constitucionais<sup>37</sup>.

Ronaldo Rebello de Brito Poletti<sup>38</sup>, no mesmo sentido, menciona o fenômeno da ineficácia de algumas normas constitucionais, que “*permanecem mera proclamação solene ou demoram considerável tempo para serem implantadas*”.

---

<sup>33</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais**, Op. cit., p. 218-220.

<sup>34</sup>Como exemplo deste tipo de omissão, podemos citar a não elaboração da norma infraconstitucional regulamentando o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

<sup>35</sup>Flávia Piovesan cita como exemplos deste tipo de omissão os artigos 12, 20, 48 e 50 do ADCT, na obra **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 94.

<sup>36</sup>A esse respeito, verificamos, em nossa pesquisa, que, na Constituição do Estado de Minas Gerais, foi inserido dispositivo que procura obrigar o poder público a agir, que é o §1º do artigo 4º, onde estão previstas as penas de destituição de mandato administrativo ou perda de cargo ou função de direção, aos servidores da Administração que deixarem de sanar, em noventa dias da data do requerimento do interessado, omissão que impeça o exercício de direito constitucional.

<sup>37</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, Op. cit., p. 1034-1035.

<sup>38</sup>POLETTI, Ronaldo Rebello de Brito. **Controle de constitucionalidade das leis**. 2ª ed. rev. e ampl. de acordo com a Constituição de 05 de outubro de 1988, 8ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 209-210.

Esse autor aponta que, no Brasil, tal problema teria surgido na Constituição de 1934, que, na opinião dele, era analítica e programática em excesso, fatores que ensejaram a ocorrência de omissão.

Na verdade, Ronaldo Poletti aponta como uma das causas da omissão o excessivo idealismo das Constituições brasileiras, em alguns aspectos, dissociado da realidade do País, dizendo que tal ineficácia ocorre de maneira clara em relação aos direitos sociais<sup>39</sup> e às normas programáticas.

Em sua obra, o autor menciona que tal problema ocorreu também em outros países, tais como na França, na Constituição de 1791, no Japão, na Constituição de 1946 (ditada pelas forças de ocupação, após a II Guerra Mundial, que proibia aquele país de ter forças armadas, mas que mesmo assim não impediu o Japão de reconstruir seu potencial militar) e na Itália, que, no mesmo período, manteve em vigor várias leis do período fascista.

A inércia ou omissão, portanto, revela um *comportamento inconstitucional* dos poderes constituídos.

Ao estudarmos os dispositivos constitucionais e o conjunto normativo formado pela Constituição, verificamos que nem sempre o constituinte originário normatizou em minúcias todos os temas tratados no texto, deixando lacunas a serem preenchidas pelo legislador infraconstitucional.

---

<sup>39</sup>POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle**, p. 209-210. O autor cita, como exemplo, o “*utópico salário mínimo*”, que deveria ser fixado em valor suficiente para atender às diversas necessidades do trabalhador e de sua família (o que, na prática, não aconteceu até hoje).

Portanto, há dispositivos que demandam complementação, não em razão de omissão deliberada do constituinte originário, mas sim porque alguns temas, de caráter aberto, atendem melhor ao ideal constituinte, se não forem aprofundados e disciplinados em minúcias, no texto constitucional. Nesse caso, é aberta uma oportunidade para a atuação do Parlamento, possibilitando uma atualização facilitada das normas com estas características, sem necessidade de Emenda Constitucional para isso, trazendo, como benefício adicional, atualização do texto constitucional em relação à realidade que o cerca.

No mesmo sentido, Hesse<sup>40</sup> afirma que, em algumas questões, é desnecessária a regulação jurídico-constitucional, pois a Constituição deve tratar dos temas fundamentais à organização do Estado, deixando ao legislador infraconstitucional a tarefa de regular os temas que não tem a mesma importância e completar, quando assim exigido pela Constituição, o sentido de normas constitucionais.

Em razão dessa característica, *a Constituição de antemão não propõe a pretensão de uma ausência de lacuna ou até de unidade sistemática*<sup>41</sup>.

Ou seja, de modo a permanecer em sintonia com a realidade, a Constituição, em alguns temas, apresenta lacunas, que deverão ser colmatadas pelo legislador infraconstitucional, de modo a possibilitar a livre discussão, decisão e deliberação desses temas não só ao tempo do processo constituinte, mas de maneira permanente<sup>42</sup>.

Assim, a própria Constituição determina o que deve ficar e o que não deve ficar aberto.

---

<sup>40</sup>HESSE, Konrad. **A força normativa**, Op. cit.

<sup>41</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional**, Op. cit., p. 39.

<sup>42</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional**, Op. cit., p. 40.

Nesse sentido, Hesse<sup>43</sup> menciona que as bases da ordem da coletividade não devem ser instituídas por dispositivos de caráter aberto, de modo a preservar tais temas da luta permanente dos grupos e correntes que a compõem, como os dispositivos que cuidam da organização e o procedimento do Estado e de suas tarefas, que devem ser regulados diretamente pelo texto constitucional.

Em tais temas, dificilmente haverá lacunas a serem colmatadas, e, nesta hipótese, não ocorrerá omissão inconstitucional.

Em síntese, a figura da omissão inconstitucional é causada, principalmente, pela ausência de mecanismos constitucionais que *obriguem* o legislador a cumprir as determinações constitucionais de complementação legislativa ou regulamentar, e a cumprir os prazos, fixados pela Constituição, para que tal atividade seja efetuada.

Mencionamos, também, como possíveis causas, o excessivo idealismo e detalhamento das Constituições, que, em alguns temas, se encontram muito distantes da realidade e a grande quantidade de dispositivos constitucionais programáticos e de caráter aberto, que demandam maior atividade por parte dos ramos de poder competentes na tarefa de complementá-los.

---

<sup>43</sup>HESSE, Konrad. **A força normativa**, Op. cit.



#### 4- EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA REPERCUSSÃO NA CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO.

Neste item, estudaremos o tema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais e os fundamentos para identificarmos quais normas constitucionais necessitam de complementação normativa ou regulamentar, a qual, se não efetuada, faz surgir a omissão inconstitucional.

Os primeiros doutrinadores a tratar do tema foram os norte-americanos, especialmente Thomas Cooley, que teve sua obra traduzida por Ruy Barbosa e cuja classificação foi adotada pelo brasileiro, conforme relata Paulo Bonavides<sup>44</sup>.

É famosa, entre nós, a doutrina de Thomas Cooley, que divide as normas constitucionais em dois grupos: as normas constitucionais auto-executáveis, cuja eficácia é total e as não auto-executáveis, cuja eficácia depende de normatização complementar para que sua eficácia se complete.

Bonavides menciona, ainda, a doutrina italiana, que também explorou o tema e tem, como seus maiores expoentes, Gaetano Azzariti e Vezio Crisafulli<sup>45</sup>.

Azzariti, em sua classificação, divide as normas constitucionais em normas preceptivas, semelhantes às normas auto-executáveis, (tratadas por Cooley), que têm caráter obrigatório, e em normas diretivas, que contém diretrizes ao legislador futuro, são de caráter facultativo e destituídas de eficácia, razão pela qual tal classificação sofreu severas críticas da doutrina, em razão de não admitir eficácia alguma às normas constitucionais programáticas.

---

<sup>44</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30ª ed., atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 84, de 2.12.2014), São Paulo : Malheiros, 2015, p. 246.

<sup>45</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30ª ed., atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 84, de 2.12.2014), São Paulo : Malheiros, 2015, p. 247-248.

Crisafulli apresenta uma classificação que teve maior aceitação do que a de Azzariti, ao dividir as normas constitucionais em normas de eficácia plena e aplicação imediata e normas de eficácia limitada, por sua vez, subdivididas em normas de legislação e normas programáticas, a qual não difere das chamadas normas auto-executáveis, de Cooley, nem tampouco das normas preceptivas, adotada por Azzariti.

A posição de Crisafulli se destaca, principalmente, ao cuidar das normas que rotula como de eficácia limitada, que dependem de legislação futura para adquirirem plena eficácia. Finalmente, surge, com esse autor, a menção às chamadas normas programáticas, que têm a possibilidade de adquirirem alguma eficácia, pois não são meros conselhos ou recomendações ao legislador, mas comandos normativos, que devem ser obrigatoriamente observados e que têm o poder de impedir a edição de normas infraconstitucionais futuras, em sentido contrário.

Como se nota, pelo exame da doutrina estrangeira, há uma grande evolução quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais que dependem de legislação futura para irradiarem todos os seus efeitos sobre a coletividade, partindo de uma noção de eficácia praticamente inexistente, verificada no pensamento dos autores norte-americanos e na doutrina do italiano Azzariti e chegando a uma noção de maior eficácia das normas constitucionais, especialmente em relação às normas programáticas, na classificação de Crisafulli.

Na doutrina brasileira, onde também ocorreu tal evolução, os doutrinadores, partindo da classificação de Crisafulli, trabalharam a questão, especialmente em relação às normas constitucionais que dependem de legislação infraconstitucional para aumentarem seu grau de eficácia.

Assim, Anna Candida da Cunha Ferraz, ao analisar o tema, partiu de seu conceito de inércia dos poderes constituídos na concretização de dispositivos constitucionais.

Tal inércia, conforme entende a autora, pode ocorrer em qualquer dos ramos de poder, sendo mais comum em relação ao Poder Legislativo, ramo de poder responsável, por excelência, para o exercício da função legislativa.

No caso da inércia ou omissão legislativa, esta se configura nas hipóteses onde, apesar da determinação constitucional, o Legislativo deixa de cumprir o seu papel integrador<sup>46</sup> e não elabora as leis e demais atos normativos necessários à plena eficácia dos dispositivos constitucionais que necessitem desta complementação e, ainda, quando deixa de praticar atos de qualquer natureza também exigidos pela Constituição<sup>47</sup>.

Anna Candida menciona, também, as hipóteses de omissões inconstitucionais por parte dos poderes Executivo e Judiciário, que podem descumprir o texto constitucional ao não exercerem a competência normativa e regulamentar a eles conferida, gerando omissão inconstitucional.

Assim, o Poder Executivo pratica omissões inconstitucionais quando deixa de expedir os atos normativos determinados pela Constituição, de modo expresso ou implícito.

Já em relação ao Judiciário, a demora na prestação jurisdicional configura inércia, quando, então há omissão desse ramo de poder.

Nessa ordem de ideias, a responsabilidade pela superação de tais lacunas é, primordialmente, do Poder Legislativo, e, na hipótese de tal poder se manter inerte, surge o fenômeno da omissão inconstitucional.

---

<sup>46</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais**, Op. cit., p. 94.

<sup>47</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais**, Op. cit., p. 222.

Ao analisar o tema, José Afonso da Silva constrói uma teoria da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais em monografia<sup>48</sup> editada, pela primeira vez, em 1967, a qual vem sendo sucessivamente reeditada e cujos conceitos, ainda hoje, são majoritariamente acolhidos na doutrina do Direito Constitucional.

Nessa obra, o autor classifica as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em 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, declaratórias de princípios institutivos ou organizativos ou declaratórias de princípios programáticos.

Para desenvolver o tema, o autor parte do princípio de que todas as normas da Constituição são formalmente constitucionais e tem igual hierarquia, pouco importando as distinções materiais entre elas<sup>49</sup>.

Ao partir de tal premissa, o autor refuta as orientações doutrinárias nas quais se considera que as normas constitucionais, declaratórias de princípios programáticos, não são normas constitucionais em sentido estrito e que teriam por finalidade apenas indicar ao legislador os caminhos a serem seguidos na busca pela concretização dos objetivos do constituinte.

Prosseguindo em sua teoria, José Afonso da Silva trata das condições de aplicabilidade das normas constitucionais, que são a vigência, a legitimidade e a eficácia.

Quanto à vigência, entende que a norma constitucional deve existir juridicamente e conter cláusula que determine o momento a partir do qual ela deve vigorar e produzir efeitos.

---

<sup>48</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

<sup>49</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade**, Op. cit., p. 46-47.

No caso da Constituição de 1988, suas normas entraram em vigor na data da sua promulgação.

Contudo, observa José Afonso da Silva, que, tanto na Constituição de 1967 quanto na Constituição de 1969, o texto constitucional não entrou em vigor na data da promulgação da Constituição, mas algum tempo depois (a Constituição de 1967 foi promulgada em 24.01.1967, mas só entrou em vigor em 15.03.1967, ao passo que a Constituição de 1969 foi promulgada em 17.10.1969, para entrar em vigor em 30.10.1969), configurando a chamada *vacatio constitutionis*.

Sobre a questão da vigência, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>50</sup> afirma que, em princípio, a norma constitucional tem incidência imediata, mas que também é possível sua aplicação retroativa, se o constituinte originário assim decidir – o que, segundo o autor, é muito raro -. Se existirem atos e fatos que ainda não se completaram quando a Constituição entrar em vigor, estes serão atingidos de forma imediata.

O autor também trata da vigência das normas autoexecutáveis da Constituição (que, na teoria de José Afonso da Silva são as normas de eficácia plena), dizendo que tais normas produzem efeitos em relação aos atos e fatos futuros, posteriores à sua entrada em vigor.

Já em relação às normas não-autoexecutáveis da Constituição (que, na teoria de José Afonso da Silva são as normas de eficácia limitada, que dependem de complementação normativa ou regulamentar), afirma o autor que estas podem produzir efeitos imediatamente, se a legislação infraconstitucional anterior à sua promulgação, que regule a matéria em questão, for compatível com a nova ordem constitucional, quando, então, ocorre a *recepção*.

---

<sup>50</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988** – 2. ed. atual. e reform. – São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 1 – arts. 1º a 103, p. 7-10.

Quanto à legitimidade da norma constitucional, na hipótese de entrada em vigor de uma nova Constituição esta provém do Poder Constituinte originário.

Nessa questão, o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>51</sup> elenca três características fundamentais deste Poder, sendo a primeira, o fato de que ele é inicial, pois não se funda em qualquer outro e dele derivam os demais poderes. A segunda é a ausência de limitações, referentes ao texto constitucional anterior ou a qualquer outra espécie normativa. Por fim, ele é incondicionado, uma vez que não obedece a fórmulas preestabelecidas para ser exercido.

Quanto à eficácia das normas, sejam elas constitucionais ou não, José Afonso da Silva utiliza o conceito de J.H. Meirelles Teixeira, que a define como a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita<sup>52</sup>.

Ainda na questão da eficácia jurídica, as normas constitucionais se subdividem em normas preceptivas, impositivas de condutas e normas proibitivas, as quais impõem limitações e proibições ao poder público.

As normas constitucionais, portanto, podem ser, ao mesmo tempo, preceptivas e proibitivas e sua concretização *independe* da vontade do agente.

Ou seja, a concretização dos dispositivos do texto constitucional não seria uma opção do legislador, mas uma *obrigação* a ele imposta pela Constituição Federal.

Nessa tese, lembra José Afonso da Silva que, por princípio, não há norma constitucional destituída de eficácia. O que ocorre, na verdade, são variações em seus graus de eficácia: plena, contida e limitada.

---

<sup>51</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** – 34ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 26-27.

<sup>52</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade**, Op. cit., p. 66.

Normas constitucionais de eficácia plena<sup>53</sup> são normas que contêm vedações ou proibições, conferem isenções, imunidades e prerrogativas, não designam órgãos, autoridades ou processos especiais para sua execução e não exigem a elaboração de normas legislativas ou regulamentares que lhes completem o alcance e o sentido ou lhes fixem o conteúdo, pois disciplinam de modo suficientemente explícito a matéria por elas regulada.

As normas de eficácia contida são<sup>54</sup> aquelas em que a Constituição regula suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas possibilita, ao mesmo tempo, sua restrição, em razão de legislação infraconstitucional federal, nos termos a serem estabelecidos em lei.

Neste tema, Carlos Augusto Alcântara Machado anota<sup>55</sup> que as normas constitucionais de eficácia contida terão eficácia plena, caso a normatização restritiva não seja elaborada.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada<sup>56</sup>, necessitam, para que sua eficácia tenha maior grau, de complementação legislativa ou regulamentar, sendo, a nosso ver, as que geram o problema da omissão, na maior parte dos casos.

Sobre o mesmo tema, Canotilho<sup>57</sup> menciona que, a exemplo das normas constitucionais de eficácia limitada presentes na Constituição brasileira, também na Constituição de Portugal, existem normas de caráter semelhante, definidas como normas *sem suficiente densidade* para serem diretamente aplicadas, sem a intervenção do legislador.

Tais normas, segundo o autor, necessitam de complementação, mesmo quando não houver uma ordem concreta do texto constitucional nesse sentido.

---

<sup>53</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade**, Op. cit., p. 101.

<sup>54</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade**, Op. cit., p. 116.

<sup>55</sup>MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**, p. 30-32.

<sup>56</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade**, Op. cit., p. 125-127.

<sup>57</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição** – 7ª ed. (2ª reimpressão). Edições Almedina, 2003, Coimbra, p. 1034.

José Afonso da Silva, em sua teoria, subdivide as normas constitucionais de eficácia limitada em dois grupos: o primeiro, referente às normas constitucionais de eficácia limitada e de princípio institutivo, cujo teor tem conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, bem como as respectivas atribuições e relações entre tais entes; o segundo, as normas constitucionais de eficácia limitada e de princípio programático, as quais envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas que objetivem a realização do bem comum.

As normas constitucionais de eficácia limitada, de princípio institutivo, são subdivididas em: normas impositivas, as quais determinam, taxativamente, a emissão da legislação ou regulamentação integrativa, tendo como característica principal o verbo que *impõe* tal obrigação estar no modo imperativo (“deverá”); normas facultativas, as quais *não impõem*, diretamente, uma obrigação ao legislador, mas permitem a atuação integrativa nos assuntos nos quais o constituinte originário assim entendeu necessário, tendo como característica principal o verbo indicar uma permissão e não uma obrigação (“poderá”).

Assim, o posicionamento de José Afonso da Silva leva à conclusão que a utilização do Mandado de Injunção ou da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão só será cabível, em regra, se a norma não integrada for de eficácia limitada, de princípio institutivo e de caráter impositivo, que muito se aproximaria dos chamados “encargos ao legislador”, encontrados em vários sistemas europeus como instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão.

Por outro lado, podemos pensar em omissão inconstitucional referente às normas programáticas, se elas versarem sobre direitos fundamentais e os poderes públicos, especialmente o Poder Executivo não implementarem as medidas administrativas necessárias a conferir eficácia plena também às normas programáticas.



Da análise efetuada, verificamos que: há normas constitucionais que podem ser aplicadas diretamente a partir do texto constitucional, hipótese na qual a concretização de dispositivos constitucionais ocorre por meio da interpretação constitucional, momento em que serão levados em consideração os princípios interpretativos do Direito Constitucional; outras normas, contudo, não podem ser aplicadas diretamente e necessitam de complementação normativa ou regulamentar, a ser efetuada, primordialmente, pelo Poder Legislativo e, excepcionalmente, pelos demais ramos do Poder.

Outros doutrinadores brasileiros, após a publicação da obra de José Afonso da Silva, também se debruçaram na análise desse tema.

Assim, analisaremos, também, os posicionamentos de Luis Virgílio Afonso da Silva<sup>58</sup>, Flávia Piovesan<sup>59</sup>, Maria Helena Diniz<sup>60</sup>, Paulo Bonavides<sup>61</sup>, Dirley da Cunha Júnior<sup>62</sup>, Carlos Augusto Alcântara Machado<sup>63</sup>.

Inicialmente, cumpre mencionar que Luis Virgílio Afonso da Silva, em tese apresentada para o concurso para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2005, teceu críticas à teoria de José Afonso da Silva.

Nessa tese, esse autor criticou a possibilidade de regulamentação de direitos fundamentais, dizendo que regulamentação e restrição são conceitos muito próximos<sup>64</sup>.

---

<sup>58</sup> SILVA, Luis Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Tese apresentada para o concurso para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005. Nessa obra, o autor revisita a teoria de José Afonso da Silva, especialmente na questão da eficácia e aplicabilidade dos direitos sociais fundamentais.

<sup>59</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>60</sup> DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>61</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30ª ed., atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 84, de 2.12.2014), São Paulo : Malheiros, 2015.

<sup>62</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. 2ª ed., Saraiva, 2008.

<sup>63</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

Assim, ao regulamentar direitos fundamentais, na verdade o legislador infraconstitucional estaria restringindo tais direitos.

Outra crítica é quanto à utilização da expressão *contida*, para designar normas constitucionais que possuem eficácia total, mas permitem sua restrição, onde o autor afirma que, eficácia contida na verdade expressaria que a limitação da eficácia já ocorreu, preferindo que fosse utilizada a expressão contível ou restringível<sup>65</sup>.

Em mais uma crítica, o autor questiona a própria existência das normas de eficácia contida, defendendo a tese de que todas as normas constitucionais podem ser restringidas pelo legislador infraconstitucional, razão pela qual não faria sentido a subdivisão entre normas que podem e as que não podem ser restringidas<sup>66</sup>.

Entende, ainda, que a eficácia plena ou não existe ou só existe quando as condições institucionais já existam<sup>67</sup>.

Afirma não haver distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada<sup>68</sup>.

José Afonso da Silva respondeu a todas as críticas, reafirmando o cerne de sua teoria<sup>69</sup>.

---

<sup>64</sup>SILVA, Luis Virgilio Afonso da. **O conteúdo**, Op. cit., p. 276.

<sup>65</sup>Idem, p. 290.

<sup>66</sup>Idem, p. 294-295.

<sup>67</sup>Idem, p. 308.

<sup>68</sup>Idem, p. 315.

<sup>69</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade**, Op. cit., p. 269-283.

Na questão da regulamentação, o autor explica que, em sua obra, quando menciona regulamentação, na verdade está falando de regulamentação de normas e não de regulamentação de condutas, fatos ou situações fáticas, hipótese em que, isto sim, a regulamentação importa em restrição. Cita como exemplo que a regulamentação de lei para sua fiel execução não é restrição, mas expansão de sua normatividade.

Na verdade, José Afonso defende que a regulamentação amplia o alcance da norma constitucional, ao invés de restringí-lo.

Resume a questão, dizendo que, quando a Constituição previu a ampliação do alcance da norma, utilizou as expressões: *a lei regulará, a lei disciplinará, a lei disporá*; quando pretende restringir esse mesmo alcance, utilizou as expressões: *nos termos da lei, na forma da lei, na forma estabelecida em lei, nas condições que a lei estabelecer*.

Quanto à utilização do termo *norma de eficácia contida*, José Afonso explicou que utilizou tal expressão, pois, quando o livro foi escrito, ainda na vigência da Constituição de 1946, referida Constituição trouxe diversos conceitos limitadores de direitos individuais, como *ordem pública e bons costumes*, em relação aos quais as normas constitucionais já se encontravam limitadas na prática, não sendo meras possibilidades. Assim, o termo englobava tanto as normas que já se encontravam limitadas, quanto as normas passíveis de limitação.

Quanto à inexistência das normas de eficácia contida, José Afonso explica que somente, em regra, somente é possível a restrição do alcance de normas constitucionais se estas não tratarem de direitos fundamentais; no caso dos direitos fundamentais, em regra, não é possível qualquer restrição e nem é necessária qualquer regulamentação para a sua aplicabilidade, a qual, todavia, não é proibida.

Afirma que a doutrina de Luis Virgilio é artificial, pois pretende aumentar o campo de proteção dos direitos, além do que está previsto na Constituição, para depois aceitar restrições, também além do que prevê o texto constitucional.

Com relação à inexistência de normas de eficácia plena, especialmente na questão das liberdades públicas, José Afonso responde que, nesse assunto, não basta que o Estado se abstenha de impor limites, mas, em muitos casos, exige a ação estatal para que a eficácia da norma seja realmente plena.

Quanto à inexistência de distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada, o autor afirma que seu crítico confunde regulamentação e restrição, por considerá-las sinônimas, razão pela qual confunde normas restringíveis como normas de eficácia limitada. Explica que só são restringíveis por lei infraconstitucional as normas em relação às quais a própria Constituição já impôs limites.

Termina discordando do posicionamento de Luis Virgilio, que defende a possibilidade de que todos os direitos previstos na Constituição, inclusive os individuais, são passíveis de restrições por meio de normas infraconstitucionais, postulando o rebaixamento da eficácia de todas as normas constitucionais, inclusive as de eficácia plena, entendendo que tal tese representa um pensamento conservador.

Flávia Piovesan, na esteira do pensamento de José Afonso da Silva, menciona que a norma jurídica atua nos planos da validade e da eficácia.

Validade, segundo a autora, diz respeito à norma que cumpriu seu processo de formação, de acordo com o que determina o ordenamento jurídico, ou seja, é norma produzida com a observância do processo legislativo<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção**, Op. cit., p. 54.

Eficácia diz respeito à norma efetivamente aplicada, observada e respeitada<sup>71</sup>. Neste quesito a norma pode ter eficácia jurídica, entendida como a possibilidade formal de aplicação da norma e eficácia social, que é a possibilidade real de aplicação da norma, ou seja, a materialização da norma no mundo dos fatos.

Maria Helena Diniz também tratou do tema, enunciando sua própria classificação<sup>72</sup>, na qual divide as normas constitucionais em normas de *eficácia absoluta, plena, relativa restringível e relativa complementável*, de forma bastante semelhante à adotada por José Afonso da Silva.

Como acréscimo em relação à classificação de José Afonso da Silva, a autora inclui na respectiva classificação, mais uma categoria de normas constitucionais, as *normas constitucionais de eficácia absoluta*.

Tais normas irradiam seus efeitos completa e imediatamente após a promulgação da Constituição, e tem como característica principal, serem imodificáveis por meio de Emenda Constitucional; possuem, ao mesmo tempo, eficácia positiva, no sentido de serem aplicadas imediatamente, e eficácia negativa, por impedirem a edição de qualquer norma infraconstitucional em sentido contrário.

Já as normas de eficácia relativa restringível correspondem às normas constitucionais de eficácia contida, de José Afonso da Silva, e, resumidamente, apresentam eficácia plena, a qual, todavia, pode ser restringida pelo legislador infraconstitucional.

Por fim, as normas de eficácia relativa complementável não receberam do constituinte originário normatividade suficiente para sua aplicação imediata, razão pela qual exigem complementação normativa infraconstitucional para que produzam todos os efeitos previstos no texto constitucional.

---

<sup>71</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção**, Op. cit., p. 57.

<sup>72</sup>DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional**, Op. cit., p. 113-119.

Deste modo, na classificação de Maria Helena Diniz, seriam as normas de eficácia relativa complementável as que poderiam ensejar omissão inconstitucional.

Com relação à classificação de Paulo Bonavides, importa salientar que esse autor considera como mais importante o fato de que as normas de eficácia relativa dependem de complementação legislativa ou regulamentar por parte dos poderes públicos, para que sua eficácia seja completa.

Neste sentido, verificando-se a existência de normas constitucionais que dependam de complementação legislativa, bem como a ausência de atuação do ramo de poder competente, por período considerável, abre-se a oportunidade da utilização dos meios judiciais de controle dessa omissão.

Dirley da Cunha Júnior<sup>73</sup> tem pensamento semelhante ao dos outros doutrinadores aqui estudados, tanto que afirma adotar o mesmo entendimento de José Afonso da Silva.

Algumas observações desse autor acrescentaram argumentos em defesa da efetividade de todas as normas constitucionais, especialmente as normas programáticas, que sempre foram objeto de intensas disputas doutrinárias.

Assim, o autor entende que são normas constitucionais todas as normas existentes na Constituição, pouco importando o seu conteúdo, pois expressam uma obrigatoriedade de comportamento, seja ele omissivo ou comissivo.

Outro diferencial da posição de Dirley em relação aos trabalhos dos demais autores é a defesa veemente da possibilidade de atuação judicial efetiva na superação da omissão e na concretização dos comandos constitucionais, revelando seu posicionamento favorável ao ativismo judicial.

---

<sup>73</sup>JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. 2ª ed., Saraiva, 2008, p. 77-104.

Segundo esse autor, mesmo as normas constitucionais que facultem determinadas condutas são também de cumprimento obrigatório, pois proíbem condutas em sentido contrário a estas.

Por outro lado, não aceita a classificação da doutrina norte-americana, que divide as normas constitucionais em mandatórias e diretórias, pois estas últimas tem caráter regulamentar, tratam de matérias que não são essencialmente constitucionais e podem ser objeto de legislação infraconstitucional em sentido contrário.

Sua discordância é em relação ao caráter não obrigatório de tais normas, pois, para ele, todas as normas constitucionais são de cumprimento obrigatório.

Em relação à classificação feita pela doutrina norte-americana, que divide as normas constitucionais, quanto à eficácia, em normas autoexecutáveis e não autoexecutáveis, seu posicionamento, nesta matéria, é semelhante ao entendimento de Maria Helena Diniz e de Paulo Bonavides, tendo, contudo, acrescentado que um dos grandes problemas dessa classificação é não atribuir efetividade jurídica às normas programáticas<sup>74</sup>.

No mais, adota os conceitos de José Afonso da Silva quanto à vigência, validade ou legitimidade e eficácia.

---

<sup>74</sup>O autor também menciona que Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito dividem as normas constitucionais em normas de aplicação e normas de integração. Relevante observar que esses autores entendem que as normas de aplicação se dividem em normas regulamentáveis e normas irregulamentáveis, sendo, em relação às primeiras, possível a regulamentação infraconstitucional e, em relação às normas irregulamentáveis, não admitida esta complementação, pois tais dispositivos tem normatividade que surge e se esgota na própria Constituição. Por outro lado, com relação às normas de integração, para esses autores, tais normas necessitam da atividade legislativa infraconstitucional complementar, para que possam incidir em sua plenitude. Bastos e Brito ainda sub-classificam as normas constitucionais em normas completáveis, que necessitam de integração e normas restringíveis, as quais, muito embora disciplinem completamente a matéria de que cuidam, são passíveis de redução de seu campo de incidência.

Com relação à eficácia das normas constitucionais, Carlos Augusto Alcântara Machado, em sua obra *Mandado de Injunção*, entende, na esteira do pensamento de José Afonso da Silva, que a norma constitucional ou qualquer outra norma, é eficaz quando se encontra apta a ser aplicada, reunindo os elementos e meios para sua operatividade<sup>75</sup>.

Observa, também, que, conforme a jurisprudência norte-americana, a maior parte das normas constitucionais daquele país necessita de complementação legislativa para que seus comandos se tornem plenamente eficazes, todavia, não concorda com os demais autores que, em razão dessa característica da Constituição americana, afirmam que algumas dessas normas não teriam eficácia alguma<sup>76</sup>.

Segundo ele, mesmo as normas constitucionais autoexecutáveis podem necessitar de complementação legislativa ou regulamentar, para que seu grau de eficácia seja ampliado<sup>77</sup>.

Por fim, Carlos Augusto Alcântara Machado cita o posicionamento de Luís Roberto Barroso<sup>78</sup>, que classifica as normas constitucionais, quanto ao seu grau de eficácia, em: *normas de organização*, que disciplinam o exercício do poder político e são dirigidas aos poderes do Estado; *normas definidoras de direitos*, que estabelecem os direitos fundamentais das pessoas; *normas programáticas*, que delineiam os fins públicos a serem alcançados por meio de sua concretização.

Neste tópico, o autor adota o posicionamento da maioria dos autores estudados, entendendo que não há normas constitucionais destituídas de eficácia, mas ressalva que as diversas classificações apresentadas são distintas e complementares entre si, em razão dos critérios utilizados por seus autores.

---

<sup>75</sup>MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**, Op. cit., p. 2.

<sup>76</sup>MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**, Op. cit., p. 22.

<sup>77</sup>MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**, Op. cit., p. 23.

<sup>78</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 87-88, *apud* MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**, Op. cit., p. 39-40.



Considerações comuns a todos os autores pesquisados podem ser apontadas:

- a) Todos entendem que todos os dispositivos constitucionais possuem algum grau de eficácia. Assim, todas as normas constitucionais são normas jurídicas, pouco importando seu grau de eficácia e o assunto nelas versado;
- b) A maioria admite a existência de normas programáticas e enfatiza o caráter obrigatório de tais normas;
- c) Alguns, como Bonavides, enfatizam que o cumprimento das normas programáticas independe do grupo político que esteja no poder, pois elas resultam do programa político adotado pelo constituinte originário, e admitem, também, que o programa possa ser modificado por Emendas Constitucionais;
- d) As classificações não se contradizem, mas se complementam;
- e) No Direito brasileiro, os pontos de partida foram as classificações de J.H. Meirelles Teixeira e de José Afonso da Silva;

Sem desmerecer as demais classificações, entendemos que a de José Afonso da Silva é a que melhor avaliou o grau de eficácia das normas constitucionais, razão pela qual, neste trabalho, é a que foi adotada.

Em relação à inércia dos poderes públicos, Maria Helena Diniz, Paulo Bonavides e Dirley da Cunha Júnior entendem que, além do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, também a Iniciativa Legislativa Popular pode ser utilizada como instrumento jurídico hábil para superação da omissão inconstitucional.

Nesta questão, os autores divergem quanto ao papel que o Judiciário deve ter.

Para Maria Helena Diniz, mais adequada seria a utilização do Mandado de Injunção, por meio do qual o Judiciário deveria limitar-se a regulamentar, para o caso concreto, o direito ou prerrogativa objeto da ação, sem a atribuição de efeitos *erga omnes*, sob pena de ser violado o princípio da separação dos ramos do poder.

No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, tal regulamentação não deveria ocorrer, mas, tão-somente, a declaração da ocorrência de referida inconstitucionalidade, deixando ao Legislativo a tarefa de elaborar a regulamentação correspondente.

Já para Dirley da Cunha Júnior, Carlos Augusto Alcântara Machado e Flávia Piovesan, a participação do Judiciário nessa tarefa pode e deve ser mais efetiva, procurando, na interpretação constitucional, aplicar o Princípio da Máxima Efetividade, de modo a possibilitar a aplicação direta das normas constitucionais, mesmo quando ausente a complementação infraconstitucional.

Em resumo, após analisar o posicionamento de vários doutrinadores, nacionais e estrangeiros, podemos concluir que quaisquer normas constitucionais que confirmam direitos e prerrogativas, sejam elas de eficácia limitada ou contida, são normas que podem ser objeto de Mandado de Injunção.

Por outro lado, quaisquer normas constitucionais que determinem a elaboração de lei ou regulamento e que não digam respeito a direitos ou prerrogativas conferidas à pessoa, podem ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

Para Flávia Piovesan<sup>79</sup>, o campo de incidência da omissão legislativa inconstitucional só pode abranger normas constitucionais que dependam de legislação infraconstitucional para a produção de seus efeitos e está relacionada com normas constitucionais de eficácia limitada.

---

<sup>79</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 78.

Portanto, no mesmo sentido, concluímos que as omissões analisadas neste trabalho, dizem respeito, principalmente, às normas constitucionais de eficácia limitada, de princípio institutivo e de princípio programático, visto que, em relação às normas constitucionais de eficácia plena, estas não necessitam, necessariamente, de complementação legislativa ou regulamentar, sendo aplicáveis, em tese, diretamente a partir do texto constitucional, ao passo que as de eficácia contida, que também podem ser aplicadas diretamente a partir do texto constitucional, em regra, podem ter o seu alcance restringido pela intervenção do legislador.

## 5- MODALIDADES DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.

As doutrinas brasileira e estrangeira mencionam a existência de dois tipos de omissão: a omissão total e a omissão parcial<sup>80</sup>.

Gilmar Mendes, ao analisar o sistema de controle da inconstitucionalidade por omissão, na Alemanha, mencionou a existência, naquele país, destes dois tipos de omissão inconstitucional<sup>81</sup>.

Também no sistema constitucional brasileiro as omissões ocorrem, com bastante frequência, conforme veremos no desenvolvimento deste tópico.

A omissão total diz respeito à ausência de qualquer complementação à norma constitucional que assim o determine, o que pode ocorrer em razão de questões políticas, por considerar o Legislativo que a regulamentação de determinados dispositivos constitucionais seja inoportuna ou indesejável, prevalecendo o posicionamento da corrente política dominante em determinado momento histórico<sup>82</sup>.

Flávia Piovesan, ao tratar do tema, afirma que a omissão ocorre nas seguintes hipóteses<sup>83</sup>:

- a) Falta ou insuficiência de medidas legislativas. Neste caso, concluímos nós, a omissão é de responsabilidade do Poder Legislativo, em regra;
- b) Falta de adoção de medidas políticas ou de governo. Neste caso, concluímos nós, a omissão é de responsabilidade do Poder Executivo, em regra;

---

<sup>80</sup>Importante ressaltarmos que, na obra '**Direito constitucional e teoria da Constituição** – 7ª ed. (2ª reimpressão). Edições Almedina, 2003, Coimbra', p. 1035-1036, Canotilho divide a omissão em Omissão Absoluta e Omissão Relativa.

<sup>81</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. – 7. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1328.

<sup>82</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **A inércia**. Op. cit., p. 102.

<sup>83</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 90.

- c) Ausência de medidas administrativas, regulamentares ou de outros atos da Administração Pública. Neste caso, concluímos nós, a omissão é de responsabilidade do Poder Executivo ou de qualquer dos outros ramos de poder, quando estejam no exercício atípico de atividades administrativas;

Já a omissão parcial pode ocorrer quando o poder responsável pela elaboração normativa ou regulamentar concretiza o dispositivo constitucional de forma incompleta ou defeituosa<sup>84</sup>.

Ao tratar da omissão parcial ou relativa, Canotilho anota que, em Portugal, também existem omissões com esse caráter, que podem ocorrer tanto de forma deliberada, quando a normatização de dispositivos constitucionais exclui determinados grupos políticos e sociais de seu âmbito de aplicação, quanto em razão de uma equivocada apreciação da realidade das situações de fato por parte do legislador<sup>85</sup>. Se, todavia, ocorre a exclusão de determinados grupos do âmbito de aplicação da norma constitucional, entende o autor que não se trata propriamente de omissão, mas de inconstitucionalidade por ação.

No Brasil, Luiz Guilherme Marinoni<sup>86</sup> entende que, na omissão parcial, há atividade legislativa, *ainda que incompleta*, de um lado; e de outro, a omissão que gera inconstitucionalidade se apresenta:

- a) Na perspectiva vertical, dizendo respeito à intensidade ou suficiência de realização da norma constitucional;
- b) Na perspectiva horizontal, em relação à abrangência dos destinatários ou dos beneficiados da normatização<sup>87</sup>;

---

<sup>84</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso**, p. 1124. O autor, na página em questão, transcreve comentário feito pelo autor alemão Peter Lerche, na nota de rodapé nº 121 da obra citada.

<sup>85</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, Op. cit., p. 1035-1036.

<sup>86</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. **Curso**, Op. cit., p. 792-796.

<sup>87</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. **Curso**, Op. cit., p. 792-793.

Apresenta esse autor como exemplos de omissão parcial<sup>88</sup>:

- a) A fixação legislativa do valor do salário mínimo nacional (artigo 7º, IV, da CF), questão tratada na ADI 1.442, Rel. Min. Celso de Mello, na qual o STF concluiu que a insuficiência do valor estabelecido para o salário mínimo para atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família, configura claro desrespeito, ainda que parcial, à Constituição Federal, exigindo a reprovação de tal conduta por parte do Poder Judiciário;
  
- b) A revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos (artigo 37, X, da CF), questão tratada na ADI 526, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, na qual o STF considerou como omissão parcial a concessão, por meio de lei, de reajuste salarial aos militares, não estendida aos servidores públicos civis, deixando de conferir o alcance universal do benefício, previsto na Constituição Federal;

---

<sup>88</sup>Op. cit., p. 793-794.

## 6- OMISSÃO EM RELAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Neste tópico, verificaremos, em relação aos direitos fundamentais, previstos na Constituição de 1988, em normas de eficácia plena, dentre os quais se enquadram, também, os direitos sociais, se é necessária ou não a complementação normativa, por meio da edição de normas infraconstitucionais, para que sejam exercidos, ou se, a partir da previsão constitucional, é possível usufruí-los diretamente.

Os direitos sociais classificados como fundamentais, englobam o direito à educação, à saúde, à alimentação<sup>89</sup>, ao trabalho, à moradia<sup>90</sup>, ao transporte<sup>91</sup>, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, nos termos previstos no artigo 6º da Constituição Federal.

Ingo Sarlet<sup>92</sup> explica que tais direitos foram positivados na Constituição como direitos fundamentais, constituindo direitos fundamentais básicos, os quais, antes da Constituição de 1988, não estavam explicitamente constitucionalizados.

Com relação aos direitos sociais, sua concretização pode ser exigível judicialmente, segundo o entendimento de Jorge Miranda<sup>93</sup>. O autor afirma que tais direitos são invocáveis judicialmente, quer por ação – na hipótese de norma jurídica que os desrespeite – quer por omissão – na hipótese de ausência de norma integradora de tais direitos.

---

<sup>89</sup>O direito à alimentação foi introduzido pela EC 64, de 2010.

<sup>90</sup>O direito à moradia foi introduzido pela EC 26, de 14.12.2000.

<sup>91</sup>O direito ao transporte foi introduzido pela EC 90, de 15.09.2015.

<sup>92</sup>SARLET, Ingo. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes... [et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 534.

<sup>93</sup>MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**. 3ª edição, revista e actualizada – Coimbra Editora, 2000, p. 114. Nessa questão, o autor português é bastante enfático em sua posição, ao defender, em síntese, que todos os direitos conferidos pela Constituição configuram uma única realidade jurídica, pouco importando sua classificação, se fundamentais ou sociais.

A classificação dos direitos sociais como direitos fundamentais não é unânime na doutrina, pois, segundo o autor, em outros ordenamentos jurídicos, como na Alemanha, França, Portugal, Espanha e Itália, por exemplo, tais direitos não estão classificados desta forma e sua concretização ocorre por meio da atividade legislativa.

Outro problema que surge em relação aos direitos e garantias constitucionais são os limites à sua concretização, sintetizados nas questões do *mínimo existencial* e da *reserva do possível*.

Ingo Sarlet<sup>94</sup> trata destas questões, as quais, de modo resumido, dados os limites deste trabalho, se apresentam como dificuldades apontadas em relação à concretização dos direitos previstos na Constituição.

Assim, o autor menciona que a objeção à concretização dos direitos fundamentais fundada na chamada *reserva do possível*, que seria uma justificativa dos poderes públicos fundamentada na falta de recursos orçamentários para a adoção das medidas administrativas necessárias ao exercício desses direitos, implicando em parcial implementação ou mesmo na ausência de implementação, não pode ser invocada como impedimento à aplicabilidade imediata prevista na Constituição.

Segundo o autor, o Princípio da Proibição de Retrocesso refuta tal objeção, pois, antes de ser oposta tal justificativa para o não atendimento desse dever estatal, deve ser verificado se o *mínimo existencial* necessário à vida das pessoas está garantido.

Esse mínimo, ensina o autor, é o que o Estado deve assegurar positivamente às pessoas, levando-se em conta as exigências mínimas para uma vida com dignidade e deve ser pelo mesmo Estado respeitado, por força de um dever de não intervenção.

---

<sup>94</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes... [et al.]. **Direitos fundamentais sociais** – coordenadores J.J. Gomes Canotilho, Marcus Oriane Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102-103.



Assim, de modo a garantir tais direitos, se, na *reserva do possível*, os recursos orçamentários previstos para a implementação das políticas públicas determinadas pela Constituição se revelarem insuficientes, os poderes públicos deverão realocar tais recursos, redefinir as prioridades e adotar todas as medidas possíveis para que a concretização dos direitos e o seu exercício não sofram qualquer embaraço.

Nesse sentido, menciona Jorge Miranda<sup>95</sup> que as normas que conferem direitos e garantias são sempre preceptivas, no sentido de direcionarem as ações e normatizarem as condutas dos poderes públicos.

Esclarece que, na hipótese da norma constitucional ser exequível por si mesma – na teoria de José Afonso da Silva, normas de eficácia plena e normas de eficácia contida –, como no caso dos direitos fundamentais, sua aplicabilidade e eficácia são imediatas.

Ou seja, não dependem de interposição legislativa, a qual, se ocorrida, nada acrescentará de essencial à aplicabilidade imediata, mas constituirá um positivo reforço à certeza ou à segurança quanto às condições de exercício desses direitos.

Pensamos nós, que, além disso, tal regulamentação reforçaria, em relação aos direitos fundamentais, a aplicação do Princípio da Máxima Efetividade das normas constitucionais.

Por outro lado, se a norma constitucional não for exequível por si mesma – na doutrina de José Afonso da Silva, normas de eficácia limitada – como, na opinião de Jorge Miranda, o são as normas constitucionais que conferem direitos sociais, sua eficácia completa dependerá de complementação legislativa, exigida pela Constituição para dar concretude ao princípio da aplicabilidade imediata das normas constitucionais que conferem direitos às pessoas, a qual, caso não ocorrida, configura omissão inconstitucional.

---

<sup>95</sup>MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**. 3ª edição, revista e actualizada – Coimbra Editora, 2000, p. 312-315.

O autor explica que o legislador infraconstitucional regulamenta as normas autoexequíveis e concretiza as não exequíveis e está obrigado a tomar as providências que lhe competem, a partir da entrada em vigor do texto constitucional ou a partir do início do prazo previsto na Constituição para a elaboração da norma infraconstitucional exigida.

Trazendo tal explicação para o caso brasileiro, poderíamos admitir que o legislador infraconstitucional deve regulamentar os direitos fundamentais e concretizar os demais direitos previstos na Constituição.

Mas, na verdade, tal raciocínio não se aplica ao caso brasileiro, pois em nosso ordenamento, conforme o STF já teve oportunidade de se pronunciar, os direitos sociais se apresentam como direitos fundamentais das pessoas, posição defendida pela Corte, entre outros, nos seguintes julgados: RE-Ag.Rg. nº 271.286/RS, j. 24-11-2000, onde se discutiu o direito à saúde; RE-Rg 566.471/RN, j. 07-12-2007, no que se refere à obrigatoriedade de o Poder Público fornecer gratuitamente medicamentos de alto custo às pessoas; Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, onde foi discutido o direito de greve dos servidores públicos civis.

Ingo Sarlet, na mesma trilha, afirma que todos os direitos elencados no Título II da Constituição constituem direitos fundamentais<sup>96</sup>, razão pela qual os dispositivos que os instituíram tem aplicabilidade imediata, aplicando-se a eles o § 1º do artigo 5º, da Constituição Federal.

Nesta questão, Flávia Piovesan tratou, também, da eficácia das normas programáticas, antes de tratar desse tema<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup>SARLET, Ingo. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes... [et al.]. **Comentários**, Op. cit., p. 540.

<sup>97</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção**, Op. cit., p. 71.

Explica a autora que, como a Constituição é norma jurídica, todos os direitos nela previstos tem aplicação direta, vinculando os três ramos de poder. Afirma, portanto, que as normas constitucionais que conferem direitos sociais e econômicos são diretamente aplicáveis e de observância obrigatória pelos poderes públicos<sup>98</sup>.

Menciona que a doutrina tradicional sobre o tema considera que os direitos sociais são, na verdade, expectativas de direitos e não direitos subjetivos.

Por outro lado, menciona a existência de discricionariedade do legislador em aumentar o grau de eficácia de tais normas, levando-se em consideração o tempo e os meios para isso.

Tais normas, portanto, impõem ao legislador a obrigação permanente de concretizá-las, obrigam, também, todos os órgãos concretizadores e justificam a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos que as contrariem<sup>99</sup>.

Segundo a autora, a omissão inconstitucional surge em relação a normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, que dependam, obrigatoriamente, de providências normativas para que sejam plenamente eficazes.

Como exemplo, cita o inciso XI, do artigo 7º, da CF, que prevê o direito social à participação nos lucros auferidos pelas empresas.

Em seguida, trata do Princípio da Aplicabilidade Imediata das Normas Definidoras dos Direitos e Garantias Fundamentais, previsto no parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Em razão da existência desse princípio, é dever dos poderes públicos *conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental*<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção**, Op. cit., p. 72-73.

<sup>99</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção**, Op. cit., p. 74-75.

Canotilho<sup>101</sup>, do mesmo modo, afirma que, no Estado de Direito social, há um núcleo essencial de direitos, liberdades e garantias, os quais, em tese, ensejariam a aplicação direta das normas constitucionais que os garantem. Todavia, ensina que, se os órgãos legislativos não atuarem na concretização de tais direitos, gerando omissões legislativas e executivas, estariam, na prática, negando a aplicação de tal núcleo essencial de prestações sociais.

Flávia Piovesan, na esteira do pensamento de Canotilho, elenca os deveres dos ramos de poder, no enfrentamento da omissão inconstitucional em relação aos direitos fundamentais<sup>102</sup>.

Assim, compete ao Legislativo:

- a) Materializar a legislação em tempo razoável, sempre que esta seja necessária para tornar exequível a norma constitucional;
- b) Não reduzir a força normativa imediata das normas constitucionais, no momento de elaborar a legislação reclamada pela Constituição;
- c) Não elaborar normas incompatíveis, formal ou materialmente, com as normas constitucionais cuja complementação normativa é exigida pela Constituição;

Com relação ao Judiciário, este deverá:

- a) Interpretar os direitos fundamentais de modo a otimizá-los;
- b) Densificar tais direitos de forma a permitir sua aplicação imediata, quando ausentes as normas concretizadoras;

---

<sup>100</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção**, Op. cit., p. 105.

<sup>101</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes... [et al.]. **Direitos fundamentais sociais – coordenadores J.J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia.** – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11-31.

<sup>102</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção**, Op. cit., p. 107.

Por fim, o Poder Executivo, no exercício de suas competências planificadoras, regulamentares e prestacionais, deve exercer suas atividades de modo a concretizar os direitos fundamentais.

A autora, conclui que os direitos fundamentais tem caráter vinculante, sendo vedado aos poderes públicos, discricionariamente, deixar de concretizá-los, sob pena de ocorrência de omissão inconstitucional.

Jorge Miranda<sup>103</sup>, na mesma linha, esclarece que os dispositivos que conferem direitos vinculam a atividade dos poderes públicos, que não podem deixar de adotar as medidas que lhes competem para concretizá-los, sob pena de configurar omissão inconstitucional.

Reafirma, também, seu posicionamento, no sentido da aplicabilidade direta dos dispositivos constitucionais que conferem direitos fundamentais, a partir do próprio texto constitucional, sem a exigência prévia de regulamentação infraconstitucional.

Ou seja, todos os direitos previstos na Constituição são exigíveis, sem que haja necessidade de norma infraconstitucional para seu exercício; contudo, a elaboração de tais normas é obrigação dos poderes públicos responsáveis, de modo a otimizar o grau de eficácia desses dispositivos constitucionais, configurando, no caso de descumprimento, omissão inconstitucional.

---

<sup>103</sup>MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**. 3ª edição, revista e actualizada – Coimbra Editora, 2000, p. 314-320. Entende, ainda, o autor, que, em Portugal, inclusive as entidades privadas estão vinculadas à concretização dos direitos e garantias, conforme tópico, na mesma obra, às fls. 320-327.

## **II – CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DE ALGUNS SISTEMAS DE CONTROLE DAS OMISSÕES NO DIREITO ESTRANGEIRO.**

Neste capítulo, verificaremos de que modo a omissão inconstitucional é tratada em outros países.

Esta análise é importante para entendermos quais foram as influências doutrinárias estrangeiras no surgimento dos mecanismos de superação da omissão inconstitucional em nosso País.

## 1- DIREITO DO REINO UNIDO.

No Reino Unido, o sistema normativo é formado pelo *Common Law*, que surge após a conquista normanda, nascida das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, constituídos pelo próprio Rei e a ele subordinados e pela *Equity* que era inicialmente o direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei, fundados na equidade.

Guido Fernando Silva Soares<sup>104</sup> apresenta uma descrição simplificada do sistema, na qual a *Equity*, resumidamente, seria aplicada quando não houvesse uma solução para o caso concreto baseada no *Common Law*.

No início, o *Common Law* era aplicado pelos Tribunais de Westminster e a *Equity*, pelos tribunais do Chanceler (as *Courts of Chancery*), autoridade indicada diretamente pelo Rei.

Com o desenvolvimento de ambas, de forma semelhante, aplicava-se a regra do *stare decisis*, na qual *o direito é expresso pela atuação dos juízes (judge-made law)*.

Atualmente, são decididas por *Common Law* as causas criminais, o direito dos contratos e o da responsabilidade civil, todos decididos pelo júri, e são decididas por *Equity* as causas referentes à propriedade imobiliária, aos *trusts*, às sociedades comerciais, falências, interpretação de testamentos e liquidação de heranças.

A mais importante das características do sistema adotado na Inglaterra é que as decisões judiciais proferidas criam precedentes, que tem força obrigatória em relação a decisões judiciais proferidas em casos futuros, que se enquadrem no precedente.

---

<sup>104</sup>SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**, 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 32-33.

Duas características muito importantes, que são a ausência de Constituição escrita e de Tribunal Constitucional diferenciam o sistema jurídico adotado na Inglaterra dos demais sistemas aqui estudados.

Na Inglaterra, somente o Parlamento pode editar e revogar leis, cabendo ao Judiciário apenas aplicá-las.

René David<sup>105</sup> sintetizou a realidade constitucional inglesa afirmando que, para os ingleses, Constituição é o conjunto de regras de origem legislativa ou jurisprudencial que garantem o respeito às liberdades fundamentais.

Se omissão ocorrer, esta será somente omissão legislativa pura e simples e não omissão legislativa *inconstitucional*, por desrespeito a uma determinação *constitucional* de complementação legislativa referente a direitos e garantias conferidos às pessoas.

---

<sup>105</sup>DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo** (trad. port. Hermínio A. Carvalho de Les grands systèmes du droit contemporains). 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes – Selo Martins, 2002, p. 345.



## 2- DIREITO NORTE-AMERICANO.

No direito norte-americano, não há previsão expressa de competência da Suprema Corte para exercer o controle de constitucionalidade. Como observa reiteradamente a doutrina<sup>106</sup>

Nesse sistema, a característica marcante é a supremacia do Poder Judiciário na interpretação da Constituição, particularmente da Suprema Corte, mas que também é atribuída aos demais Juízes e Tribunais daquele país.

Assim, esse controle pode ser exercido por qualquer Juiz ou Tribunal norte-americano, num caso concreto e, somente nos casos que forem admitidos para julgamento, a *decisão* quanto à constitucionalidade é atribuição da Suprema Corte.

Entre outros autores, Alexandre de Moraes registra que os casos enquadrados nas competências recursais facultativas são os mais numerosos, todavia, a Suprema Corte admite para julgamento pouquíssimos casos, existindo um procedimento especial para tal desiderato<sup>107</sup>.

Desse modo, as competências da Suprema Corte norte-americana assemelham-se às competências do nosso STF, com a grande diferença de que é muito mais difícil a admissão de causas para julgamento, pois, em relação às competências facultativas, a Suprema Corte tem a prerrogativa de decidir quais demandas irá julgar.

---

<sup>106</sup>Conferir, entre outros: SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. 1ª edição brasileira, tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, julho de 1966 (de American Constitutional Law, London: Cambridge University Press, 1958); CAPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado**. 2ª edição, reimpressão. Trad; Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, especialmente pp. 45 e seguintes. Entre autores brasileiros, ver MORAES, **Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 92 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, pp. 123 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang. *In* MARINONI, Luiz Guilherme. SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional** – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 707 e ss.;

<sup>107</sup>MORAES, **Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição**. São Paulo : Atlas, 2000, p. 92-93.

Não existe no direito norte-americano a figura do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos, com decisão de efeitos *erga omnes*, pois o entendimento da Suprema Corte é o de que esta só pode exercer o controle de constitucionalidade mediante a existência de um prévio litígio entre as partes, onde surja esta questão<sup>108</sup>.

Essa orientação, segundo Bernard Schwartz<sup>109</sup> e Thomas Cooley<sup>110</sup>, surgiu no julgamento do caso *Muskrat v. United States* (219 U.S 346-1911), no qual a Suprema Corte recusou-se a apreciar em abstrato a validade de um estatuto.

Portanto, apenas subsiste o controle *difuso* de constitucionalidade.

A Suprema Corte, assim, é responsável pelo controle difuso de constitucionalidade referente a leis ou atos normativos federais, estaduais ou locais, o que ficou assentado desde o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, relatado pelo *Chief Justice* John Marshall, datado de 1803, no qual foi declarada expressamente a supremacia da Constituição norte-americana.

O dever de exercer o controle de constitucionalidade é comum aos tribunais de todos os graus, em relação às leis federais, estaduais e municipais, sendo regra o princípio da constitucionalidade das leis, razão pela qual, em caso de absoluta necessidade para a decisão de um caso concreto que lhe foi apresentado, deverá o tribunal garantir a supremacia da Constituição<sup>111</sup>.

Os tribunais somente tomarão conhecimento das arguições de inconstitucionalidade de uma lei quando provenientes de pessoas cujos direitos tenham sido por ela afetados.

---

<sup>108</sup> Além dos autores citados, conferir, também, RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis – vício e sanção**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, pp. 101-104.

<sup>109</sup> SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Rio de Janeiro : Forense, 1966, p. 188-189, *apud* MORAES, Alexandre de. **Jurisdição**, Op. cit., p. 103, nota 3.

<sup>110</sup> COOLEY, THOMAS. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982, p. 139, *apud* MORAES, Alexandre de. **Jurisdição**, Op. cit. p. 103, nota 4..

<sup>111</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição**, Op. cit., p. 102.

Segundo aponta a doutrina<sup>112</sup>, declarado inconstitucional um ato legislativo, o mesmo é nulo para todos os fins legais, como se nunca tivesse existido e, por conseguinte, não pode servir de fundamento para criar direitos e obrigações.

Em suma, perante a Constituição dos Estados Unidos, não cabe à Suprema Corte suprir inconstitucionalidades por omissão de qualquer dos ramos do Poder<sup>113</sup>.

Trata-se, pois, de controle exercido sobre leis e atos normativos *concretizados* e não sobre normas que deveriam ter sido editadas e não o foram, em razão de omissões inconstitucionais.

Em suma, concluímos pela inexistência da figura da omissão legislativa inconstitucional e do consequente controle desta inconstitucionalidade na Constituição dos Estados Unidos.

---

<sup>112</sup>Cf. entre outros: MORAES, Alexandre de. **Jurisdição**, Op. cit; *idem ibidem*; RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis – vício e sanção**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p.103.

<sup>113</sup>É certo que, por intermédio dos “writs”, entre os quais se destaca o “*writ of certiorari*” a Suprema Corte tem admitido decisões que, de certo modo, preenchem o vazio das normas constitucionais ou legais, no que concerne ao exercício de direitos fundamentais.

### 3- DIREITO PORTUGUÊS.

Em Portugal, no período entre a Revolução de 25 de abril de 1974 e a promulgação da Constituição de 1976, vigorou o sistema misto de controle, difuso e concentrado, bastante semelhante àquele existente nos Estados Unidos da América.

Conforme relata Canotilho<sup>114</sup>, a Lei 3/74, de 14-5 manteve esse sistema misto, que fora instituído ainda na vigência da Constituição de 1933, após a revisão ocorrida em 1971 e atribuiu ao Conselho de Estado competência para declarar, com força obrigatória geral a inconstitucionalidade de quaisquer normas. Em seguida, foi institucionalizado o Conselho da Revolução e as competências que eram do Conselho de Estado foram a este atribuídas, especialmente no que importa ao controle de constitucionalidade.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1976, foi mantido o sistema misto, difuso e concentrado. Como acréscimo, segundo nos informa Canotilho<sup>115</sup>, foi criada a fiscalização preventiva abstrata de atos normativos, bem como a da inconstitucionalidade por omissão. Além disso, foi criada, também, a Comissão Constitucional, que é um órgão consultivo do Conselho da Revolução e instância recursal para as questões de inconstitucionalidade suscitadas nos tribunais portugueses.

Na revisão constitucional ocorrida em 1982<sup>116</sup>, foi extinta a Comissão Constitucional e criado o Tribunal Constitucional, como órgão jurisdicional de controle, das questões de constitucionalidade a ele apresentadas pelos legitimados pela Constituição (controle concentrado), bem como, em grau de recurso, em relação às questões constitucionais surgidas incidentalmente nos demais tribunais portugueses (controle difuso).

---

<sup>114</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição** – 7ª ed. (2ª reimpressão). Edições Almedina, 2003, Coimbra, p. 915.

<sup>115</sup>Idem, p. 915.

<sup>116</sup>Idem, p. 916.

Outra consequência dessa Revisão, segundo Antonio José Avelãs Nunes<sup>117</sup>, ocorre quando o Tribunal Constitucional aponta a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão, caso em que sua decisão terá caráter meramente declaratório, no sentido de dar conhecimento ao órgão omissor da mora legislativa inconstitucional, não sendo cabível qualquer condenação ou exortação ao exercício da atividade legislativa, imposta ao órgão estatal omissor.

Por outro lado, não cabe, também, ao Tribunal, a função de legislador positivo, regulamentando provisoriamente o direito ou prerrogativa objeto do processo.

Nas revisões ocorridas em 1989 e 1997, não foi alterado substancialmente o sistema de controle até então delineado pela Constituição de 1976 e revisto em 1982.

Foram mantidos os controles preventivo, anterior à entrada em vigor de norma jurídica infraconstitucional, previsto nos artigos 278º e 279º, bem como o controle sucessivo, previsto nos artigos 277º e 282º no qual o TC atua como defensor da Constituição.

A novidade trazida pelo TC foi, no controle sucessivo ou por via de ação direta, de caráter concentrado, a possibilidade desse controle abranger, também, a inconstitucionalidade por omissão, *prevista expressamente no artigo 283º*<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup>NUNES, António José Avelãs. SCAFF, Fernando Facury. Op cit., p. 24-36

<sup>118</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição** – 7ª ed. (2ª reimpressão). Edições Almedina, 2003, Coimbra, p. 918-919. Neste particular, o autor português considera a inclusão desse dispositivo no texto constitucional lusitano como uma afirmação da supremacia da Constituição em relação às normas infraconstitucionais ou à ausência delas, quando exigidas pelo texto constitucional.

Com relação às demais competências do Tribunal Constitucional, Alexandre de Moraes<sup>119</sup> menciona o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, a proteção aos direitos fundamentais (via controle difuso), o controle das regras das eleições, referendos e plebiscitos e do bom funcionamento dos poderes públicos, bem como a regularidade no exercício de suas competências constitucionais.

Na Constituição portuguesa<sup>120</sup>, as competências do Tribunal Constitucional, referentes ao controle de constitucionalidade, estão previstas no artigo 223º, 1, da respectiva Constituição.

Tais competências foram objeto de regulamentação infraconstitucional, na Lei 28/82, de 15 de novembro, (com as alterações introduzidas pela Lei nº 143/85, de 26 de Novembro, pela Lei nº 85/89, de 07 de Setembro, pela Lei nº 88/95, de 1 de Setembro, pela Lei nº 13-A/98, de 26 de Fevereiro, pela Lei Orgânica nº 1/2011, de 30 de novembro e pela Lei Orgânica nº 5/2015, de 10 de abril), que tratou da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

No controle de constitucionalidade das leis, são importantes os artigos 51º, 1, no qual o TC exige, para admissão de um caso, a especificação das normas e princípios constitucionais violados, 57º, referente aos processos de fiscalização preventiva de constitucionalidade, 62º, referente aos processos de fiscalização sucessiva de constitucionalidade, 66º, que prevê os efeitos vinculantes e *erga omnes* das decisões proferidas em tais processos, 67º e 68º, que se referem expressamente aos processos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão e os efeitos meramente declaratórios das decisões e 70º, 1, que estabelece os casos onde cabe Recurso ao TC.

---

<sup>119</sup>MORAES, Alexandre de. *Jurisdição*, Op. cit., p. 186-187.

<sup>120</sup>De acordo com texto disponível na Internet, no site: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.asp>.

Além disso, o Tribunal português, por meio de seu Plenário, tem competência para apreciar e declarar, com força obrigatória geral, nos termos do artigo 281º, 1, a inconstitucionalidade de quaisquer normas.

No caso do Tribunal Constitucional, controle desta espécie será exercido na hipótese de apresentação do Recurso de Constitucionalidade, previsto no artigo 280 da Constituição portuguesa.

A inconstitucionalidade por omissão, conforme nos esclarece Canotilho<sup>121</sup>, ocorre, em Portugal, nas hipóteses de não cumprimento de determinação constitucional específica de elaboração de legislação destinada a complementar dispositivo constitucional que dela necessite para que sua eficácia se complete ou em relação a normas que, ainda que não exijam expressamente tal complementação legislativa, não apresentam densidade suficiente para serem diretamente concretizadas.

Existe, ainda, outra hipótese, que é o descumprimento de ordens específicas de legislar, presentes na Constituição, especialmente no que concerne à criação de órgãos ou nova regulamentação, que substitua as leis anteriores à Constituição.

Por fim, a omissão ocorre nos casos onde as normas constitucionais não são atualizadas ou aperfeiçoadas.

Em comparação ao Direito brasileiro, constatamos que a Constituição portuguesa criou mecanismo específico e detalhado para sanar a inconstitucionalidade por omissão, em caráter abstrato, com rol de legitimados mais restrito do que aquele previsto na Constituição brasileira<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição** – 7ª ed. (2ª reimpressão). Edições Almedina, 2003, Coimbra, p. 1033-1035.

<sup>122</sup>No Brasil, os efeitos da decisão, no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO -, são semelhantes aos existentes em Portugal, mas, em relação ao Mandado de Injunção brasileiro, as possibilidades são mais amplas, incluindo-se, no limite, a regulamentação provisória por parte do Poder Judiciário.

Como síntese, o sistema português de controle de constitucionalidade e da inconstitucionalidade por omissão é um dos que mais se aproxima do sistema adotado no Brasil.



#### 4- DIREITO IUGOSLAVO.

Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>123</sup> aponta que a primeira Constituição a prever a existência de um sistema negativo de controle das omissões inconstitucionais foi a Constituição da antiga Iugoslávia, promulgada em 1974, em seu artigo 377, quando o então país, hoje já não existente, ainda vivia sob o sistema político socialista. Por outro lado, Jose Julio Fernandez Rodriguez<sup>124</sup> acrescenta que essa Constituição instaurou uma descentralização política e um sistema concentrado de controle de constitucionalidade, com a previsão de existência de um Tribunal Constitucional em âmbito federal, cuja decisão se reduzia a comunicar a ocorrência da omissão ao Poder Legislativo.

Rodriguez<sup>125</sup> (em tradução livre) afirma que, em razão do dispositivo citado, pode-se dizer que o Tribunal Constitucional iugoslavo efetuava um duplo trabalho: primeiro constatava tal omissão e, em seguida, informava a respeito o órgão legislativo omisso.

Assim, segundo o autor, tal controle configurava uma mera recomendação sem qualquer sanção, ficando a reprovabilidade da omissão praticada pelo Legislativo no terreno exclusivamente político.

Ou seja, tratava-se de decisão meramente declaratória e de um tipo de controle que mais se aproximaria à nossa Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e não ao Mandado de Injunção, sendo semelhante ao controle adotado em Portugal.

---

<sup>123</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional**, Op. cit., p. 165.

<sup>124</sup>RODRIGUEZ, Jose Julio Fernandez. **La inconstitucionalidade por omision. Teoria general. Derecho comparado. El caso español**. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1998.

<sup>125</sup>“Em vista al mismo puede decirse que el Tribunal Constitucional efectuaba una doble labor: primeiro constataba tal omisión, acto seguido informaba al órgano legislativo”. Op. cit., p. 246.

## 5- DIREITO ITALIANO<sup>126</sup>.

Na Itália, a jurisdição constitucional é exercida por qualquer Juiz ou Tribunal, mas a decisão final quanto à constitucionalidade de leis é atribuição exclusiva da Corte Constitucional.

A Corte Constitucional (*Corte Costituzionale*, no original em italiano)<sup>127</sup> foi criada pela Constituição italiana de 1948, fora da estrutura do poder judicial, opção também adotada por outros países europeus. Na Constituição italiana, a existência da Corte está prevista no Título VI, que diz respeito às garantias constitucionais, na Seção I.

Alessandro Pizzorusso<sup>128</sup> menciona que, contudo, a Corte só entrou em funcionamento em 1953, quando uma lei introduziu uma série de disposições complementares e de aplicação das normas constitucionais.

Dentre as competências do Tribunal, previstas no artigo 134, da Constituição da Itália, há três principais<sup>129</sup>:

- a) Decisão sobre os litígios relativos à constitucionalidade das leis e atos com força de lei do Estado e das Regiões;
- b) Decidir os conflitos de atribuições entre os ramos do Poder estatais, os conflitos entre o Estado e as Regiões e entre as Regiões entre si;
- c) Decidir as acusações contra o Presidente da República e os Ministros;

---

<sup>126</sup>Com relação ao sistema italiano, ver, entre outros, PIZZORUSSO, Alessandro, **El tribunal constitucional italiano**, in FAVOREU, Louis. [et. al.]. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004. (Traducido por Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas, do título original de la edición francesa: “COURS CONSTITUTIONELES EUROPENNES ET DROITS FONDAMENTAUX” bajo la dirección de Louis Favoreu, com prefacio de Andre Tunc, publicada por Presses Universitaires d’ Aix-Marseille y Librairie Economica de Paris, 1982, p. 233 e ss.

<sup>127</sup>LIMA, Flavia Santiago. **A Corte “Costituzionale” e suas interações no quadro institucional italiano**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4050, 03.ago.2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/30643>. Acesso em: 24-06-2015.

<sup>128</sup>PIZZORUSSO, Alessandro, Op. cit., p. 233.

<sup>129</sup>Idem, p. 236.

Para os objetivos deste trabalho, nos interessa analisar a primeira delas.

Deste modo, o sistema de controle de constitucionalidade apresenta caráter incidental, pois é suscitado pelos Juízes de primeiro grau e submetido à análise da Corte Constitucional, que o decidirá e, também, um caráter principal, quando analisa as questões trazidas pelo Governo em relação às leis regionais ou pelas regiões e províncias contra as leis do Estado ou de outras Regiões ou Províncias.

Esse primeiro tipo de controle tem um caráter concreto, pois supõe a existência de uma norma cuja constitucionalidade esteja sendo questionada.

No sistema italiano, se, no curso de um processo judicial, for suscitada uma questão de inconstitucionalidade de determinada norma jurídica, o processo é suspenso e a análise da questão é encaminhada à Corte constitucional, que deverá limitar sua análise ao ponto suscitado, sendo vedado ingressar no mérito da causa.

Os efeitos imediatos da decisão, nesse controle, estão restritos às partes e a Sentença proferida configura precedente, que pode ser aplicado a outros casos a ela submetidos.

O sistema de controle de constitucionalidade, em geral, é de caráter repressivo, mas o controle preventivo também é admitido.

Segundo PIZZORUSSO<sup>130</sup>, na Itália, para a proteção dos direitos fundamentais, é possível a qualquer pessoa, ajuizar uma ação judicial para reivindicar um direito protegido pelas normas constitucionais, inclusive quando implicar na apresentação, perante o Juiz, de uma demanda que não se fundamente em uma lei em vigor. Na ação, será requerida a remessa do processo à Corte Constitucional, para que esta analise a questão da constitucionalidade da lei que impede o exercício desse direito, visando à declaração da inconstitucionalidade da referida lei.

É possível também, que o Juiz, de ofício, verifique a existência dessa questão e determine a remessa à Corte Constitucional.

Para que seja possível essa remessa, o Juiz de primeiro grau deverá analisar se a questão constitucional levantada é relevante para o julgamento da causa principal ou se não é manifestamente infundada.

Assim que a ordem de envio é recebida na Corte Constitucional, seu Presidente publica tal ordem no Diário Oficial italiano e concede um prazo de vinte dias, para que eventuais interessados se habilitem também no processo. Tal publicação tem a finalidade, também, de dar conhecimento aos cidadãos, aos demais Juízes e às demais autoridades de que a referida norma teve sua constitucionalidade questionada e poderá não ter mais eficácia se a Corte declarar sua inconstitucionalidade.

Com relação à inconstitucionalidade por omissão, no Direito italiano<sup>131</sup>, não há previsão da existência de um mecanismo institucionalizado de controle.

Tal questão surge quando um cidadão quer fazer valer um direito previsto na Constituição Italiana, mas que não pode ser exercido em razão da inexistência de norma infraconstitucional para colocá-lo em prática e aprimorá-lo.

---

<sup>130</sup>PIZZORUSSO, Alessandro, Op. cit., p. 239.

<sup>131</sup>RODRIGUEZ, Jose Julio Fernandez. **La inconstitucionalidad por omision. Teoria general. Derecho comparado. El caso español.** Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1998.

A solução que vem sendo dada é a prolação de uma sentença aditivo-manipulativa, que introduza a norma faltante no ordenamento jurídico, cuja ausência configura violação da Constituição.

De acordo com PIZZORUSSO<sup>132</sup>, tal solução apresenta o problema de não estar prevista na Constituição como mecanismo de garantia de direitos fundamentais, razão pela qual esse autor informa que, para solucionar tal questão, a doutrina discute a possibilidade de aplicação das disposições do artigo 700, do Código de Processo Civil italiano, por meio do qual o Juiz, constatado prejuízo urgente e irreparável, poderá adotar as medidas de urgência que considere mais adequadas para garantir provisoriamente os efeitos da decisão que reconheça tais direitos.

Apesar dessa particularidade, Constantino Mortati<sup>133</sup> defende o reconhecimento da existência de omissões violadoras da Norma Fundamental italiana, tratando também das objeções a esse controle em razão de questões processuais derivadas das leis italianas, da separação de poderes, da predominante estrutura programática das disposições constitucionais, da reserva de lei e do caráter de legislação negativa do pronunciamento de inconstitucionalidade.

Ao refutar tais questões, defende a possibilidade do Tribunal Constitucional italiano trata-las, todavia, com modulação dos efeitos de suas decisões.

Após analisar algumas sentenças do Tribunal Constitucional, o autor menciona que, em alguns casos, o Tribunal não declara simplesmente a ocorrência da omissão, mas efetua o preenchimento da lacuna produzida pela omissão.

---

<sup>132</sup>PIZZORUSSO, Alessandro, Op. cit., p. 264-265.

<sup>133</sup>MORTATI, Constantino. **Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissive del legislatore.** Foro it., 1970, V, p. 153 e ss.

Biscaretti Di Ruffía, citado por Anna Candida<sup>134</sup>, faz referências diretas à questão da omissão inconstitucional e, dentre as espécies de normas que o legislador está obrigado a editar para dar execução à Constituição, distingue três tipos: as em que o texto constitucional exige explicitamente a atividade legislativa, fixando prazos máximos para isso, as em que o texto constitucional exige explicitamente a atividade legislativa, sem fixar prazos e as que são exigidas de maneira implícita e genérica pelos artigos de caráter programático do texto constitucional.

Portanto, na Itália, não há um procedimento *específico* para tratar da omissão inconstitucional, mas tanto a doutrina quanto a jurisprudência italianas vêm tratando do assunto, e as decisões ora declaram, ora suprem as lacunas existentes.

---

<sup>134</sup>BISCARETTI DI RUFFÍA, Paolo, **Derecho constitucional**, p. 258, *apud* FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Proteção jurisdicional**, Op. cit., p. 318.

## 6- DIREITO ALEMÃO<sup>135</sup>.

Para Karl Loewenstein<sup>136</sup> a existência da omissão inconstitucional na Alemanha, foi constatada durante a vigência da Constituição de Weimar. O autor cita, como exemplo, o artigo 48, jamais regulamentado visto que condicionado à existência de uma lei de execução, que jamais foi promulgada, que previa a possibilidade de o Presidente do Reich adotar medidas indispensáveis para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, disposição utilizada pelos nazistas em sua ascensão ao Poder.

Já em relação à Lei Fundamental de Bonn, em vigor, o autor alemão menciona o artigo 21, § 3º, relativo à organização interna dos partidos políticos alemães, que também jamais foi regulamentado.

Naquele país, a jurisdição constitucional é exercida por qualquer Juiz ou Tribunal, mas a decisão quanto à constitucionalidade de leis é atribuição exclusiva do Tribunal Constitucional Federal, órgão previsto na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, nome oficial da Constituição alemã, nos artigos 93 e 94.

Quanto às competências, a previsão se encontra nos artigos 93 e 94 da Lei Fundamental, e as mais importantes, para os objetivos deste trabalho, são o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos e os recursos constitucionais, que podem ser interpostos pelos cidadãos e pelos municípios.

---

<sup>135</sup>Com relação ao sistema alemão, ver, também: SCHLAICH, Klaus, **El Tribunal Constitucional Federal alemán**, in FAVOREU, Louis. [et. al.]. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004. (Traducido por Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas, do título original de la edición francesa: "COURS CONSTITUTIONNELS EUROPÉENNES ET DROITS FONDAMENTAUX" bajo la dirección de Louis Favoreu, com prefácio de Andre Tunc, publicada por Presses Universitaires d' Aix-Marseille y Librairie Economica de Paris, 1982, p. 133 e ss.

<sup>136</sup>LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, Profesor ayudante de la Facultad de Derecho em la Universidad de Madrid. Editorial Ariel. Barcelona – Caracas – México. Segunda edición : março de 1976 e Reimpresión: abril de 1979.

O recurso constitucional dos cidadãos (também chamado de recurso de amparo) é o mais importante instrumento constitucional de proteção dos direitos fundamentais, sendo legitimados todos os titulares desses direitos, inclusive os estrangeiros, e admitida a legitimação de associações, desde que titulares de um direito fundamental.

Trata-se de instrumento de controle difuso, cujo objeto é combater condutas omissivas ou comissivas do poder público, que desrespeitem direitos fundamentais, sendo necessário, para que o mesmo seja admitido, o esgotamento das vias ordinárias.

Do mesmo modo que em outros ordenamentos jurídicos europeus, como o português e o italiano, em regra, se a questão constitucional surgir durante um processo judicial, o andamento do feito será suspenso e os autos serão encaminhados ao Tribunal Constitucional para apreciação e decisão quanto a este ponto.

Não é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade<sup>137</sup>.

Quanto à inconstitucionalidade por omissão, Jose Julio Fernandez Rodriguez<sup>138</sup> menciona que a conceituação do fenômeno, na Alemanha, surgiu por obra dos doutrinadores locais e não só em razão da atuação do legislador ou da evolução da jurisprudência. Outra razão para a ocorrência da omissão é o fato de que, na Lei Fundamental alemã ainda existem vários dispositivos que necessitam de complementação legislativa.

Ressalta o autor que (em tradução livre) a Constituição alemã adota o Estado Social e contém diversos preceitos que demandam complementação legislativa posterior para sua plena eficácia<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup>LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría*, Op. cit., p. 170.

<sup>138</sup>RODRIGUEZ, Jose Julio Fernandez. *La inconstitucionalidad por omision*. Op. cit., p. 305.

<sup>139</sup>“Esta Constitución, prototípica em vários aspectos, instauradora del Estado Social, recogerá diversos preceptos que requerirán complemento legislativo posterior para su plena eficacia”. Op. cit., p. 306.



Assim, no ordenamento constitucional alemão, com o passar do tempo, se tais dispositivos não são regulamentados, estará configurada a omissão inconstitucional e, em decorrência, a constatação do dever de legislar ao Parlamento, conforme consta no seguinte trecho, abaixo transcrito<sup>140</sup> (em tradução livre):

Com base na regulamentação constitucional se fala, entre outras denominações, da existência de expressos “encargos da Constituição” (*Verfassungsaufträge*), ou “encargos de legislação” (*Gesetzgebungsaufträge*), que originam o dever de legislar, de igual modo que o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) e o “dever geral de adequação” (*allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*).

Esse dever surge da necessidade de regulamentar os direitos sociais, atribuída ao legislador, de modo a cumprir os mandamentos constitucionais referentes ao tema.

Menciona o mesmo autor, também, o fenômeno da omissão parcial, que ocorre na hipótese de, no momento de regulamentar os direitos e garantias previstos na Lei Fundamental, serem favorecidos determinados grupos sociais e injustificadamente excluídos outros grupos e cita os trabalhos de Khöler, autor alemão que defende ser dever do legislador ordinário o cumprimento dos mandamentos constitucionais, editando as normas necessárias, pois o silêncio não pode produzir como consequência a ineficácia de qualquer norma constitucional, sendo também, nesta hipótese, dever do Judiciário declarar a existência de tal omissão, ainda que ultrapasse os limites da separação dos ramos de poder.

---

<sup>140</sup>Con base em la regulación constitucional se habla, entre otras denominaciones, da la existencia de expresos “encargos de la Constitución” (*Verfassungsaufträge*), o “encargos de legislación” (*Gesetzgebungsaufträge*), que originan el deber de legislar, al igual que el “deber de protección” (*Schutzpflicht*) y el “deber general de adecuación” (*allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*). Op. cit., p. 307.

Nas palavras de Jose Julio Fernandez Rodriguez<sup>141</sup> (em tradução livre):

[...] o legislador ordinário tem o dever de cumprir os mandamentos constitucionais e elaborar as leis pertinentes. Do contrário, sua inatividade será inconstitucional e o Poder Judiciário deverá declará-la, em cumprimento à função que desempenha, mesmo que ultrapasse os limites da divisão de poderes. O silêncio do legislador não pode tornar obsoleto nem um só artigo da Constituição.

Nesta questão da omissão inconstitucional, o Tribunal Constitucional só poderá declará-la se existir expresse dever constitucional de atuação legislativa e o órgão competente não cumprir esse dever, deixando dispositivos constitucionais sem complementação legislativa.

O instrumento para levar a questão ao Tribunal Constitucional é o recurso constitucional, que nesse sentido se aproxima do Mandado de Injunção brasileiro, na medida em que seria o instrumento hábil à superação da omissão, utilizável por qualquer pessoa, inclusive estrangeiros.

Por outro lado, Louis Favoreu não menciona, dentre as competências do Tribunal alemão, o controle da inconstitucionalidade por omissão, afirmando que o chamado Recurso Constitucional tem por finalidades permitir que qualquer pessoa acione o controle da constitucionalidade de uma lei e possibilitar o questionamento da constitucionalidade do julgamento de um Tribunal superior alemão<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup>KHÖLER, Kann der Gesetzgeber durch Schweigen die Verfassungswirklichkeit ändern?, en NJW, cuaderno 30, 29-VII\_1955, p. 1089-1092, *apud* [...] el legislador ordinário tiene el deber de cumplir con los mandatos constitucionales y dictar las leyes pertinentes. De lo contrario, su inactividad será inconstitucional y el Poder Judicial tiene que declararlo así, en cumplimiento de la función que desempeña, aunque traspase los límites de la división de poderes. El silencio del legislador no puede hacer obsoleto ni un solo artículo de la Constitución [...] *apud* RODRIGUEZ, Jose Julio Fernandez. **La inconstitucionalidad por omisión**. Op. cit., p. 310.

<sup>142</sup>FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**, Op. cit., p. 65-66.

Com a evolução da doutrina e da jurisprudência no campo da omissão inconstitucional, o Tribunal Constitucional passou a utilizar-se de outros instrumentos para superá-la, além das decisões nos recursos constitucionais, como as recomendações ao legislador e as sentenças aditivas, utilizados de forma a evitar as declarações expressas da ocorrência do fenômeno.

Assim, não há reconhecimento expresso pelo texto constitucional alemão da possibilidade de ocorrência de omissão legislativa ou regulamentar inconstitucional e nem instrumento específico para sanar esta eventual deficiência, tendo surgido tal questão em razão de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

## 7- DIREITO ESPANHOL.

Na Espanha, a jurisdição constitucional é exercida por qualquer Juiz ou Tribunal, mas é o Tribunal Constitucional, que foi criado *fora* da estrutura do Poder Judiciário, o órgão competente para decidir sobre a constitucionalidade de leis e normas com força de lei.

Assim, sua existência foi prevista no Título IX – Del Tribunal Constitucional, nos artigos 159 a 165 da Constituição Espanhola de 27 de dezembro de 1978<sup>143</sup> e, com relação ao controle de constitucionalidade e às competências do Tribunal, há previsão, expressa, nos artigos 161 a 164.

Com relação às competências de controle de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional julga os Recursos Constitucionais contra leis e disposições normativas com força de lei e o Recurso de Amparo por violação dos direitos e liberdades previstos nos artigos 14 a 30, da Constituição, na forma estabelecida em lei.

Já o recurso de amparo é restrito aos casos de desrespeito aos direitos e liberdades previstos nos artigos 14 a 30 da Constituição espanhola, constituindo controle concreto de constitucionalidade.

No texto constitucional espanhol, muitos direitos tem a regulamentação de seu exercício remetida expressamente à lei, como, por exemplo, nos artigos 17, 28, 32 e 33, razão pela qual a não atuação do poder público responsável pela regulamentação pode constituir omissão inconstitucional.

---

<sup>143</sup>Consultado o original em espanhol no site: <http://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>, acesso em 24-06-2015.

Tal regulamentação, segundo a Constituição espanhola, é denominada *encargo ao legislador*, que só terá esse dever de complementar o texto constitucional por meio de lei quando expressamente determinado pela Constituição espanhola, de igual modo ao que ocorre na Alemanha.

Assim, quando, num caso concreto, surgir uma questão quanto à constitucionalidade de uma norma com força de lei, o Juiz da causa elevará a questão à apreciação do Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 163 do texto constitucional espanhol.

Não há menção expressa à inconstitucionalidade por omissão, mas a questão vem surgindo em trabalhos doutrinários e na jurisprudência do Tribunal Constitucional.

No caso do recurso de constitucionalidade, este não é utilizado para sanar inconstitucionalidade por omissão, visto que esse remédio processual trata de analisar a constitucionalidade de leis e atos com força de lei, preexistentes.

Na opinião de Jose Julio Fernandez Rodriguez, num processo individual, seria possível o surgimento de uma questão constitucional hábil a elevar a análise do caso ao Tribunal Constitucional, se a norma em discussão não tiver sido regulamentada em sua totalidade, havendo omissão parcial.

Os exemplos, citados na obra do autor espanhol, são de hipóteses nesse sentido, conforme se verifica do trecho abaixo transcrito<sup>144</sup> (em tradução livre):

Os exemplos nos quais a questão surge são os de omissão parcial, tal e qual entende a jurisprudência que existe a respeito, abaixo citada. O Juiz ordinário tem dúvidas acerca da validade de um preceito não pelo que nele consta, mas sim pelo que nele não consta e tenha um conteúdo menor do que determinam as obrigações de desenvolvimento do Texto Básico, em razão do qual será levantada a pertinente questão.

---

<sup>144</sup> *Sin embargo, los supuestos en los que la cuestión tiene virtualidad son los de omisión parcial, tal y como lo acredita la jurisprudencia que existe al respecto, que se citará más abajo. El juez ordinario duda de la validez de un precepto no por lo que disse, sino por lo que no disse al tener un contenido menor del que se deriva de las obligaciones de desarrollo del Texto Básico, por lo que planteará la pertinente cuestión.* RODRIGUEZ, Jose Julio Fernandez. **La inconstitucionalidad por omisión**, Op. cit., p. 408.

No caso do Recurso de Amparo, o autor entende possível sua utilização para a proteção dos direitos e liberdades, em razão de omissão legislativa na regulamentação de tais matérias (no original em espanhol se fala de *desarrollo legislativo*, que, numa tradução livre, significa “desenvolvimento legislativo”).

A questão não é pacífica no Tribunal Constitucional, existindo decisões que expressamente rechaçam tal possibilidade, sob o fundamento da desvirtuação do instituto, criado mais como instrumento de defesa das liberdades negativas, ou seja, para que o Estado se abstenha de desrespeitar os direitos e liberdades protegidos constitucionalmente, do que como instrumento de concretização das liberdades positivas.

Portanto, na Espanha, para que se configure a omissão, é necessário que a Constituição *expressamente* determine ao legislador a complementação legislativa ou regulamentar de dispositivos constitucionais que confirmam direitos e liberdades às pessoas e que este nada faça a respeito, deixando de cumprir o mandamento constitucional.

O instrumento jurídico utilizado para que essa omissão seja suprida é o Recurso de Amparo, que, nesse sentido, muito se aproxima do nosso Mandado de Injunção.

Todavia, a consequência prática das decisões do Tribunal Constitucional é a natureza *declaratória* da inconstitucionalidade, que acarreta a mera comunicação desse fato ao órgão legislativo competente, configurando a chamada recomendação ao legislador.

Não há possibilidade de regulamentação normativa, ainda que provisória, por parte do Tribunal Constitucional.

## 8- DIREITO FRANCÊS<sup>145</sup>.

Na França, o controle de constitucionalidade é exercido, com exclusividade, pelo Conselho Constitucional, conforme previsão expressa nos artigos 61º a 62º<sup>146</sup>, da Constituição francesa.

Referem-se também à matéria os artigos 37, 41 e 46, onde também é feita menção a esse controle.

O Conselho Constitucional francês realiza, predominantemente, um controle preventivo e abstrato de constitucionalidade, sendo o controle repressivo competência excepcional, prevista no artigo 37º da Constituição francesa, referente aos decretos regulamentares promulgados após a Constituição, e que prevê que os mesmos só poderão ser modificados por decreto se o Conselho Constitucional entender que têm caráter regulamentar.

Esse controle, na maior parte das vezes, é exercido durante o processo legislativo, antes da entrada em vigor do texto normativo.

Não há previsão de controle de inconstitucionalidade por omissão, nem tampouco há algum instrumento jurídico hábil a provocar esse controle, como o chamado recurso de amparo, espanhol, recurso constitucional, alemão, recurso de constitucionalidade, português ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção, brasileiros.

---

<sup>145</sup>Sobre o sistema francês, ver: LUCHAIRE, François. **El Consejo Constitucional francés** in FAVOREU, Louis. [et. al.]. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004. (Traducido por Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas, do título original de la edición francesa: “COURS CONSTITUTIONELES EUROPENNES ET DROITS FONDAMENTAUX” bajo la dirección de Louis Favoreu, com prefacio de Andre Tunc, publicada por Presses Universitaires d’ Aix-Marseille y Librairie Economica de Paris, 1982, p. 55 e ss.

<sup>146</sup>**Texto traduzido obtido na Internet, no site:** [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/portugais/constitution\\_portugais.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf), acesso em 24-06-2015.

## 9- DIREITO ARGENTINO.

Na Argentina, o texto constitucional<sup>147</sup> prevê, em seu artigo 108, que a Corte Suprema de Justiça é um órgão de cúpula, situado dentro da estrutura do Poder Judiciário.

Cabe mencionar que a Constituição Federal argentina, em seu artigo 43, prevê expressamente a possibilidade de ajuizamento de ação de amparo, instrumento de controle judicial contra ações ou omissões de autoridades públicas e particulares, que lesionem, restrinjam, alterem ou ameacem, com arbitrariedade ou ilegalidade manifesta, direitos e garantias reconhecidos pela Constituição, Tratado ou Lei, com ampla legitimidade ativa.

Referida ação foi regulada pela Lei 16.986, de 1966 (Boletim Oficial de outubro de 1966), que a introduziu, em nível nacional e que tem por objeto a proteção dos direitos ou garantias reconhecidos de modo explícito ou implícito pela Constituição.

Tal ação se aproxima bastante do Mandado de Injunção brasileiro e traz consequências também bastante semelhantes.

---

<sup>147</sup>CÂMARA DOS DEPUTADOS. Constituições dos países do Mercosul: 1996-2000 : textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai. - Brasília : Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001. 508 p. - (Série ação parlamentar; n. 153), p. 77-102.

Segue, abaixo, a íntegra do dispositivo, no original em espanhol:

[...] **Artículo 43.** Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.[...]



Por outro lado, Rolando E. Pina<sup>148</sup> faz uma análise crítica das cláusulas programáticas da Constituição, atacando a hierarquia das normas constitucionais, ao dizer que o dispositivo constitucional que não esteja regulamentado não tem vigência e, por outro lado, colocou o Legislativo num plano superior ao do poder constituinte, impedindo a Corte Suprema de controlar a constitucionalidade das leis.

Acentua esse autor que a vigência de uma cláusula constitucional não depende de lei para ter efeito e quando a Constituição determina que o Poder Legislativo deva sancionar determinadas leis para esse fim, se, dentro de um prazo razoável, esse poder não as sanciona, configura-se violação do mandamento constitucional e tal mora pode ser declarada inconstitucional pela Corte Suprema, que pode normatizar a questão no caso concreto, sem prejuízo de que o poder estatal omissis exerça suas atribuições constitucionais, no futuro.

German J. Bidart Campos<sup>149</sup> também defende a existência da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento jurídico argentino, fundamentando sua tese em quatro pontos (em tradução livre):

- a) quando a Constituição ordena a um órgão de poder o exercício de uma competência, este órgão está obrigado a exercitá-la;
- b) quando esse órgão se omite em exercê-la, viola a Constituição por omissão.

---

<sup>148</sup>PINA, Rolando E. **Cláusulas constitucionales operativas y programáticas (Ley Fundamental de la RFA)**, Astrea, Buenos Aires, 1973.

<sup>149</sup>BIDART CAMPOS, Germán J. **La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión**. Anuario Jurídico, UNAM, México D.F., núm. VI, 1979, p. 9 y ss:

[...] 1º) que cuando na Constitución ordena a um órgão de poder el ejercicio de una competencia, esse órgano está obligado a ponerla em movimiento; 2º) que cuando omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, em forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido; 3º) que cuando la abstención del órgano de poder implica o involucra un daño o gravamen para alguien, ese alguien debe ser sujeto legitimado para impulsar a la justicia constitucional a controlar al órgano renuente em hacer o que debe; 4º) que el mecanismo de control tiene que funcionar debidamente, sea para obligar al órgano remisso a cumplir la actividad debida, sea para que el órgano de la justicia constitucional supla la actividad omitida em beneficio del sujeto agraviado que provoca el control.[...].

- c) quando a omissão desse órgão implica ou causa dano ou gravame a alguém, esta pessoa está legitimada a recorrer à justiça constitucional para que esta determine ao órgão omissor que faça o que a Constituição determina.
- d) o mecanismo de controle deve funcionar corretamente, seja para obrigar o órgão omissor a cumprir a atividade exigida seja para que o órgão da justiça constitucional supra a atividade omitida em benefício da parte que provocou esse controle.

Jose Julio Fernandez Rodriguez cita<sup>150</sup>, no âmbito do direito das províncias argentinas, que há previsão constitucional de omissão legislativa, na Constituição de 03 de junho de 1988, da Província de Rio Negro, situada na Patagônia, a qual, em seu artigo 207.2.d, situado no Capítulo que trata do Superior Tribunal de Justiça, prevê expressamente a possibilidade de ocorrência de omissão inconstitucional.

Esse Tribunal tem competência para conhecer de ações de descumprimento de deveres, atribuídos pela Constituição provincial, às Províncias e aos Municípios das Províncias.

No artigo 14 dessa Carta, está prevista expressamente a aplicabilidade *direta* dos direitos e garantias enumerados explícita ou implicitamente pela Constituição provincial.

Assim, em razão de descumprimento desse dispositivo, é possível a qualquer cidadão que esteja sofrendo prejuízos em razão da inércia legislativa na regulamentação de um direito individual ou coletivo, apresentar uma demanda ao Superior Tribunal de Justiça.

---

<sup>150</sup>RODRIGUEZ, Jose Julio Fernandez. **La inconstitucionalidad por omision**, Op. cit., p. 298-299.

Bidart Campos<sup>151</sup>, por seu turno, na esteira do pensamento de Rolando Pina, entende que, nessas mesmas hipóteses, é possível a qualquer cidadão, prejudicado com a omissão estatal, apresentar a demanda diretamente à Corte Suprema de Justiça.

No julgamento, a Corte, caso declare a ocorrência da omissão, normatizará a questão para o caso concreto.

Na hipótese de não ser possível a integração da lacuna, condenará o órgão omissor a indenizar a parte prejudicada por tal omissão.

Após esta breve análise do tema, pudemos verificar que a doutrina argentina sobre a inconstitucionalidade por omissão se aproxima bastante da doutrina brasileira sobre o assunto, no âmbito federal e, de algum modo, no âmbito das Constituições provinciais.

---

<sup>151</sup>BIDART CAMPOS, Germán J. **Las omisiones constitucionales em la novíssima constitución de la Provincia de Río Negro**, Buenos Aires, 1991.

## 10- DIREITO PERUANO.

No Direito peruano, a jurisdição constitucional, nos termos da Constituição de 1993, é atribuição de todo juiz ou Tribunal, reservando-se ao Tribunal Constitucional, órgão criado *fora* da estrutura do Poder Judiciário, a atribuição de decidir, com exclusividade, as questões de inconstitucionalidade, suscitadas em processos judiciais, nos termos do artigo 201, da Constituição peruana<sup>152</sup>.

Aníbal Quiroga León<sup>153</sup>, após mencionar que, no Peru, coexistem o sistema difuso e o sistema concentrado de constitucionalidade, acentua que é competência tanto dos Juízes e Tribunais quanto do Tribunal Constitucional apreciar tais questões, ficando o Tribunal Constitucional com a atribuição de proferir a decisão final quanto ao tema constitucional suscitado nas ações constitucionais de garantia.

No caso do controle difuso, as decisões judiciais quanto à constitucionalidade só vinculam e só produzem efeitos em relação às partes no processo.

As competências do Tribunal Constitucional encontram-se no artigo 202 do texto constitucional peruano; no artigo 203, o texto constitucional indica o rol de legitimados a interpor as ações de inconstitucionalidade, em sede de controle concentrado.

---

<sup>152</sup>Conforme texto no original em Espanhol, obtido na Internet, no site: <http://tc.gob.pe/portal/institucional/normatividad/constitucion.pdf>, acesso em 26-06-2015.

<sup>153</sup>LEÓN, Aníbal Quiroga. "El derecho procesal constitucional peruano", disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/22.pdf>, acesso em 24-06-2015, p. 479-480. No original, em espanhol, o autor se manifestou nos seguintes termos:

“Em nuestro ordenamento jurídico es de ressaltar la peculiaridade de que coexistan al interior del texto constitucional los dos sistemas de control de la constitucionalidade de las leyes, esto es: a) el difuso (*judicial review*) o americano; y b) el concentrado o europeo.

[...] que la *jurisdicción constitucional* pueda ser validamente ejercida no solamente por los magistrados del Tribunal Constitucional, sino también por los magistrados ordinários del Poder Judicial, cuando tienen conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la justicia ordinaria. Em consecuencia, em nuestro medio podemos decir que la *jurisdicción o justicia constitucional* se entende extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial, tanto cuando sus magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para um caso concreto (control difuso) contemplada ahora em el ya mencionado artículo 138, segunda parte, de la Constitución, como, cuando conocen y resuelven las acciones de garantía constitucional”.

As ações constitucionais são consideradas pela Constituição peruana como garantias constitucionais e estão elencadas no artigo 200. São ações constitucionais o Habeas Corpus, o Amparo e o Habeas Data. Tais ações são cabíveis contra ações ou *omissões* de qualquer autoridade, funcionário ou pessoa que porventura tenham desrespeitado a liberdade individual, os direitos fundamentais da pessoa e os direitos de petição e o de preservação do sigilo das informações armazenadas em bancos de dados.

A Ação de Amparo, prevista no item 2, do artigo 200 da Constituição peruana é o instrumento que pode ser utilizado para suprir omissões legislativas referentes aos direitos fundamentais da pessoa e, por isso, é a que mais se aproximaria do Mandado de Injunção brasileiro<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup>Segue, abaixo, o texto original dos dispositivos constitucionais, em espanhol:

[...] **Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional**

Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.

3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución.

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

O processamento de tais ações está disciplinado no Código Processual Constitucional peruano, criado pela lei 28.237<sup>155</sup>.

Em relação à Ação de Amparo, os direitos por ela assegurados estão previstos no artigo 37 do Código Processual Constitucional.

Concluindo, verifica-se que, no Peru, o controle de constitucionalidade é exercido, de modo difuso, por qualquer Juiz ou Tribunal e também de modo concentrado, pelo Tribunal Constitucional peruano, havendo previsão expressa na Constituição peruana, do exercício desse controle também em relação a omissões dos poderes públicos.

Trata-se de sistema de controle que se aproxima do sistema de controle constitucional exercido no Brasil.

---

<sup>155</sup>Verificado o texto na Internet, no site: [http://tc.gob.pe/portal/institucional/normatividad/Codigo\\_Procesal.pdf](http://tc.gob.pe/portal/institucional/normatividad/Codigo_Procesal.pdf), acesso em 24-06-2015.

## 11- CONCLUSÕES DO ITEM.

Em resumo, cumpre-nos mencionar que, na questão da inconstitucionalidade por omissão<sup>156</sup>, apenas Portugal, Brasil, Argentina e Peru possuem instrumentos processuais hábeis a realizar tal controle, expressamente positivados nas respectivas Constituições.

Em outros países europeus e nos Estados Unidos da América, a solução de tais inconstitucionalidades, quando elas ocorrem, é efetuada somente por meio da interpretação de Tribunais Constitucionais.

Assim, após verificar quando surge a inconstitucionalidade por omissão e de que maneira é enfrentada em diversos ordenamentos jurídicos, constatamos que, nos sistemas examinados neste trabalho, encontramos, atualmente, referências expressas, apenas no Brasil, em Portugal, na Argentina e no Peru, já que a previsão existente na antiga Iugoslávia não é mais vigente, ante a divisão territorial ocorrida no antigo país, sendo as demais, objeto de construção doutrinária e jurisprudencial, como verificamos na Alemanha, Itália e Espanha.

Por outro lado, nos Estados Unidos e França, não há menção à omissão inconstitucional nas respectivas Constituições, o que também ocorre na Inglaterra, no direito do *Common Law*.

---

<sup>156</sup>FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Introdução à edição brasileira: Cláudia Toledo, Luiz Moreira. Tradução do original *Les cours constitutionnelles*: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 10.

### **III – SISTEMA DE CONTROLE DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS NO BRASIL, NO PLANO FEDERAL.**

Neste Capítulo, no item 1, estudaremos, em linhas gerais, os instrumentos judiciais de controle existentes no Brasil, previstos na Constituição Federal de 1988, que são o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, mencionando de que forma surgiram tais institutos e em quais hipóteses sua utilização é cabível.

No item 2, estudaremos as origens históricas do Mandado de Injunção e as características do instrumento, mostrando a evolução na doutrina e na jurisprudência do STF, os projetos de lei apresentados sobre o assunto e sua regulamentação legislativa, por meio da Lei federal nº 13.300/2016.

No item 3, faremos breve análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.



## 1- INSTRUMENTOS JUDICIAIS DE CONTROLE: O MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO).

Em artigo escrito em 1982, Anna Candida da Cunha Ferraz menciona as dificuldades existentes para compelir o legislador a normatizar dispositivos constitucionais que exigem complementação, para se tornarem aplicados.

Muito embora vivêssemos num regime político autoritário, formalmente, a separação dos ramos de Poder ainda existia e a utilização do Judiciário para que o Legislativo cumprisse o seu papel nesta questão era considerada indevida intromissão de um dos ramos do Poder nas atividades do outro<sup>157</sup>.

De fato, havia poucos instrumentos jurídicos hábeis a colmatar as lacunas constitucionais, o que é perfeitamente compreensível, dada a enorme supremacia do Poder Executivo em relação aos demais ramos do Poder, que existia na época.

Ainda assim, a autora apresentou, à época, sugestões de superação das lacunas constitucionais<sup>158</sup>, algumas das quais tornaram-se dispositivos da Constituição de 1988, como a ampliação dos instrumentos de controle de constitucionalidade por meio de ação direta, a ampliação do rol de legitimados e a criação do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

Em 1986, com o término do regime autoritário e a redemocratização do País, Anna Candida volta ao tema, em artigo onde, retomando as ideias lançadas em 1982, oferta sugestões à Assembleia Nacional Constituinte, que iria elaborar a Constituição de 1988<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup>FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *A inércia*, Op. cit., p. 103.

<sup>158</sup>FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *A inércia*, Op. cit., p. 106-107.

<sup>159</sup>FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para Constituinte**: Revista de Informação Legislativa, a.23, n° 89. Revista de Informação Legislativa, 1986.

Nesse artigo, propõe a criação de um sistema de controle de constitucionalidade negativo, referente às omissões inconstitucionais, devendo o texto constitucional a ser elaborado prever hipóteses de inconstitucionalidades por omissão.

Na questão da fixação de prazos ao legislador, a autora concluiu que tal fórmula não vinha dando resultados positivos, já que, nos ordenamentos constitucionais, em geral, há poucos entes ou pessoas legitimadas a exercer esse controle, mas, apesar disso, renovou a proposta de fixação de prazos, acrescida da cominação de sanções políticas ou de outra natureza.

Para os casos de inércia atribuída ao Executivo, a proposta era a tipificação de tal omissão como crime de responsabilidade, sujeitando o titular ao *impeachment*.

Outra proposta, foi a adoção de mecanismos como iniciativa popular, iniciativa legislativa dos Estados-membros, bem como de entidades e associações.

Verificamos que a iniciativa popular e a competência de entidades e associações acabaram sendo positivadas no texto constitucional.

Finalmente, a autora propôs aos constituintes que transformassem em princípio constitucional a inconstitucionalidade por omissão, atribuindo ao Judiciário maior atuação nesta matéria, inclusive com a criação de uma Corte Constitucional.

A Constituição Federal de 1998 e as Emendas Constitucionais positivaram, em diversos dispositivos, muitas das propostas aqui mencionadas, como a instituição do Mandado de Injunção, no artigo 5º, inciso LXXI, o plebiscito, referendo e a iniciativa popular, no artigo 14, a extensão da iniciativa legislativa a vários legitimados, prevista no artigo 61, a atribuição de competência ao STF para a guarda da Constituição e para processar e julgar os Mandados de Injunção, previstos nos artigos 102, *caput* e seu inciso I, letra *q* e a atribuição, ao Superior Tribunal de Justiça, de competência para processar e julgar os mandados de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição da Administração, prevista no artigo 105, inciso I, letra *h*.

Com o advento da Constituição de 1988<sup>160</sup> foram criados a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção, para o enfrentamento da omissão inconstitucional, sendo que a primeira integra o chamado sistema concentrado e abstrato de controle de constitucionalidade e tem a função de defender a Constituição Federal e a concretização das normas constitucionais contra as omissões normativas dos ramos de Poder, e o segundo, integra o chamado sistema difuso e concreto de controle de constitucionalidade, sendo um remédio constitucional de proteção dos direitos fundamentais individuais contra o mesmo tipo de omissão e que tem por objetivo possibilitar o exercício de um direito fundamental, impossibilitado em razão da inércia dos ramos de Poder na tarefa concretizadora determinada pela Constituição.

As decisões proferidas nas ações judiciais que trataram da inconstitucionalidade por omissão, no início da aplicação de tais instrumentos, acabaram limitando-se a comunicar esse fato ao Poder omisso, sem qualquer sanção, em caso de não atendimento da recomendação e, em relação aos órgãos administrativos, determinando que fossem adotadas as medidas necessárias ao exercício do direito violado, no prazo de trinta dias<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional**, Op. cit., p. 166.

<sup>161</sup>Op. cit., p. 176. Nesse sentido foi a decisão proferida pelo STF no Mandado de Injunção nº 107 – DF, no qual se decidiu que o Mandado de Injunção tem a mesma finalidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e deve limitar-se a dar ciência da omissão ao órgão em mora constitucional.

Tratava-se de decisões declaratórias, com efeitos de natureza mandamental, pois exigiam, do poder responsável pela ocorrência da omissão, omissio, a adoção das providências necessárias à sua superação.

José Afonso da Silva explica esta questão<sup>162</sup>, dizendo que, com a utilização de tais instrumentos, não se está tratando de inconstitucionalidade em tese, mas de omissão concreta, no sentido de não ter sido elaborada a norma jurídica complementar, determinada pela Constituição.

Mas o autor reconhece que, por serem tais ações, de natureza declaratória, se o poder omissio permanecer inerte, não há, até o momento, mecanismo jurídico hábil que o faça cumprir o mandamento constitucional.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>163</sup>, ao tratar deste tema, menciona que o constituinte originário deixou claro que se referiu não só à omissão legislativa propriamente dita, mas também a omissão regulamentar, atividade tipicamente administrativa, desde que, com tal omissão, seja dificultada a plena efetividade da norma constitucional.

O autor pontua que, para ele, a concretização da Constituição deve ocorrer mediante a promulgação de lei, não somente para que sejam editadas as normas complementares exigidas pelo texto constitucional, mas também de forma a assegurar sua legitimidade, mediante aprovação por órgão democraticamente eleito, visto que compete primordialmente ao legislador a tarefa de construção do Estado idealizado pelos constituintes originários.

---

<sup>162</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. , rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2001, p. 55-56.

<sup>163</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**. Artigo no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf>, 2008 acesso em 24-06-2015.

## 2- ORIGEM HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS DO MANDADO DE INJUNÇÃO.

Para José Afonso da Silva, o Mandado de Injunção não é criação exclusiva da Constituição brasileira, mas um instituto inspirado no direito estrangeiro, transplantado da realidade do direito existente na Inglaterra e nos EUA, apresentando semelhanças com a *Equity*, do direito inglês e com o *writ of injunction* do direito norte-americano<sup>164</sup>.

Semelhante posicionamento é adotado por Lenio Luiz Streck<sup>165</sup>, Hélio Tornaghi<sup>166</sup>, Vicente Greco Filho<sup>167</sup> e Diomar Ackel Filho<sup>168</sup>.

Todavia, o posicionamento de José Afonso da Silva não é unânime na doutrina, como veremos a seguir.

Ademar Ferreira Maciel<sup>169</sup>, citado por Lênio Streck, sustenta ser o Mandado de Injunção inspirado pelo Recurso Constitucional do Direito alemão, posição em relação a qual Lenio Streck discorda, pois, segundo ele, esse Recurso se assemelha mais à Ação Direta de Inconstitucionalidade.

---

<sup>164</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso**, Op. cit., p.450, nota 62.

<sup>165</sup>STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro: análise crítica e perspectivas jurídicas e políticas**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991, p. 19-20.

<sup>166</sup>TORNAGHI, Hélio. **O Mandado de Injunção no Brasil**. In **Seminário sobre os novos direitos fundamentais na Constituição brasileira**. Edições CEPAD, Rio de Janeiro, dez/88 *apud* STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro: análise crítica e perspectivas jurídicas e políticas**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991, p. 19, nota 2.

<sup>167</sup>GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1989 *in* STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro: análise crítica e perspectivas jurídicas e políticas**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991, p. 19, nota 2

<sup>168</sup>ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais** *apud* STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro: análise crítica e perspectivas jurídicas e políticas**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991, p. 19, nota 2.

<sup>169</sup>MACIEL, Ademar Ferreira. In **Conjecturas sobre o mandado de injunção. O Estado de Minas**. Belo Horizonte, 27.8.88, p. 5 *apud* STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro: análise crítica e perspectivas jurídicas e políticas**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991, p. 20, nota 4.

Para Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>170</sup>, o Mandado de Injunção foi influenciado por disposições semelhantes existentes em Portugal, no artigo 283 da Constituição portuguesa de 1976 e no artigo 377 da Constituição da extinta República Socialista da Iugoslávia.

Para Celso Ribeiro Bastos<sup>171</sup>, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>172</sup>, Galeno Lacerda<sup>173</sup>, Rodrigo Mazzei, José Cretella Júnior (citado por Rodrigo Mazzei<sup>174</sup>), Alexandre de Moraes<sup>175</sup> e Carlos Augusto Alcântara Machado<sup>176</sup>, o Mandado de Injunção é criação tipicamente brasileira, não existindo instituto semelhante em outros ordenamentos jurídicos.

Rodrigo Mazzei<sup>177</sup>, em artigo escrito em 2007, muito embora afirmasse que o Mandado de Injunção é um instituto inédito, exclusivo do ordenamento constitucional brasileiro, não nega que sua criação foi influenciada por normas semelhantes existentes na Inglaterra, nos EUA, em Portugal e na Constituição de 1974, da extinta República Socialista da Iugoslávia e que também influenciaram na conceituação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>170</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção**, Op. cit., p. 165-166.

<sup>171</sup>BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1988/89 *apud* STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro: análise crítica e perspectivas jurídicas e políticas**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991, p. 20, nota 3.

<sup>172</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 17ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 1988 *apud* STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro: análise crítica e perspectivas jurídicas e políticas**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991, p. 20, nota 3.

<sup>173</sup>LACERDA, Galeno. **Eficácia imediata do Mandado de Injunção**. In **Seminário sobre os novos direitos fundamentais na Constituição brasileira**. Edições CEPAD, Rio de Janeiro, dez/88, *apud* STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro: análise crítica e perspectivas jurídicas e políticas**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991, p. 20, nota 3.

<sup>174</sup>CRETELLA JÚNIOR, José. **Os “writs” na Constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular**. São Paulo: Forense Universitária, 1989, p. 101 *apud* MAZZEI, RODRIGO. **Ações constitucionais**. Org. Fredie Didier Jr. Editora Podivm – 2ª ed. rev. e atual, p. 135-136.

<sup>175</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 26ª ed. – São Paulo : Atlas, 2010, p. 171.

<sup>176</sup>MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 50.

<sup>177</sup>MAZZEI, Rodrigo. **Ações constitucionais**. Org. Fredie Didier Jr. Editora Podivm – 2ª ed. rev. e atual, 2007, p. 135-136.

A comparação mais comum do Mandado de Injunção com instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão em outros ordenamentos jurídicos é realmente efetuada em relação ao chamado *writ of injunction*.

Todavia, Carlos Augusto Alcântara Machado<sup>178</sup> também verificou a existência ou não de semelhanças entre o Mandado de Injunção e os instrumentos supostamente similares, como a *ingiunzione*, do direito italiano, que ele não considera como semelhante ao Mandado de Injunção, adotando, em relação a este instituto peninsular, a mesma posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Já em relação à *verfassungsbeschwerde* do direito alemão, o autor a considera semelhante ao nosso Mandado de Injunção, mencionando que a jurisprudência da Corte Constitucional daquele país vem admitindo sua utilização como instrumento hábil a combater a omissão inconstitucional do Legislativo, acrescentando, conforme observado pelo Ministro Moreira Alves, do STF, que a Corte Constitucional alemã exige, para que seja admitida sua utilização, que o interessado tenha esgotado as vias ordinárias, sendo esta a principal diferença do instituto germânico em relação ao Mandado de Injunção<sup>179</sup>.

Ao analisar a Ação de Inconstitucionalidade do direito lusitano, o autor a considera próxima à nossa Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), pois o objetivo principal de ambas é, apenas e tão somente, a apuração da ocorrência de inconstitucionalidade por omissão e a ciência desse fato ao ramo do poder omissivo, para que cumpra o dever que lhe foi imposto pela Constituição, todavia não vê semelhanças entre essa ação e o Mandado de Injunção<sup>180</sup>.

Conclui o autor que o Mandado de Injunção é instrumento tipicamente brasileiro e autoaplicável.

---

<sup>178</sup>MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Op. cit., p. 52.

<sup>179</sup>MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Op. cit., p. 53-54.

<sup>180</sup>MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Op. cit., p. 54-55.

## 2.1- NATUREZA DO INSTRUMENTO.

Após analisarmos os posicionamentos de José Afonso da Silva<sup>181</sup>, Alexandre de Moraes<sup>182</sup> e Rodrigo Mazzei<sup>183</sup>, concluímos que o Mandado de Injunção é conceituado como uma medida judicial conferida a quem, por ausência de normatização legal ou administrativa, se vê impedido de exercer um direito, liberdade ou prerrogativa, previsto na Constituição Federal ou nas Constituições estaduais e possibilita a concretização de tais normas constitucionais, até que se completem todas as lacunas normativas, quando então não fará mais sentido a existência de tal ação constitucional.

Quanto ao objeto, Rodrigo Mazzei<sup>184</sup> entende que o Mandado de Injunção é instrumento que visa à superação de omissão legislativa que impeça o exercício de direitos e liberdades constitucionais ou a efetivação das prerrogativas referentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Já para Alexandre de Moraes,<sup>185</sup> somente podem ser objeto do Mandado de Injunção as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, as quais somente terão aplicabilidade por meio de elaboração normativa que supra as lacunas eventualmente existentes, por parte de qualquer dos ramos do Poder, particularmente do Poder Legislativo. Além disso, observa que não cabe Mandado de Injunção que objetive alterar lei ou ato normativo supostamente incompatível com a Constituição ou que pretenda dar determinada interpretação à legislação infraconstitucional ou ainda, que pretenda a aplicação “mais justa” da lei.

---

<sup>181</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso**, Op. cit., p. 450.

<sup>182</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 26ª ed. – São Paulo : Atlas, 2010, p. 171.

<sup>183</sup>MAZZEI, Rodrigo. **Ações constitucionais**. Org. Fredie Didier Jr. Editora Podivm – 2ª ed. rev. e atual, p. 141.

<sup>184</sup>MAZZEI, Rodrigo. Op. cit., p. 136.

<sup>185</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 26ª ed. – São Paulo : Atlas, 2010, p. 172-173.



Carlos Augusto Alcântara Machado anota que tal instrumento teve por finalidade amenizar a ‘crise de aplicabilidade da Constituição’ (ou ‘síndrome da inefetividade das normas constitucionais’, como preferem outros autores), sendo que cabe ao Poder Judiciário, preferencialmente, a tarefa de resgatar a efetividade do constitucionalismo brasileiro, por meio de suas decisões.

Em suma, quando se verifica uma omissão legislativa, de qualquer dos ramos de poder, que inviabilize o exercício das prescrições constitucionais referentes a direitos, liberdades, garantias ou prerrogativas constitucionais, o Mandado de Injunção é o remédio fornecido pela própria Constituição para assegurar às pessoas a possibilidade de gozar os direitos e prerrogativas que lhes foram conferidos pelo texto constitucional.

## 2.2- A APLICABILIDADE DO INSTRUMENTO.

À época de sua criação e no início de sua utilização, houve grande discussão, doutrinária e jurisprudencial, quanto à aplicabilidade do instrumento, restando vencedora a corrente que defende sua autoaplicabilidade, com a utilização das normas processuais referentes ao Mandado de Segurança, no que coubesse, enquanto não viesse a normatização do Mandado de Injunção por parte do Congresso Nacional (*o que ocorreu em 24 de março de 2015, com a aprovação, pela Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei 6.128, de 2009, o qual foi aprovado no Senado, convertendo-se na Lei federal nº 13.300, de 23 de junho de 2016*), conforme se decidiu no MI 107-3-DF, sendo que, posteriormente, na Lei federal nº 8.038, de 28 de maio de 1990, tal orientação jurisprudencial restou positivada, conforme informa Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>186</sup>.

Por outro lado, Flávia Piovesan<sup>187</sup> menciona que, nada obstante o posicionamento jurisprudencial cristalizado no STF quanto à autoaplicabilidade do Mandado de Injunção, essa característica já é inerente ao instrumento, que configura um direito fundamental, cuja aplicabilidade, como se viu, é imediata, não necessitando de qualquer complementação normativa para o seu exercício.

Pensar o contrário conduziria ao paradoxo do instrumento, que objetiva a superação da omissão legislativa inconstitucional permanecer sem utilização em razão da falta de norma infraconstitucional que regulamente seu exercício.

A autora menciona que grande parte da doutrina entende que o Mandado de Injunção é autoaplicável<sup>188</sup>, elencando vários autores, dentre eles, J.J. Calmon de Passos, Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra da Silva Martins, Celso Agrícola Barbi, José Afonso da Silva, Irineu Strenger, Ritinha A. Stevenson Georgakilas e Vicente Greco Filho.

---

<sup>186</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção**, Op. cit., p. 174.

<sup>187</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 142-143.

<sup>188</sup>Idem, p. 142, nota 16.

Relaciona como contrários à autoaplicabilidade do Mandado de Injunção, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Inocêncio Mártires Coelho.

### 2.3- PROCEDIMENTO.

Alexandre de Moraes menciona que não é cabível a concessão de liminar, por ser imprópria ao instituto, conforme já pacificou a jurisprudência do STF e que, no STJ, o julgamento de Mandados de Injunção tem prioridade sobre os demais atos judiciais, salvo *habeas corpus*, mandado de segurança e *habeas data*<sup>189</sup>.

Rodrigo Mazzei entende<sup>190</sup> que o Mandado de Injunção, por adotar as normas procedimentais do Mandado de Segurança, tem seus atos processuais comprimidos e seu trâmite observa rito processual sumário, mas, por outro lado, pontua que nem todas as regras do Mandado de Segurança podem ser aplicadas ao Mandado de Injunção<sup>191</sup>.

Além disso, não há dilação probatória, exigindo-se prova documentada e pré-constituída, juntada aos autos do processo com a apresentação da petição inicial.

Como verificamos, neste trabalho, os constituintes originários acabaram por criar o instituto de maneira mais genérica, sem as especificações das sugestões de normas constitucionais e dos anteprojetos que tratavam da matéria.

Talvez por essa razão, nos primeiros Mandados de Injunção submetidos ao STF surgiram dúvidas, quer quanto à necessidade ou não de regulamentação legislativa do instituto e do rito processual a ser observado, quer em relação ao alcance do provimento jurisdicional, se apenas para cientificar o poder omissivo de sua falta ou para normatizar no caso concreto os pedidos a ele submetidos, como veremos em item específico.

---

<sup>189</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 26ª ed. – São Paulo : Atlas, 2010, p. 175.

<sup>190</sup>MAZZEI, Rodrigo. Op. cit., p. 139-140.

<sup>191</sup>MAZZEI, Rodrigo. **Ações constitucionais**. Org. Fredie Didier Jr. Editora Podivm, 2007 – 2ª ed. rev. e atual, p. 138.

O fato é que o Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da aprovação da Lei federal nº 13.300, de 23-06-2016, pelo Congresso Nacional, já havia pacificado sua jurisprudência a respeito da aplicabilidade do instituto.

#### 2.4- BREVE EXAME DOS PROJETOS DE LEI APRESENTADOS AO CONGRESSO NACIONAL COM O OBJETIVO DE REGULAMENTAR O MANDADO DE INJUNÇÃO.

Carlos Augusto Alcântara Machado<sup>192</sup> registra que, antes da aprovação do Projeto de Lei nº 6.128, de 2009, outras proposições legislativas trataram desse tema.

Assim, no Projeto de Lei nº 998/88, apresentado em 11-10-1988 pelo Deputado Maurílio Ferreira Lima, foi proposta a regulamentação do rito processual do instituto. O Projeto inspirou-se no modelo da lei do Mandado de Segurança e do Procedimento Ordinário, previsto no Código de Processo Civil de 1973, todavia, apesar da intenção de dar celeridade ao Mandado de Injunção, previu a possibilidade de dilação probatória, o que é contraditório, segundo o autor.

Além disso, referido projeto previu, também, a possibilidade de concessão de Liminar e a determinação de que os Tribunais competentes conferissem prioridade no julgamento dos Mandados de Injunção e tratou, ainda, dos sujeitos ativo (pessoas naturais, grupos de pessoas, pessoas jurídicas e Ministério Público) e passivo (pessoas jurídicas) e previu que, na Sentença a ser proferida o Juiz competente deveria disciplinar o direito ou prerrogativa não regulamentado, para o caso concreto.

Outro Projeto de Lei apresentado ao Congresso, em 10-03-89, pelo Deputado Samir Achôa, foi o PL nº 1.662/89, que previa a aplicação, no que coubesse, das regras processuais do Mandado de Segurança, todavia, não fez referência à existência do prazo decadencial aplicável àquele instituto.

---

<sup>192</sup>MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 62-63.

Em 30-10-90, foi apresentado pelo Deputado Cunha Bueno, o Projeto de Lei nº 4.679/90, o qual também foi inspirado pelas normas do Mandado de Segurança; todavia exigia este o esgotamento prévio das vias ordinárias, para a propositura do Mandado de Injunção.

O mesmo projeto previa, ainda, que somente seriam admitidas provas pré-constituídas, que a competência para processamento seria atribuída aos Tribunais, que incidiria o prazo decadencial de 120 dias e que, na sentença a ser proferida, o Poder Judiciário elaboraria a regulamentação supletiva da norma questionada, com atribuição de efeitos *erga omnes*, até que o órgão em falta elaborasse a normatização do dispositivo constitucional.

Por fim, foram apresentados mais dois projetos de Lei versando sobre a regulamentação do instituto, que são os Projetos de Lei do Senado nº 6.002, de 1990, o de nº 167, de 2012.

## 2.5- CRÍTICAS DA DOCTRINA A RESPEITO DO PROJETO DE LEI Nº 6.129, DE 2009.

O Projeto de Lei nº 6.129, de 2009, retro mencionado, após quase seis anos, foi aprovado pela Câmara dos Deputados, em 24 de março de 2015 e remetido ao Senado Federal, onde também mereceu aprovação, convertendo-se na Lei federal nº 13.300, de 23 de junho de 2016.

O PL em questão foi intensamente discutido pela doutrina e, antes de sua aprovação na Câmara dos Deputados, alguns autores comentaram os dispositivos do projeto.

Walter Claudius Rothenburg<sup>193</sup> afirma que o artigo 1º já pacifica a possibilidade de impetração de Mandado de Injunção coletivo.

Entendeu pertinente a definição dos sujeitos ativos, sem a exclusão da possibilidade de litisconsórcio; todavia, defende que poderia ter sido admitida a impetração também contra particulares, bem como a inclusão do Mandado de Injunção coletivo, no mesmo dispositivo, ao invés de remeter o Mandado de Injunção coletivo para o artigo 12<sup>194</sup>.

Nos artigos 4º a 7º, o legislador trata do procedimento processual do Mandado de Injunção, e o faz de maneira bastante similar ao que ocorre em relação ao Mandado de Segurança.

Com relação a tais dispositivos, o autor elogia a inclusão do § 1º ao artigo 4º, que prevê a utilização preferencial dos meios eletrônicos para a impetração, bem como do § 2º, que garante o acesso a documentos que se encontrem em poder de autoridades ou de terceiros.

---

<sup>193</sup>ROTHENBURG, Walter Claudius. **O Mandado de Injunção finalmente terá sua lei. In: Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação.** Organizadores Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas. São Paulo: Saraiva, 2013, p.128.

<sup>194</sup>ROTHENBURG, Walter Claudius. **Mandado de Injunção**, Op. cit., p. 129-130.



Menciona, também, a inovação introduzida pelo artigo 7º, que prevê a remessa dos autos à conclusão, após o decêndio nele previsto, ainda que o Ministério Público não exare sua manifestação nesse mesmo prazo.

Nos artigos 8º e 9º foram estabelecidas as possibilidades de provimentos judiciais, estando presentes a determinação de prazo ao impetrado para que edite a norma faltante ou estabelecendo as condições em que o interessado possa exercer os direitos em questão e, no caso de Mandado de Injunção individual, estabelece que a decisão só produz efeitos em relação às partes.

Esses dispositivos foram objeto de comentários mais aprofundados por parte do autor, pois são consideradas as maiores inovações do projeto, que incorporam a jurisprudência atualizada do STF sobre os efeitos da sentença.

O caráter mandamental do Mandado de Injunção foi ressaltado por Walter Claudius Rothenburg<sup>195</sup>, ao analisar o inciso I do artigo 8º, ressaltando que a determinação de prazo ao poder omissivo será dispensada quando, com a inicial, for apresentada comprovação de que o referido poder descumpriu prazo fixado em outro Mandado de Injunção sobre o mesmo tema.

Já no inciso II, que representa uma intervenção maior no princípio da separação dos ramos de poder, pois será o Judiciário quem estabelecerá as condições para viabilizar o exercício dos direitos ou prerrogativas reclamados no Mandado de Injunção, vê o autor uma abertura para o ativismo judicial.

Além disso, o autor considera positiva a não fixação prévia de prazo para a edição da norma infraconstitucional reclamada, pois são diversas as peculiaridades dos casos concretos, cabendo ao Judiciário avalia-las no momento de fixar referido prazo.

---

<sup>195</sup>ROTHENBURG, Walter Claudius. **Mandado de Injunção**, Op. cit., p. 132-136.

Com relação ao artigo 9º, é ressaltado que, em regra, o Mandado de Injunção só produzirá efeitos em relação às partes; todavia, o texto legal abre a possibilidade de extensão dos efeitos da sentença para um maior número de envolvidos, o que confere um grande poder ao Judiciário.

Marcelo Casseb Continentino<sup>196</sup> também analisou o PL em questão e comenta que foi acolhida, no *caput*, a tese concretista individual. Todavia, no inciso 1º do artigo 9º, foi aberta uma regra de exceção que poderia resultar no enquadramento, nesse parágrafo, de todos os Mandados de Injunção, com o acolhimento da tese concretista genérica.

Segundo esse autor, esse dispositivo é contrário ao conceito que originou o Mandado de Injunção, introduzido como um instrumento de defesa de direitos individuais, sendo preferível, a seu ver, a exclusão desse parágrafo e a aplicação do inciso 2º.

Teori Albino Zavascki<sup>197</sup>, ao tratar da ação prevista no artigo 10, explica que não se trata de ação semelhante à ação rescisória e que seu objetivo é promover ajustes à norma criada pelo Mandado de Injunção, em razão de alterações nas questões de fato e de direito. Além disso, mencionou que não se trata de novo instituto no direito brasileiro, já que previsto na legislação processual.

Referido autor menciona que não foram incluídas no projeto a possibilidade de antecipação da tutela, visto que a jurisprudência dominante no STF é contrária a essa antecipação, por considera-la incompatível com a natureza do pedido contido no Mandado de Injunção, bem como a questão da competência, esta em razão de já estar estabelecida na própria Constituição.

---

<sup>196</sup>CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Uma reflexão histórica sobre o Mandado de Injunção e a eficácia subjetiva das decisões**. In: **Mandado de Injunção**, Op. cit., p. 91-92.

<sup>197</sup>ZAVASCKI, Teori Albino. **Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009**. In: **Mandado de Injunção**, Op. cit., p. 99.

Teori Albino Zavascki<sup>198</sup>, posicionando-se com relação ao Projeto de Lei 6.128/2009 (já transformado em lei), que regulamenta o Mandado de Injunção, entende que o mesmo é positivo ao reproduzir a atual jurisprudência do STF sobre os efeitos da decisão, pacificando a tendência daquela Corte em conferir ao instituto maior efetividade, como um instrumento de garantia do exercício e, em algumas situações, da satisfação dos direitos, liberdades ou prerrogativas protegidos pelo Mandado de Injunção.

Walter Claudius Rothenburg<sup>199</sup> também enfrentou a questão da necessidade ou não de regulamentação legislativa do Mandado de Injunção.

Em suas considerações, inicia fazendo um resumo dos posicionamentos de alguns autores, afirmando que, para José Afonso da Silva, a regulamentação não é necessária, pois o instituto tem por objetivo produzir uma decisão judicial na qual a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, mesmo que não haja regulamentação.

Cita Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que entende não ser necessária a regulamentação do instituto; todavia defende uma aplicação mais restrita ao Mandado de Injunção, sem que o próprio Judiciário crie a norma regulamentadora que não foi criada pelo poder competente, que seria o Legislativo, na maior parte dos casos.

Prosseguindo, o autor cita, em posição mais radical, Luís Roberto Barroso, que entende que o próprio instituto seria desnecessário e defende a inclusão de um acréscimo ao § 1º do artigo 5º da Constituição Federal estabelecendo que as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias têm aplicação imediata e, na falta de norma regulamentadora exigida pelo texto constitucional, o juiz competente fixaria a regra individualmente aplicável, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.

---

<sup>198</sup>ZAVASCKI, Teori Albino. **Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009**. In: **Mandado de Injunção**, Op. cit., p. 96-100.

<sup>199</sup>ROTHENBURG, Walter Claudius. **O Mandado de Injunção finalmente terá sua lei**. In: **Mandado de Injunção**, Op. cit., p. 119-140.

Rothemburg discorda da posição de Luís Roberto Barroso, pois, na prática, ainda existem direitos e garantias conferidos pela Constituição, nos quais a ausência de norma regulamentadora dificulta ou impede que os dispositivos tenham maior eficácia, sendo importante a existência do instituto justamente para solucionar esse problema.

Tal autor concorda em parte com José Afonso da Silva, levando em consideração que a autoaplicabilidade do instituto já foi pacificada pelo STF, razão pela qual entende que não haveria necessidade estrita de elaboração de lei infraconstitucional disciplinando o Mandado de Injunção, mas que, todavia, a regulamentação pode trazer aspectos positivos, facilitando, uniformizando e potencializando a utilização do instituto.

Por outro lado, o Projeto em referência incorpora a jurisprudência mais recente do STF, a qual, por sua vez está em consonância com outras leis, tais como a Lei da Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor e do Mandado de Segurança.

José Levi Mello do Amaral Júnior<sup>200</sup> discorda da necessidade e da pertinência da regulamentação legislativa do Mandado de Injunção.

Sustenta Amaral Júnior esse ponto de vista, inicialmente dizendo que o Projeto de Lei não traz nenhuma novidade em relação à jurisprudência recente do STF, acrescentando que a intenção não declarada da norma seria a legitimação da atual postura ativista do Supremo e sustenta, ainda, que, caso aprovado, o Legislativo estaria abrindo mão de sua prerrogativa de legislar em favor do Judiciário, pois, ao adotar a tese concretista genérica, conferindo eficácia *erga omnes* às decisões proferidas, o Judiciário estaria criando verdadeira lei geral e abstrata, com ofensa aos princípios da democracia e da separação dos ramos do poder.

---

<sup>200</sup>AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Regulamentação do Mandado de Injunção**. In: **Mandado de Injunção**, Op. cit., p. 152-160.

Por outro lado, Amaral Júnior<sup>201</sup> entende que o Projeto de Lei apenas sistematiza o que já vinha sendo decidido pelo STF em relação ao instituto, nada trazendo de novo ao cenário jurídico brasileiro. Em sua manifestação, mencionou, para cada dispositivo, o Mandado de Injunção correspondente ao que o Supremo já se manifestou a respeito: Assim, a possibilidade de Mandado de Injunção contra omissões parciais foi objeto do MI 670-9/ES, a legitimidade ativa e passiva para o MI foi objeto do MI 107-3-DF, as questões processuais envolvendo o instituto foram objeto do MI 107-3-DF-QO, os efeitos da Sentença foram objeto do MI 107-3-DF-QO e os efeitos da decisão na superveniência da lei regulamentadora foram objeto do MI 283-5-DF.

Portanto, José Levi Mello do Amaral Júnior considera que os contornos do instituto já foram desenhados pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual seria desnecessária sua disciplina por meio de lei, ainda mais considerando que, há muito tempo, está sedimentada na Corte, a jurisprudência no sentido da autoaplicabilidade do Mandado de Injunção.

André Ramos Tavares<sup>202</sup> entende que a regulamentação legislativa é positiva, em razão da segurança jurídica que será trazida e como meio para a ampla difusão do instituto, colaborando para a superação das omissões inconstitucionais ainda existentes.

---

<sup>201</sup>AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Regulamentação do Mandado de Injunção**. In: **Mandado de Injunção**, Op. cit., p. 154-157.

<sup>202</sup>TAVARES, André Ramos. **O cabimento do mandado de injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies**. In: **Mandado de Injunção**, Op. cit., p. 383-405.

Galeno Lacerda<sup>203</sup> entende ser desnecessária a existência do instituto e, aliás, o autor defende sua imediata abolição. Todavia, lança mão de argumentos muito mais políticos do que propriamente jurídicos, ao dizer que, ao lado de outras inovações trazidas pelo texto constitucional de 1988, o Mandado de Injunção seria fruto de ‘indesculpável demagogia’ e uma ‘invenção infeliz’ dos constituintes, que teriam delegado ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de suprir as lacunas do texto constitucional, papel que, segundo o autor, seria exclusivamente do Congresso Nacional.

---

<sup>203</sup>LACERDA, Galeno. **Revisão do conceito de federação: sistema de recursos e de ações constitucionais; abolição do mandado de injunção.** Cadernos de direito constitucional e ciência política, nº 3, abr-jun 1993.

## 2.6 - A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NO STF ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DA LEI FEDERAL Nº 13.300, DE 23-06-2016.

Marcelo Casseb Continentino<sup>204</sup> faz uma abordagem a respeito da história jurisprudencial do Mandado de Injunção, a partir da decisão proferida no Mandado de Injunção nº 103-3 – Questão de Ordem, cujo Relator foi o então Ministro Moreira Alves, concluindo que a regulamentação legislativa do Mandado de Injunção é positiva, pois preserva todo o percurso histórico do instituto e restringe a atuação do STF nos casos concretos, ao direcionar a apreciação do caso pela Corte Constitucional segundo as balizas legalmente estabelecidas, evitando acusações de ofensa à separação dos ramos de poder ou de atuação judicial excessivamente ativista.

Carlos Augusto Alcântara Machado identifica três correntes principais, adotadas nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, referentes às hipóteses de cabimento e ao alcance das decisões judiciais proferidas nos Mandados de Injunção julgados até o momento.

A primeira delas é a chamada corrente “Restritiva”, adotada nos primeiros Mandados de Injunção, cujos adeptos defendem que o Mandado de Injunção só seria aplicável nos casos onde não tenha ocorrido complementação legislativa/regulamentar de dispositivos constitucionais referentes à nacionalidade e à cidadania, citando o autor o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho como um de seus principais defensores<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup>CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Uma reflexão histórica sobre o Mandado de Injunção e a eficácia subjetiva das decisões**. In: **Mandado de Injunção**, Op. cit., p. 57-94.

<sup>205</sup>MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 68.

Em seguida, o autor menciona a chamada corrente “Intermediária”, cujos adeptos defendem que o Mandado de Injunção somente é aplicável nos casos onde não tenha ocorrido complementação legislativa ou regulamentar de dispositivos constitucionais referentes aos Direitos Individuais e Coletivos, Direitos Sociais, Direitos à Nacionalidade e Direitos Políticos, e cita Celso Ribeiro Bastos e J.J. Calmon de Passos os seus principais defensores<sup>206</sup>.

Por fim, temos a corrente “Abrangente”, que vem sendo majoritariamente adotada pelo STF nos julgamentos mais recentes de Mandados de Injunção, segundo a qual o instituto é aplicável para todo e qualquer direito ou prerrogativa instituídos pela Constituição.

O autor é adepto desta corrente, tendo mencionado que também a defendem Lênio Luiz Streck, Celso Agrícola Barbi, Willis Santiago Guerra Filho, Wander Paulo Marotta Moreira, Luís Roberto Barroso, Roque Antonio Carrazza, Marcelo Duarte e José Carlos Moreira Alves<sup>207</sup>.

Crítica o autor a posição do STF, que ao adotar a tese não-concretista, não agiu de acordo com o entendimento esposado pelos constituintes originários, que criaram o Mandado de Injunção como fonte de concretização de direitos, nas hipóteses nas quais os ramos de poder competentes deixaram de atuar.

Prosseguindo em suas observações, anota que o STF partiu de uma posição não-concretista, para adotar, no outro extremo, uma posição concretista genérica, com efeitos *erga omnes*, ao decidir o Mandado de Injunção referente ao direito de greve dos servidores públicos (MI 712-8-PA), o que para ele foi um passo avançado demais, sem que a justificação da decisão tenha sido suficientemente esclarecida, o que demonstraria, inclusive, uma contradição no interior do Supremo Tribunal Federal, que vinha adotando, na maior parte dos casos submetidos a julgamento, a tese concretista individual, mais consentânea com os objetivos do instituto.

---

<sup>206</sup>MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Op. cit., p. 69.

<sup>207</sup>MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Op. cit., p. 71-72.



## 2.7 - A LEI FEDERAL Nº 13.300/2016 E SUA APLICAÇÃO.

Na verdade, o que se observa do posicionamento dos doutrinadores a respeito do projeto de lei e da própria lei, que quase nada modificou em relação ao projeto, é que há pontos positivos e negativos na norma em questão.

Ao analisarmos o teor do Projeto e de sua Justificação, verificamos que a proposta neles encerrada busca manter a atual posição da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Cabe lembrar que a proposta do Projeto de Lei foi encaminhada ao então Deputado Flávio Dino, pelos Ministros Gilmar Mendes, do STF e Teori Zavascki, então no STJ (atualmente no STF), fruto de trabalhos desenvolvidos no âmbito do Pacto Republicado de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo.

Como se vê, o PL foi bastante discutido pela doutrina, mesmo antes de se converter na Lei Federal nº 13.300, de 23 de junho de 2016.

Observa-se que a lei aprovada praticamente não alterou a essência do projeto, adotando apenas pequenas correções na redação. O único acréscimo em relação ao Projeto de Lei aprovado na Câmara dos Deputados foi a inclusão da Defensoria Pública como sujeito ativo do Mandado de Injunção, no inciso IV do artigo 12.

Consideramos que a aprovação final do projeto no Senado Federal (Lei federal nº 13.300, de 23 de junho de 2016), é relevante, pois incorpora toda a evolução doutrinária e jurisprudencial do instituto e confere maior efetividade às decisões proferidas pelo Judiciário, particularmente as do Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo em que limita o irrestrito ativismo judicial.

Após analisarmos as diversas opiniões a respeito da necessidade de criação de lei regulamentando o procedimento do Mandado de Injunção, entendemos que a posição de Marcelo Casseb Continentino é a mais adequada, pois, na aprovação do Projeto de Lei e na sua conversão em lei, não foi chancelada a atual postura ativista do STF, mas sim, legalmente disciplinada a atuação do Supremo, inclusive a postura ativista, limitada pelas regras introduzidas pela nova lei, pois, sem a legislação, não há qualquer limite à atuação do STF, o que poderia trazer riscos ao princípio da separação dos ramos do poder e, no limite, à própria democracia, pois onze Ministros, não eleitos, estariam fazendo o papel dos deputados federais, legitimados pelo voto popular.

Por outro lado, entendemos que a lei também merece crítica, com relação à possibilidade, contida no parágrafo 1º do artigo 9º, de atribuição de eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, bem como no que concerne à criação do Mandado de Injunção coletivo, no artigo 12, com rol de legitimados semelhante ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Nos dois casos, entendemos que os dispositivos são inconstitucionais, visto que em desacordo com a previsão constitucional do Mandado de Injunção.

Nesse sentido, acolhemos a posição de Marcelo Casseb Continentino, que também critica a existência do mencionado parágrafo 1º do artigo 9º.

No primeiro caso, tal efeito desnatura o instrumento, que foi criado como meio de controle concreto da inconstitucionalidade por omissão, tutelando direito subjetivo e não para ser utilizado como instrumento de controle abstrato, tutelando direito objetivo. Para tal fim, já existe a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Outra consequência desse dispositivo é atribuir a qualquer do povo a legitimidade ativa para a tutela abstrata de direito objetivo, visto que o processo judicial, inicialmente utilizado para a defesa de direito individual fundamental, não exercitável em razão de omissão dos poderes públicos, poderá se converter em processo de defesa de direito coletivo, caso a decisão proferida em sede de Mandado de Injunção atinja outras pessoas além das que participaram originalmente do processo.

No segundo caso, também é questionável a criação do Mandado de Injunção coletivo.

Isto porque o Mandado de Injunção foi criado pelo constituinte originário como um instrumento de concretização de direito fundamental *individual* e não coletivo. O instrumento que defende o direito coletivo ao controle da inconstitucionalidade por omissão é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e não o Mandado de Injunção.

Os dispositivos objeto destas críticas parecem refletir um certo desencanto da doutrina com a eficácia da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, limitada a declarar a ocorrência da inconstitucionalidade por omissão ao órgão omisso.

Daí a tentativa, na lei, de tutelar, no Mandado de Injunção, também, o direito objetivo, conferindo-lhe um grau maior de concretização, observado no Mandado de Injunção, mas não na ADO.

Em razão desse fato, caso a orientação prevista nos dispositivos em questão seja predominante na jurisprudência, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão não teria mais razão de permanecer no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3 - BREVE ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.

Não poderíamos encerrar a discussão sobre o Mandado de Injunção sem tecer alguns apontamentos sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no artigo 103, § 2º, da Constituição Federal e instrumento de controle de constitucionalidade da omissão no modelo concentrado.

Trata-se de mecanismo de defesa da Constituição Federal e não de pessoas, eventualmente prejudicadas por omissões inconstitucionais dos ramos do poder.

Flávia Piovesan<sup>208</sup>, a esse respeito, esclarece que a ADO tem por objetivo permitir que todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena, de modo a possibilitar o exercício de direitos constitucionais, ainda que o legislador se abstenha de elaborar as normas infraconstitucionais determinadas pela Constituição para dar concretude aos comandos constitucionais.

É instrumento de tutela do direito objetivo.

Seu objetivo é obter, do Poder Judiciário, a declaração da ocorrência de uma inconstitucionalidade por omissão e comunica-la ao ramo de poder omissor, para que supra tal inconstitucionalidade, devendo ser proposta após o transcurso de tempo razoável, desde a promulgação do texto constitucional, sem que o ramo de Poder em falta exerça sua competência legislativa ou regulamentar.

A autora, ao explicar os objetivos do instrumento, aponta que o objetivo da ADO é suprir, de modo geral e abstrato, as lacunas inconstitucionais do texto constitucional, até que, em algum momento, todas as normas constitucionais tenham eficácia plena.

---

<sup>208</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 113.

A legitimidade ativa foi atribuída aos mesmos legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a legitimidade passiva é das autoridades ou órgãos que não exerceram as competências legislativas ou regulamentares devidas.

Observa-se ser bastante amplo o rol de legitimados à propositura de tal ação, considerado por Flávia Piovesan como um *notável avanço constitucional*<sup>209</sup>.

Nesta questão, a autora considera<sup>210</sup> os entes legitimados, relacionados nos incisos I a IX do artigo 103, como verdadeiros *fiscais da Constituição* e, nesta medida, não deveria lhes ser exigida a comprovação de interesse jurídico específico, na esfera processual, pois, lembrando que a ADO é instrumento de defesa de direito objetivo, tal exigência acabaria por converter a ADO em instrumento de defesa de direito subjetivo. Todavia, ressalta a autora que tal orientação não vem prevalecendo junto ao STF.

Pensamos que não foi com esta intenção que o instrumento foi criado pelo constituinte originário.

Uma particularidade de referida Ação é a ausência de manifestação da Advocacia Geral da União – AGU, que ocorre na ADI comum, em defesa do texto legislativo ou regulamentar, cuja constitucionalidade está sendo questionada, pois, no caso da ADO, não há lei ou regulamento a ter sua constitucionalidade defendida.

Não há possibilidade de liminar na ADO, conforme já decidiu o STF, em diversas oportunidades<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 115.

<sup>210</sup> Idem, p. 118-119.

<sup>211</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. **Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 345, nota 200: ADI 361, Rel. Min. Marco Aurélio; ADI 267-DF, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 1387-DF, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI-MC 1458-DF, Rel. Min. Celso de Mello. Nesta última, o STF, no julgamento

Quanto aos efeitos da decisão, o principal deles é a comunicação da ocorrência da omissão inconstitucional ao ramo de poder omissivo e, no caso da omissão ter sido causada por inércia de autoridade ou órgão administrativo, a determinação judicial para que a competência legislativa/regulamentar seja exercida no prazo de trinta dias, sob pena de responsabilização do agente público.

Lembra Flávia Piovesan<sup>212</sup> que, além disso, seus efeitos são *erga omnes*, uma vez que se trata de declaração de inconstitucionalidade em tese, mas, que todavia, é difícil assegurar o efetivo cumprimento do preceito constitucional pelo ramo de poder omissivo, uma vez que as possíveis sanções por seu comportamento ofensivo à Constituição são, também, de difícil aplicação.

Sugere a autora a imputação de crime de responsabilidade ao ramo de poder omissivo ou o ajuizamento de ação de responsabilidade civil do Estado, em razão do descumprimento da determinação constitucional de legislar.

Na prática, reconhece que, nas decisões proferidas, ocorreu apenas a declaração da inconstitucionalidade e sua comunicação ao ramo de poder omissivo, que nada providenciou a respeito, permanecendo intocada a omissão, caracterizando-o como insuficiente e insatisfatório para a concretização da Constituição.

Clèmerson Merlin Clève<sup>213</sup>, ao mencionar os efeitos da decisão proferida, relaciona a imposição, ao ramo de poder omissivo, de uma censura constitucional e *a possibilidade de responsabilização civil do Estado* quanto a eventuais danos decorrentes deste comportamento.

---

proferido em 23.05.1996, decidiu que, nos casos de omissões inconstitucionais, não lhe cabe a prerrogativa de normatizar a questão discutida, para suprir a omissão do ramo de poder em falta.

<sup>212</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 122-126.

<sup>213</sup>CLÉVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 347.

#### **IV – OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NOS ESTADOS E SEUS REFLEXOS NO PLANO DOS MUNICÍPIOS.**

Neste capítulo, trataremos da omissão inconstitucional nos Estados e Municípios, analisando as normas de reprodução obrigatória, os modelos de controle de constitucionalidade estadual anteriores à Constituição de 1988 e o modelo de controle instituído a partir do texto constitucional em vigor.

## 1- CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.

Antes de analisarmos o tema propriamente dito, algumas considerações devem ser feitas.

Inicialmente, é necessário dizer que as Constituições estaduais são formadas por três tipos de normas:

- a) Normas que devem obrigatoriamente reproduzir o texto constitucional federal, de forma literal;
- b) Normas em relação às quais os Estados-membros tem liberdade para reproduzir as normas da Constituição Federal (neste caso, chamadas de normas de imitação);
- c) Normas próprias, decorrentes do exercício de seu poder constituinte derivado;

As normas constitucionais de reprodução obrigatória nas constituições dos Estados-Membros demonstram que os entes federados, na elaboração das respectivas constituições, não possuem a mesma liberdade criativa do constituinte originário, pois, em algumas matérias, a Constituição Federal já determina previamente o conteúdo dos textos das Constituições estaduais.



Trata-se, como se vê, do exercício do poder constituinte decorrente ou poder constituinte estadual<sup>214</sup>.

Relevante observar que, em princípio, as normas que impõem limites aos textos constitucionais estaduais se encontram expressamente previstas no texto constitucional federal, sendo *exceção* normas, no mesmo sentido, implícitas.

Léo Ferreira Leoncy exemplifica, como normas limitadoras implícitas os dispositivos constitucionais referentes à repartição de competências entre os entes federativos; como normas expressas<sup>215</sup>, as que limitam de modo explícito a autonomia do constituinte estadual; como normas implícitas<sup>216</sup>, aquelas, que apesar de não limitarem claramente tal autonomia, trazem a limitação como consequência lógica.

Entre as várias classificações existentes a esse respeito, Léo Ferreira Leoncy adota a que divide as normas constitucionais, quanto à função, em normas mandatórias e vedatórias.

---

<sup>214</sup>O poder conferido aos Estados-Membros para elaborarem as respectivas Constituições, foi inicialmente denominado, no Brasil, sob o rótulo Poder Constituinte Decorrente, por FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, na obra **O Poder Constituinte**, 1ª edição, 1984 e figura na 6ª edição dessa obra, revista e publicada em São Paulo: Saraiva, 2014. Trata-se de poder instituído pela Constituição Federal e que tem a qualificação de poder constituinte derivado, à semelhança do Poder de Reforma Constitucional, mas cuja função, prevista na Constituição, é a de elaborar a Lei Maior do Estado-Membro. Como poder instituído e derivado, sua função se apresenta conforme indicado acima: de um lado, como função derivada e prevista na Constituição Federal, é limitada pela Constituição Federal e como função constituinte derivada, mas autônoma, na medida em que elabora a Lei Fundamental do Estado-Membro. O tema é tratado, antes mesmo da Constituição de 1988, em obras nacionais tais como: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Poder constituinte do Estado-Membro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979; MACHADO HORTA, Raul. **A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: UFMG. Tese, 1964. Após a Constituição de 1988, o tema é retomado por vários autores, em obras de Direito Constitucional, em obras específicas e em artigos. Para ilustrar, veja-se: LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25; SARLET, Ingo Wolfgang. In MARINONI, Luiz Guilherme. SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 3ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1169-1180, item XII – Controle de constitucionalidade dos direitos estadual e municipal; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, que cuida, em especial, das competências privativas dos Municípios e das competências privativas dos Estados-Membros.

<sup>215</sup>LEONCY, Léo Ferreira. **Controle**, Op. cit., p. 15.

<sup>216</sup>LEONCY, Léo Ferreira. **Controle**, Op. cit., p. 16.

As normas mandatórias são normas constitucionais que, de modo expresso, determinam ao constituinte estadual a observância dos princípios colocados na Constituição Federal.

Léo Ferreira Leoncy<sup>217</sup> elenca exemplos de normas constitucionais mandatórias:

- a) Princípios constitucionais sensíveis ou enumerados, que são aqueles previstos no artigo 34, inciso VII, da Constituição Federal, onde estão elencadas as hipóteses de intervenção federal nos estados-membros que não respeitarem a forma republicana, o sistema representativo, o regime democrático, os direitos da pessoa humana, a autonomia municipal, a prestação de contas da administração pública, direta e indireta e a aplicação dos valores mínimos exigidos na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;
- b) Normas de preordenação institucional, as quais definem antecipadamente, na Constituição Federal, a estrutura a ser observada pelos órgãos estaduais, sendo exemplos os artigos 27 e 28, que tratam do Poder Legislativo estadual e da forma de eleição dos Governadores dos Estados;
- c) Normas federais extensíveis, que são aquelas onde a Constituição Federal expressamente estende aos Estados-membros a observância do conjunto de normas constitucionais de organização da União, sendo exemplos os artigos 28 e 75.

As normas vedatórias, por sua vez, são normas constitucionais, que, de modo expresso, proíbem o constituinte estadual de adotar determinados atos ou procedimentos, ou seja, proíbe aos Estados-membros a adoção, nas Constituições estaduais, de normas com idêntico teor<sup>218</sup>.

---

<sup>217</sup>LEONCY, Léo Ferreira. **Controle**, Op. cit., p. 20-25.

<sup>218</sup>LEONCY, Léo Ferreira. **Controle**, Op. cit., p. 27.

Tais normas, em razão de sua hierarquia superior na pirâmide normativa, impossibilitam que os textos constitucionais estaduais contrariem o texto constitucional federal.

E assim o são porque a competência normativa para sua elaboração é privativa da União e, geralmente, também estabelecem prerrogativas a órgãos e autoridades federais.

Ou seja, tais normas exigem expressamente uma postura *omissiva* dos Estados e Municípios em relação a determinados temas, presentes no texto da Constituição Federal.

As normas mandatórias, ao contrário, exigem atitude *comissiva* dos legisladores estaduais e municipais, já que, também de modo expresso, impõem tarefas a tais entes federativos.

Podemos dizer que as normas mandatórias, caso não sejam reproduzidas nos textos constitucionais estaduais ou, ainda que reproduzidas, não complementadas pelos Legislativos estaduais, fazem surgir inconstitucionalidade por omissão, seja da Constituição estadual em relação à Constituição Federal, seja em relação ao próprio texto constitucional estadual, ao passo que as normas vedatórias, podem gerar inconstitucionalidade por ação.

Além de tais normas, temos também as normas de imitação, que são normas constitucionais cuja reprodução nas constituições estaduais não é obrigatória, mas que repetem o texto da Constituição Federal por *opção* dos constituintes estaduais.

Sobre o controle de constitucionalidade estadual, Anna Candida da Cunha Ferraz menciona que, em relação aos parâmetros de controle, existem duas modalidades: o controle externo e o controle interno<sup>219</sup>. Observação semelhante faz Marinoni<sup>220</sup>, ao mencionar a duplicidade de controle de constitucionalidade que incide sobre a norma estadual, que pode ser confrontada com a Constituição Federal e com a Constituição estadual.

O controle externo é aquele exercido em face da Constituição Federal, nos casos de omissões dos ramos de poder dos Estados-Membros e dos Municípios, em relação a normas constitucionais federais que dependam da atuação de tais entes, no sentido de sua complementação normativa, para que seu grau de eficácia seja otimizado.

Nesse sentido, estão presentes tanto o controle concentrado, a cargo do STF, quanto o controle difuso, a ser exercido perante qualquer Juiz ou Tribunal.

Já o controle interno, é aquele exercido em face das Constituições dos Estados-Membros, nos casos de omissões dos ramos de poder dos Estados-Membros e dos Municípios, em relação a normas constitucionais estaduais que dependam da atuação de tais entes, no sentido de sua complementação normativa, para que seu grau de eficácia seja otimizado.

Nesse sentido, estão presentes tanto o controle concentrado, a cargo dos Tribunais de Justiça estaduais, quanto o controle difuso, a ser exercido perante qualquer Juiz ou Tribunal estadual.

Elencadas as classificações úteis aos objetivos do presente trabalho, passamos à análise dos sistemas de controle anteriores à Constituição Federal de 1988 e do sistema instituído por nossa Lei Maior.

---

<sup>219</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais**. Revista mestrado em direito. Ano 5. N.5. UNIFIEO. Edifio, 2005, p. 177-178.

<sup>220</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 3ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1170 e ss.

## 2 – MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO DE 1988.

### 2.1 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1946, APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 16/65:

O controle de constitucionalidade abstrato estadual foi introduzido, no Brasil, pela Emenda Constitucional nº 16/65, ainda no ordenamento constitucional instituído pela Constituição Federal de 1946.

Nessa Emenda, em seu artigo 19, foi acrescentado ao artigo 124 o inciso XIII, possibilitando aos Estados-membros o exercício de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos municipais, contrários à Constituição estadual, facultando-lhes a criação, por meio de lei ordinária, de ação judicial direta, de natureza não-interventiva, cuja competência para julgamento seria do respectivo Tribunal de Justiça.

Nesse período, não havia previsão expressa para o exercício desse controle em relação a normas ou atos estaduais que desrespeitassem o texto da Constituição estadual.

Também não havia previsão de controle de constitucionalidade de normas ou atos municipais em confronto com a Constituição Federal.

Já o controle de leis ou atos normativos estaduais em confronto com a Constituição Federal, era expressamente admitido, nos termos do artigo 101, I, letra k, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 16/65, cuja competência para julgamento era do STF.

A titularidade dessa ação foi conferida, exclusivamente, ao Procurador Geral da República.

Apesar da permissão constitucional, esse controle não se materializou, pois as leis ordinárias que poderiam criar instrumentos de controle não foram elaboradas<sup>221</sup>.

Com relação ao controle difuso de leis municipais em confronto com a Constituição Federal, este era admitido nesse sistema, sendo competente o Juízo de primeira instância, com a possibilidade de Recurso Extraordinário ao STF.

Nesse período, com relação à omissão inconstitucional, algumas conclusões podem ser extraídas:

- a) No caso de omissão estadual, em relação à Constituição Federal, seria possível admitirmos a possibilidade de controle dessa omissão, desde que houvesse norma de caráter mandatório, direcionada ao Poder Legislativo estadual, não elaborada;
- b) De igual modo, em relação à Constituição estadual, seria possível admitirmos a possibilidade de controle dessa omissão, pelo fato de que era prevista expressamente a possibilidade de criação de instrumento judicial de controle abstrato de leis municipais, em confronto com a Constituição estadual e desde que houvesse norma estadual mandatória de elaboração de lei, direcionada aos Poderes legislativos municipais, não cumprida;
- c) Eventual inconstitucionalidade de leis ou atos municipais, em confronto com a Constituição Federal não era controlável, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, conforme decidiu, à época, o STF, pois não havia previsão constitucional nesse sentido. Se não era possível o controle por ação, em consequência, o controle por omissão não poderia ser sequer imaginado;

---

<sup>221</sup>Ver, a respeito LEONCY, Léo Ferreira. **Controle**, Op. cit., p. 40 e FERRAZ, Anna Candida. **Poder constituinte do Estado-Membro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

d) De igual modo, inconstitucionalidade de leis ou atos estaduais, em confronto com a Constituição estadual não era controlável, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, pois não havia previsão constitucional nesse sentido. Se não era possível o controle por ação, em consequência, o controle por omissão não poderia ser sequer imaginado;

## 2.2 – CONSTITUIÇÃO DE 1967, APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1, DE 1969.

Nova modificação no tratamento da matéria ocorreu após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, à Constituição de 1967.

Nessa Constituição, não havia previsão da existência de controle abstrato de normas estaduais em confronto com a Constituição Federal, não sendo admitidas, em consequência, ações diretas de inconstitucionalidade estaduais.

Não era possível, portanto, o controle judicial abstrato e concentrado de constitucionalidade, pelo Estado, quer por ação, quer por omissão.

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 1/69, foi facultada a possibilidade de ação direta interventiva, inserindo-se a letra d, ao parágrafo 3º, do artigo 15, da Constituição de 1967<sup>222</sup>.

Tal ação tinha por fundamento garantir o cumprimento, pelas Constituições Estaduais, dos princípios constitucionais previstos na Constituição Federal, mantendo-se, todavia, a impossibilidade do exercício do controle judicial abstrato e concentrado de constitucionalidade, quer por ação, quer por omissão.

---

<sup>222</sup>A íntegra do dispositivo é a seguinte:

Art. 15. A autonomia municipal será assegurada:

I.....;

II.....;

§ 3º A intervenção nos municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando:

a) .....

b) .....

c) .....

d) o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover à execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade;



Observe-se, que, à época, alguns Estados-membros criaram mecanismos de controle abstrato de normas municipais, em confronto com a Constituição Federal, mas o STF, nos Recursos Extraordinários ns. 91.740 e 92.287, posicionou-se pela inconstitucionalidade de tais normas, com fundamento na inexistência de previsão constitucional a respeito<sup>223</sup>.

Nesta questão, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, Fernanda Dias Menezes de Almeida<sup>224</sup> defendia a criação de mecanismos de controle de constitucionalidade de leis municipais, em face da Constituição Federal.

Em artigo publicado em 1982, a autora menciona que, à época, os instrumentos existentes para tal fim eram a Ação Direta Interventiva e a Ação Direta genérica.

Também não havia previsão de instituição de instrumentos de controle de constitucionalidade de leis municipais, em relação à Constituição Federal, daí a proposta formulada pela autora, defendida também por outros autores, citados por Fernanda Dias Menezes de Almeida, como Ada Pellegrini Grinover, José Afonso da Silva, Dalmo de Abreu Dallari, Celso Ribeiro Bastos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Galeno Lacerda<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup>LEONCY, Léo Ferreira. **Controle**, Op. cit., p. 42-44.

<sup>224</sup>ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Revista de informação legislativa**. -- v. 19, n. 76, p. 125-134, out./dez., 1982. Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa, 1982.

<sup>225</sup>ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Op. cit., p. 128.

## 2.3 – MODELO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

O parágrafo 2º do artigo 125 da Constituição Federal autorizou, expressamente, aos Estados-membros a criação de um sistema de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos estaduais e municipais, em confronto com as respectivas Constituições estaduais, sendo a única condição a atribuição de legitimidade ativa a mais de um órgão.

### a) Reconhecimento da possibilidade de Ação de Inconstitucionalidade por Omissão nos Estados:

A possibilidade de criação de instrumentos de controle de omissão inconstitucional estadual é justificada pelo fato da Constituição Federal ter autorizado a criação, pelos Estados-membros, de instrumentos de controle de inconstitucionalidade por ação e, ainda que não tenha autorizado *explicitamente*, pelo princípio da simetria, não faria sentido não dar a mesma permissão para a criação de instrumentos de controle de omissões inconstitucionais<sup>226</sup>.

Além disso, ao verificarmos o teor do mencionado parágrafo 2º, do artigo 125, da CF, constatamos que nele não é feita qualquer menção se o instrumento de controle será criado **exclusivamente** para controlar inconstitucionalidades por ação, nem mesmo se tal controle será exclusivamente de caráter concentrado ou difuso.

### b) Competência:

Deverá ser atribuída ao respectivo Tribunal de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário nos Estados.

---

<sup>226</sup>É reconhecida tal possibilidade, pela doutrina e, também, pelo STF. Citamos, exemplificativamente, Léo Ferreira Leony e os autores por ele citados, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Clèmerson Merlin Clève e Gilmar Ferreira Mendes, cfr. LEONCY, Léo Ferreira. **Controle**, Op. cit., p. 79, notas 165, 166, 167.

Justifica-se a atribuição de competência para julgamento dessa Ação ao respectivo Tribunal de Justiça, pois, no plano federal, o órgão do Judiciário que tem essa competência é o Supremo Tribunal Federal, nos termos do que dispõe a alínea a do inciso I, do artigo 102, da Constituição Federal.

Deste modo, pelo Princípio da Simetria, quando os Estados criam instrumentos de controle de constitucionalidade, sejam eles de caráter concentrado ou difuso, obrigatoriamente, devem atribuir tal competência ao órgão estadual congênere.

Trata-se de norma implícita, de reprodução obrigatória nas Constituições estaduais.

Tal argumento é reforçado nos textos das diversas Constituições estaduais, promulgadas após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e que contém instrumentos que adotam o modelo adotado pela Constituição, cuja competência para processo e julgamento foi atribuída aos Tribunais de Justiça locais.

O STF também já apreciou tal questão<sup>227 228</sup>, adotando o posicionamento majoritário na doutrina, no RE 148.283, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado pela Primeira Turma daquela Corte, no qual a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Maranhão, em sede de recurso extraordinário, insurgiu-se contra Acórdão do Tribunal de Justiça local, que se declarou incompetente para processar e julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, no âmbito da respectiva Constituição estadual, por entender que tal tarefa competiria ao STF.

Na decisão proferida, o STF julgou procedente o pedido formulado, declinando da competência para julgar o caso por entender que é competente o Tribunal de Justiça local para processar e julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no âmbito da respectiva Constituição estadual.

---

<sup>227</sup>A íntegra da ementa é a seguinte:

CONSTITUCIONAL. ESTADO DO MARANHÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DE MEDIDA PARA TORNAR EFETIVA NORMA DA CARTA ESTADUAL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DECLINATÓRIO DA COMPETÊNCIA PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 102, I, A; 125, PARÁGRAFO 2º; E 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Ação que a Carta Política do Estado do Maranhão, na conformidade do artigo 125, parágrafo 2º, da CF, incluiu na competência do Tribunal de Justiça (art. 80, parágrafo 1º, D). Recurso extraordinário conhecido e provido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Brasília, 08 de agosto de 2000.

SYDNEY SANCHES - PRESIDENTE

ILMAR GALVÃO - RELATOR

<sup>228</sup>Ementa transcrita do site: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acesso em 04.01.2017.

c) Objeto do Controle:

Podem ser objeto do controle abstrato estadual todas as espécies normativas estaduais e municipais<sup>229</sup> que afrontem a Constituição Estadual: Emendas Constitucionais estaduais, Leis Orgânicas dos Municípios, Leis complementares estaduais e municipais, leis ordinárias estaduais e municipais, Medida Provisória estadual, decretos legislativos estaduais e municipais, resoluções dos poderes Legislativos estaduais e municipais, resoluções do Poder Judiciário estadual e atos normativos estaduais e municipais.

Assim, o controle abstrato de leis ou atos estaduais e municipais em face da respectiva Constituição estadual é admitido.

No caso de omissão estadual, o objeto do instrumento de controle abrangerá normas mandatórias estaduais, cuja complementação legislativa ou regulamentar não se concretizou, em razão da inércia dos poderes Legislativos estaduais e municipais.

d) Legitimados:

Quanto aos legitimados, a Constituição não estabeleceu, previamente, quem teria legitimidade ativa para a propositura da ação, na esfera estadual, exigindo, apenas que, fosse conferida a mais de um órgão.

Assim, não estão os Estados-membros obrigados a conferir legitimidade ativa aos órgãos estaduais congêneres aos órgãos federais aos quais tal legitimidade foi conferida, em relação à Constituição Federal, conforme previsão do artigo 103.

---

<sup>229</sup>LEONCY, Léo Ferreira. **Controle**, Op. cit., p. 67.

Nesta questão, o STF, no julgamento da ADI-MC 558, Rel. Min. Sepúlveda Pertence<sup>230</sup>, decidiu, ao apreciar o artigo 159 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que é constitucional a ampla legitimidade ativa para a propositura de ações de controle abstrato de normas ou atos estaduais a diversos órgãos, nele prevista e que não é obrigatória a observância, pelos Estados-membros, do modelo federal de controle.

Pelo fato de a Constituição Federal, ao tratar da legitimidade ativa, só ter mencionado órgão e não cidadão, não está autorizada a criação de eventual Ação Popular, para o exercício do controle abstrato de constitucionalidade, com legitimidade ativa conferida a qualquer do povo<sup>231</sup>.

e) Instrumento de controle:

Quanto aos instrumentos de controle, apesar da previsão constitucional ser de instituição de **representação** de inconstitucionalidade, os Estados-Membros instituíram, em suas Constituições, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão estadual.

f) Efeitos da decisão:

Quanto aos efeitos da decisão, julgado procedente o pedido, será dada ciência ao ente estatal omissor, que, se for órgão administrativo, terá um prazo de 30 dias para sanar a falta.

Justifica-se a atribuição de tal efeito, pois, nos termos do parágrafo 2º do artigo 103, da Constituição Federal, para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, no plano federal, o efeito da decisão é justamente o de dar ciência ao ramo de poder omissor da inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>230</sup>Conforme consta no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acesso em 11-12-2016.

<sup>231</sup>Ver, a esse respeito LEONCY, Léo Ferreira. **Controle**, Op. cit., p. 64.

Deste modo, por simetria, este deverá ser o efeito a ser atribuído às decisões proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão estaduais.

g) Eficácia da decisão:

Quanto à eficácia, ela seria *erga omnes* e vinculante, do mesmo modo que nas decisões do STF, todavia restrita ao território estadual, sendo desnecessária qualquer intervenção de outro ramo do poder estadual para que tais efeitos se irradiem.

Este argumento é reforçado pelo fato da Constituição Federal, no parágrafo 2º do artigo 102, prever justamente essa eficácia às decisões judiciais proferidas em sede de ADO.

Assim, mais uma vez, por simetria, na criação das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão estaduais, devem os Estados-Membros, obrigatoriamente, atribuir essa eficácia às decisões judiciais proferidas nessas ações.

Em suma, verifica-se que, a partir do parágrafo 2º, do artigo 125 da Constituição Federal, aos Estados-Membros foi conferida a possibilidade de criação de instrumentos judiciais de defesa das respectivas Constituições em face de omissões dos ramos de poder Estaduais e Municipais, tendo como única obrigatoriedade explícita conferir ampla legitimidade ativa para a propositura das respectivas ações judiciais.

## 2.4 - MODELO DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Cuida-se, agora, de tratarmos da possibilidade de criação de Mandado de Injunção nos Estados-membros<sup>232</sup>.

O parágrafo 2º do artigo 125 da Constituição Federal autorizou, expressamente, aos Estados-membros a criação de um sistema de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos estaduais e municipais, em confronto com as respectivas Constituições estaduais, sendo a única condição a atribuição de legitimidade ativa a mais de um órgão.

Dentre tais instrumentos, se encontra o Mandado de Injunção, previsto no inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição Federal.

a) Reconhecimento da possibilidade de Mandado de Injunção nos Estados e Municípios:

A possibilidade de criação de instrumentos de controle de omissão inconstitucional estadual é justificada pelo fato da Constituição Federal ter autorizado a criação, pelos Estados-membros, de instrumentos de controle de inconstitucionalidade por ação e, ainda que não tenha autorizado *explicitamente*, pelo princípio da simetria, não faria sentido não dar a mesma permissão para a criação de instrumentos de controle de omissões inconstitucionais<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup>Sobre o assunto, ver, também FERRAZ, Anna Candida. **Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais**. Revista mestrado em direito. Ano 5. Nº 5. UNIFIEO. Edifício, 2005, p. 188-199.

<sup>233</sup>É reconhecida tal possibilidade, pela doutrina e, também, pelo STF. Citamos, exemplificativamente, Léo Ferreira Leony e os autores por ele citados, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Clèmerson Merlin Clève e Gilmar Ferreira Mendes, cfr. LEONCY, Léo Ferreira. **Controle**, Op. cit., p. 79, notas 165, 166,167.



Além disso, ao verificarmos o teor do mencionado parágrafo 2º, do artigo 125, da CF, constatamos que nele não é feita qualquer menção se o instrumento de controle será criado **exclusivamente** para controlar inconstitucionalidades por ação, nem mesmo se tal controle será exclusivamente de caráter concentrado ou difuso.

b) Competência:

Deverá ser atribuída ao respectivo Tribunal de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário nos Estados.

Justifica-se a atribuição de competência para julgamento dessa Ação ao respectivo Tribunal de Justiça, pois, no plano federal, o órgão do Judiciário que tem essa competência é o Supremo Tribunal Federal, nos termos do que dispõe a alínea q do inciso I, do artigo 102, da Constituição Federal.

Deste modo, pelo Princípio da Simetria, quando os Estados criam instrumentos de controle de constitucionalidade, sejam eles de caráter concentrado ou difuso, obrigatoriamente, devem atribuir tal competência ao órgão estadual congênere.

Trata-se de norma implícita, de reprodução obrigatória nas Constituições estaduais.

Observe-se que, no plano federal, a Constituição também atribuiu competência, nessa matéria, ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos da alínea h, do inciso I, do artigo 105.

Mas essa particularidade não modifica a atribuição de competência aos Tribunais de Justiça estaduais, que são os únicos órgãos de cúpula do Poder Judiciário nos Estados-Membros.

Tal argumento é reforçado nos textos das diversas Constituições estaduais, promulgadas após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e que contém instrumentos que adotam o modelo adotado pela Constituição, cuja competência para processo e julgamento foi atribuída aos Tribunais de Justiça locais.

c) Objeto do Controle:

No caso de omissão estadual, o objeto do Mandado de Injunção abrangerá normas mandatórias estaduais, que atribuam às pessoas direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício seja inviável por ausência de norma regulamentadora, em razão da inércia dos poderes Legislativos estaduais e municipais.

d) Legitimados:

Quanto aos legitimados, a Constituição não estabeleceu, previamente, quem teria legitimidade ativa para a propositura da ação, na esfera estadual, exigindo, apenas que, fosse conferida a mais de um órgão.

Para o Mandado de Injunção, no plano federal, a Constituição atribuiu legitimidade ativa para qualquer pessoa que tenha inviabilizado o exercício dos direitos a ela conferidos, por ausência de norma regulamentadora federal.

Acrescente-se que, com a sanção da Lei federal nº 13.300, de 23 de junho de 2016, foi atribuída legitimidade ativa, também, a pessoas jurídicas e a órgãos e entidades públicas e privadas, conforme se verifica nos artigos 3º e 12, da referida Lei.

Deste modo, por simetria, igual solução deverá ser adotada no plano estadual, desde que se entenda como constitucionais tais dispositivos, que promoveram mudança substancial no Mandado de Injunção previsto na Constituição Federal.

Ou seja, nesta hipótese, no Mandado de Injunção estadual, a legitimidade ativa deverá ser atribuída aos mesmos entes, além da pessoa natural.

e) Instrumento de controle:

Quanto ao instrumento de controle, apesar da previsão constitucional ser de instituição de **representação** de inconstitucionalidade, os Estados-Membros instituíram, em suas Constituições, Mandado de Injunção estadual.

f) Efeitos da decisão:

Na Constituição Federal, não foram estabelecidos os efeitos das decisões proferidas em sede de Mandado de Injunção, tendo sido determinados tais efeitos pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A questão já foi tratada neste trabalho, no Capítulo III, Itens 1 e 2, aos quais nos reportamos.

Com a entrada em vigor da Lei federal nº 13.300, de 23 de junho de 2016, foram estabelecidos quais são os efeitos da decisão proferida em Mandado de Injunção, no artigo 8º, que são:

- a) Determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
- b) Estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado;

Deste modo, por simetria, estes deverão ser os efeitos a serem atribuídos às decisões proferidas nos Mandados de Injunção estaduais.

g) Eficácia da decisão:

Quanto à eficácia, no plano federal, ela passou a ser, a partir da Lei federal nº 13.300, de 23.06.2016, nos termos do artigo 9º, limitada às partes, mas, também, foi aberta a possibilidade de atribuição de efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*, nas hipóteses do parágrafo 1º.

Assim, mais uma vez, por simetria, na criação do Mandado de Injunção estadual, devem os Estados-Membros, obrigatoriamente, atribuir essa eficácia às decisões judiciais proferidas nessas ações.

Em suma, verifica-se que, a partir do parágrafo 2º, do artigo 125 da Constituição Federal, aos Estados-Membros foi conferida a possibilidade de criação de instrumentos judiciais de defesa das respectivas Constituições em face de omissões dos ramos de poder Estaduais e Municipais, tendo como única obrigatoriedade explícita conferir ampla legitimidade ativa para a propositura das respectivas ações judiciais.

## **V – A EFETIVIDADE DO CONTROLE DA OMISSÃO.**

Neste capítulo, trataremos, no item 1, do controle da omissão inconstitucional em relação à Constituição federal e dos dispositivos constitucionais federais ainda não regulamentados.

No item 2, trataremos do controle da omissão inconstitucional nos Estados e seus reflexos nos Municípios, dos dispositivos constitucionais estaduais ainda não regulamentados, da omissão estadual em relação à Constituição Federal, da omissão estadual em relação à própria Constituição estadual e da omissão municipal em relação à Constituição estadual.

No item 3, trataremos da efetividade do controle, nos planos federal e estadual e seus reflexos no plano municipal.

## 1- CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

### 1.1 - DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS FEDERAIS AINDA NÃO REGULAMENTADOS.

Neste item, analisamos todos os dispositivos constitucionais onde expressamente existe a menção à necessidade de complementação legislativa ou regulamentar, de modo a lhes conferir plena eficácia<sup>234</sup>.

Após analisar cada um dos dispositivos, é possível dividi-los em quatro grandes grupos: a) dispositivos constitucionais onde não há omissão inconstitucional, tendo em vista que a complementação legislativa se deu por meio da recepção de normas jurídicas infraconstitucionais anteriores ao texto constitucional de 1988; b) dispositivos constitucionais onde também não há omissão inconstitucional, pois a necessidade de complementação surgiu em razão de Emendas Constitucionais recentes, não se configurando uma das condições para a caracterização da omissão inconstitucional, que é o decurso de tempo considerável desde a determinação constitucional de legislar, sem que o ramo de poder competente tenha agido; c) dispositivos constitucionais nos quais a omissão inconstitucional está configurada, mesmo com a tramitação, desde 1988, de diversos projetos de lei com a finalidade de complementá-los, pois já transcorrido grande período de tempo sem que o ramo de poder competente elabore e aprove a regulamentação necessária; d) dispositivos constitucionais onde a omissão está plenamente configurada, pois, desde a entrada em vigor do texto constitucional de 1988, sequer consta a elaboração de projetos de lei visando sua regulamentação.

---

<sup>234</sup>Conforme verificamos no endereço eletrônico [www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraNao.htm](http://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraNao.htm), acesso em 16.05.2016.

De acordo com as informações obtidas junto ao endereço eletrônico da Câmara dos Deputados, existem, atualmente, cento e dezessete (117) dispositivos constitucionais que necessitam de complementação legislativa<sup>235</sup>.

Como se pode verificar, ainda há espaço para a atuação dos mecanismos constitucionais de superação das omissões inconstitucionais, que são o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Em todos os grupos, há diversos dispositivos constitucionais, razão pela qual, por razões didáticas, elencaremos apenas alguns deles, a título exemplificativo.

No grupo dos dispositivos onde a regulamentação se operou pela recepção de normas anteriores à Constituição de 1988, temos o inciso XLVI, do artigo 5º, onde é determinado que a lei regulará a individualização e quais são as penas aplicáveis aos que violarem a lei penal.

Nesse dispositivo, é feita menção ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, ambos elaborados antes da atual Constituição e ainda em vigor, pois foram recepcionados, naquilo em que não conflitaram com o texto constitucional.

---

<sup>235</sup>CONSTITUIÇÃO FEDERAL Artigos 5º, VI - 5º, XV - 5º, XVIII - 5º, XXXVIII - 5º, XLVI - 5º, LI - 5º, LXI - 7º, I - 7º, XXIII - 7º, XXVII - 8º, IV - 8º, VIII - 12, II, a. ,18, § 2º - 18, § 4º - 19, I - 20, II - 20, § 2º - 26, I - 32, § 4º - 37, VII - 37, XVIII - 37, XIX - 37, XXII - 37, § 8º - 37, § 11 - 39, § 5º - 39, § 7º - 40, § 1º, I - 40, § 3º - 40, § 4º, II, III - 40, § 21 - 40, § 1º, II - 41, § 1º, III. 43, § 1º, I, II - 52, III, f - 79, Parágrafo único - 81, § 1º - 84, XXV - 85, Parágrafo único - 95, Parágrafo único, IV - 98, II - 110, Parágrafo único - 111-A, § 2º, II - 121, caput - 125, § 4º - 129, § 1º. 136, § 1º - 139, III - 144, § 1º - 144, § 2º - 144, § 3º - 144, § 5º - 144, §10, I, II. 146-A - 150, § 6º - 153, § 2º, I - 153, § 3º, IV - 155, § 6º - 163, V - 163, VI - 163, VII - 164, § 3º - 165,§8º. 172, caput - 173, caput - 173, § 3º - 173, § 5º - 173, § 1º - 174, caput - 174, § 1º - 176, § 1º - 178, caput. 195, § 11 - 195, III - 198, § 6º - 201, § 3º - 202, caput - 206, VIII - 206, parágrafo único - 213, § 1º - 216, § 4º - 216-A, § 3º - 219 - 220, § 3º, I, II - 222, § 3º - 225, § 2º - 225, § 6º - 231,§3º - 231,§6º. 243, Parágrafo Único - 245 - 249. ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS ADCT 16, § 3º - ADCT 19, § 3º - ADCT 19, § 1º - ADCT 23, Parágrafo único - ADCT 24 - ADCT 30 - ADCT 34, § 11 - ADCT 58 - ADCT 59 - ADCT 77, § 2º - ADCT 91, caput, § 2º - ADCT 93 - ADCT 97 caput. EMENDAS CONSTITUCIONAIS EC nº 45/04, artigo 3º - EC nº 41/03, artigo 6º - EC nº 41/03, artigo 6º-A - EC nº 41/03, artigo 7º - EC nº 19/98, artigo 27 - EC nº 71/12, artigo 216-A, § 3º, conforme consta no [sítio eletrônico http://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraNao.htm](http://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraNao.htm), acesso em 11-05-2016.

Tais normas podem ser substituídas, a qualquer momento, por outras normas infraconstitucionais, agora sob a égide do texto de 1988, mas não se pode afirmar que, neste caso, há omissão inconstitucional, pois, pela recepção da legislação pré-constitucional, o dispositivo constitucional, desde a entrada em vigor da Constituição, apresenta plena eficácia.

De igual modo ocorre com os incisos I e XXIII do artigo 7º e VIII, do artigo 8º, pois a regulamentação infraconstitucional está na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, diploma legal anterior à Constituição de 1988 e ainda em vigor.

Outros exemplos são o parágrafo 2º e o inciso II do artigo 20, que definem os bens da União, matéria também já regulada por normas anteriores à atual Constituição.

Já o parágrafo 1º do artigo 176, que define a maneira pela qual serão exploradas as jazidas, demais recursos minerais e potenciais de energia hidráulica, reguladas pelo Decreto-lei nº 227, de 28-02-1967, também não necessita de complementação, pela recepção do referido Decreto.

Por último, mencionamos o parágrafo 3º, incisos I e II, do artigo 220, que definem aspectos da liberdade de manifestação do pensamento.

Há três dispositivos que tiveram sua redação alterada em razão de Emendas Constitucionais, que são o parágrafo 11 do artigo 37 (nos termos da Emenda Constitucional n. 47, de 05.07.2005), o parágrafo 1º (nos termos da Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003) e o inciso II (nos termos da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998), do artigo 40 e o parágrafo único do artigo 243 (nos termos da Emenda Constitucional n. 81, de 05.06.2014).



Todavia, como as Emendas Constitucionais que operaram tais alterações foram recentemente aprovadas, também não há que se falar, ainda, em omissão inconstitucional, pois decorreu pouco tempo desde a determinação constitucional para que tais questões fossem objeto de leis infraconstitucionais, sem que, até o momento, a legislação em referência tenha sido aprovada pelo Poder Legislativo.

No grupo de normas constitucionais onde, até o momento, não ocorreu a regulamentação reclamada pela Constituição Federal nem houve qualquer projeto de lei visando tal regulamentação, ou seja, a inércia do Legislativo é total, pudemos verificar a ocorrência de vinte e nove (29) dispositivos com tais características<sup>236</sup>.

Nestes casos, entendemos que está claramente configurado o fenômeno da omissão legislativa inconstitucional, pois tal grupo de dispositivos, desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, permanece com eficácia limitada.

Como exemplo, podemos citar o parágrafo único do artigo 79, que prevê as atribuições do Vice-Presidente da República, que aguarda a elaboração de lei complementar a respeito do tema.

Também o inciso IV, do artigo 95, que estabelece exceções à regra que proíbe os Magistrados de receber contribuições é outro exemplo de norma que permanece inerte.

---

<sup>236</sup>Os vinte e nove dispositivos constitucionais com tal característica são os seguintes: 37, XXII; 37, § 8º; 39, § 7º; 40, § 21; 79, Parágrafo único; 84, XXV; 95, Parágrafo único, IV; 110, Parágrafo único; 129, § 1º; 144, §10, I, II; 155, § 6º; 163,VI; 165,§8º; 243, Parágrafo Único; 249; ADCT 16, § 3º; ADCT 19, § 3º; ADCT 23, Parágrafo único; ADCT 30; ADCT 93; ADCT 97 caput; EC nº 41/03, artigo 6º; EC nº 41/03, artigo 6º-A; EC nº 41/03, artigo 7º; EC nº 71/12, artigo 216-A, § 3º.

Por fim, o último grupo de normas constitucionais, que reclamam regulamentação é formado por normas onde também ocorre omissão inconstitucional, mesmo que tenham existido Projetos de Lei com tal finalidade, arquivados ou que ainda estejam tramitando no Congresso Nacional<sup>237</sup>.

Isto porque, segundo Gilmar Mendes<sup>238</sup>, o STF vinha considerando que, se o processo legislativo já se iniciou, não seria cabível se falar em omissão inconstitucional do legislador<sup>239</sup>.

O Ministro do STF, Gilmar Mendes, em tais casos, defende a tese de que permanece a omissão inconstitucional, pois a demora na aprovação dos diplomas normativos reclamados pelo texto constitucional, pode constituir a chamada *inertia deliberandi*, a qual pode ser atacada por Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Gilmar Mendes defende tal posicionamento, reconhecendo a existência de omissão inconstitucional, no julgamento da ADI 3.682, de sua Relatoria, julgada em 6-9-2007, em *votação unânime*, em processo no qual se discutia o tema da criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, sob o fundamento de que o órgão legislativo não deliberou sobre os diversos projetos de lei existentes sobre a matéria, dentro de prazo razoável, no caso concreto, desde a publicação da Emenda Constitucional nº 15, de 1996.

Como exemplo desse grupo, podemos citar o inciso VI do artigo 5º, que garante a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

---

<sup>237</sup>Mesmo com Projetos de Lei tramitando no Congresso Nacional, a omissão inconstitucional permanece configurada, conforme o atual posicionamento da doutrina e da jurisprudência do STF. Os dispositivos com tal característica são os seguintes: 5º, VI; 5º, XV; 5º, XVIII; 5º, XXXVIII; 5º, XLVI; 5º, LI; 5º, LXI; 7º, I; 7º, XXIII - 7º, XXVII - 8º, IV - 8º, VIII - 12, II, a, 18, § 2º - 18, § 4º - 19, I - 20, II - 20, § 2º - 26, I - 32, § 4º - 37, VII - 37, XVIII - 37, XIX - 37, § 11 - 39, § 5º - 40, § 1º, I - 40, § 3º - 40, § 4º, I - 40, § 1º, II - 41, § 1º, III - 43, § 1º, I, II, 52, III, f - 81, § 1º - 85, Parágrafo único - 98, II - 111-A, § 2º, II - 121, caput - 125, § 4º, 136, § 1º - 139, III - 144, § 1º - 144, § 2º - 144, § 3º - 144, § 5º, 146-A - 150, § 6º - 153, § 2º, I - 153, § 3º, IV - 163, V - 163, VII - 164, § 3º, 172, caput - 173, caput - 173, § 3º - 173, § 5º - 173, § 1º - 174, caput - 174, § 1º - 176, § 1º - 178, caput, 195, § 11 - 195, III - 198, § 6º - 201, § 3º - 202, caput - 206, VIII - 206, parágrafo único - 213, § 1º - 216, § 4º - 216-A, § 3º - 219 - 220, § 3º, I, II - 222, § 3º - 225, § 2º - 225, § 6º - 231, § 3º - 231, § 6º, 245, ADCT 19, § 1º - ADCT 24 - ADCT 34, § 11 - ADCT 58 - ADCT 59 - ADCT 77, § 2º - ADCT 91, caput, § 2º, EC nº 45/04, artigo 3º - EC nº 19/98, artigo 27.

<sup>238</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso*, Op. cit., p. 1334-1335.

<sup>239</sup>Nesse sentido: ADI 2.495, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 2-5-2002, *in* stf.jus.br, acesso em 13-05-2016.

Com relação a este dispositivo, está em andamento o Projeto de Lei 5.598, de 2009, apresentado em 08.07.2009, o qual se encontra aguardando apreciação pelo Senado Federal<sup>240</sup>.

Em pesquisa realizada no site do STF<sup>241</sup>, não foi localizado nenhum Mandado de Injunção referente a esse tema.

Como este, diversos outros dispositivos constitucionais foram objeto de projetos de lei, o que não desnatura a configuração da omissão inconstitucional em relação a eles.

Outro exemplo é o inciso XXVII, do artigo 7º, que estabelece ser direito do trabalhador a proteção em face da automação, até o momento não regulamentado.

Dispositivo bastante discutido é o inciso VII, do artigo 37, que prevê o exercício do direito de greve dos servidores públicos, objeto de diversos Mandados de Injunção, que culminou com as decisões proferidas nos Mandados de Injunção nºs 670 e 708, nos quais o STF determinou a aplicação, nestes casos, da legislação sobre greve referente aos trabalhadores da iniciativa privada, que é a lei federal nº 7.783/1989.

Mesmo com a existência, desde a Constituição de 1988, de diversos Projetos de Lei sobre a matéria, inclusive o Projeto de Lei nº 3.670, de 03.07.2008<sup>242</sup>, que ainda tramita no Congresso Nacional, seguindo a linha doutrinária adotada neste item, entendemos que a omissão inconstitucional persiste, até que a lei reclamada pela Constituição seja aprovada.

---

<sup>240</sup>Informação obtida no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados: [www.camara.leg.br](http://www.camara.leg.br), acesso em 13.05.2016.

<sup>241</sup>Pesquisa realizada no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acesso em 04.01-17.

<sup>242</sup>Informação obtida no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados: [www.camara.leg.br](http://www.camara.leg.br), acesso em 13.05.2016.

Mais um exemplo é o inciso III, do parágrafo 1º, do artigo 41, que prevê a perda do cargo de servidor público estável em razão de insuficiência de desempenho, objeto do Projeto de Lei Complementar nº 248/1998, o qual, após longa tramitação, está pronto para entrar em pauta no plenário.

Em todos estes exemplos, a omissão inconstitucional permanece presente, pois as normas exigidas pela Constituição e que disciplinariam tais matérias ainda não foram elaboradas.

## 2 - CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO PLANO ESTADUAL E SEUS REFLEXOS NO PLANO MUNICIPAL.

### 2.1 – DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS ESTADUAIS AINDA NÃO REGULAMENTADOS.

Em relação às Constituições estaduais, após pesquisas efetuadas nos endereços eletrônicos de algumas Assembleias Legislativas, pudemos constatar que as omissões inconstitucionais explícitas são menos numerosas do que as encontradas no âmbito da Constituição Federal.

A título de exemplo, citamos, abaixo, omissões ocorridas em algumas Constituições estaduais:

Na Constituição do Estado de São Paulo<sup>243</sup>, ainda não foram regulados por lei o parágrafo único do artigo 38, definindo as atribuições do Vice-Governador (norma própria da Constituição estadual), o inciso XII, do artigo 47, fixando os quadros funcionais das fundações estatais (norma própria da Constituição estadual), o inciso VIII do artigo 115, estabelecendo o direito de greve dos servidores públicos (norma de reprodução facultativa) e o parágrafo 7º, do mesmo artigo 115, excluindo do teto remuneratório dos servidores as parcelas de caráter indenizatório (norma de reprodução facultativa).

---

<sup>243</sup>Após efetuar pesquisa no sítio eletrônico [www.al.sp.gov.br](http://www.al.sp.gov.br), em 20.05.2016, localizamos os seguintes dispositivos que reclamam complementação legislativa: artigos 38, parágrafo único, 47, incisos XII e XIX, 96, inciso VI, 115, inciso VIII e § 7º, 120, 126, §8º-A e 137.

Na Constituição do Estado do Rio de Janeiro<sup>244</sup>, não foram ainda regulados por lei o §1º do artigo 122, estabelecendo a proteção aos locais de culto (norma de reprodução facultativa), o artigo 34, que prevê o acolhimento provisório de mulheres e crianças, vítimas de violência (norma própria da Constituição estadual), o inciso VII do artigo 77, que estabelece as condições para o provimento de cargos em comissão e funções de confiança na Administração (norma própria da Constituição estadual), o artigo 83, inciso XIV, que prevê a licença-adoção para servidores públicos (norma própria da Constituição estadual) e o artigo 86, que estabelece o direito de greve dos servidores públicos (norma de reprodução facultativa).

Na Constituição do Estado de Minas Gerais<sup>245</sup>, encontramos os artigos 14, §9º, prevendo a participação do usuário de serviços públicos na Administração (norma de reprodução facultativa), 36, §7º, prevendo a concessão de pensão por morte de servidor público e 85, § 2º, prevendo as atribuições do Vice-Governador (normas próprias da Constituição estadual).

Por fim, analisamos a Constituição do Estado de Pernambuco<sup>246</sup>, onde localizamos os artigos 45, incisos I a V, que prevê a criação de Juizados especiais, Justiça de Paz e de Direito Agrário (norma própria da Constituição estadual); 98, inciso XIII, que prevê a proteção do mercado de trabalho das servidoras públicas (norma própria da Constituição estadual) e §2º, inciso III, que prevê a perda do cargo de servidor público por insuficiência de desempenho (norma de reprodução facultativa) e 219, incisos I a V, que disciplina o regime jurídico das águas estaduais (norma própria da Constituição estadual).

Em nossa pesquisa, verificamos que em todas as Constituições estaduais foram criados instrumentos de controle para a omissão inconstitucional, seja na modalidade de controle abstrato, seja no modelo difuso.

---

<sup>244</sup>Após pesquisa no sítio eletrônico [www.alerj.rj.gov.br](http://www.alerj.rj.gov.br), em 20.05.2016, localizamos os seguintes dispositivos que reclamam regulamentação: artigos 22, § 1º, 34, 61, parágrafo único, 77, inciso VII, 83, incisos XIV e XVIII e 86.

<sup>245</sup>Conforme pesquisa no sítio eletrônico [www.almg.gov.br](http://www.almg.gov.br), em 20.05.2016.

<sup>246</sup>Conforme pesquisa no sítio eletrônico [www.alepe.pe.gov.br](http://www.alepe.pe.gov.br), em 20.05.2016.

Apenas nas Constituições do Amapá e do Tocantins não é feita qualquer menção à previsão de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Na questão da legitimidade ativa, a determinação constitucional de não atribuí-la a um único órgão ou pessoa foi cumprida em todos os textos constitucionais estaduais.

Na questão da possibilidade das ações em âmbito estadual analisarem ações ou omissões legislativas das Câmaras Municipais em face da Constituição Federal, verificamos que o STF, sempre que provocado, manifestou-se pela inconstitucionalidade de dispositivos dessa natureza, pois a competência para apuração de inconstitucionalidades por ação ou omissão em relação à Constituição Federal é privativa de nossa Corte Suprema, conforme decidido na ADI 347-0-SP.

Em suma, não cabe aos Tribunais estaduais a verificação da inconstitucionalidade por omissão, em relação à Constituição Federal, ocorrida na esfera municipal, em sede de controle concentrado, somente sendo admitida em sede de controle difuso.

Como pudemos verificar, em várias Constituições estaduais pesquisadas, se havia previsão quanto à possibilidade das ações em âmbito estadual analisarem ações ou omissões dos Municípios em face da Constituição Federal, o STF, sempre que provocado, manifestou-se pela inconstitucionalidade de dispositivos dessa natureza, razão pela qual os dispositivos que previam tal possibilidade foram revogados, total ou parcialmente.

Como exemplo, citamos, na Constituição do Estado de São Paulo, o artigo 74, inciso XI, que prevê a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar *a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, contestados em face da Constituição Federal*, questão que foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 347-0-SP, na qual o STF julgou inconstitucional a expressão *Federal*, que constava no referido dispositivo, em face da Constituição Federal<sup>247</sup>.

Assim, não é mais possível, no Estado de São Paulo, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, nos tribunais estaduais, questionando a constitucionalidade de dispositivos de leis e atos normativos municipais ou de omissões legislativas ou regulamentares, também municipais, em face da Constituição Federal, pois a competência para analisar tais questões, em sede de controle concentrado, é privativa do STF.

No mesmo artigo 74, no inciso V, está prevista a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar *mandados de injunção, quando a inexistência de norma regulamentadora estadual ou municipal, de qualquer dos Poderes, inclusive da administração indireta, torne inviável o exercício de direitos assegurados nesta Constituição*;

No inciso VI, de igual modo, está prevista a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar *representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestados em face desta Constituição, o pedido de intervenção em Município e ação de inconstitucionalidade por omissão*, em face de preceito da Constituição estadual.

Na mesma Constituição, existe a previsão, em seu artigo 90, de Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestados em face da Constituição Estadual, com ampla legitimidade ativa.

---

<sup>247</sup>Conforme verificação no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acesso em 11.12.2016.



No parágrafo 4º do mesmo artigo 90, está prevista a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a comunicação desse fato ao ramo de poder estadual omissivo.

Outro exemplo é a Constituição do Estado de Minas Gerais, na qual está estabelecida, no artigo 106, inciso I, letra f, a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, *mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, de entidade ou de autoridade estadual da administração direta ou indireta.*

No mesmo inciso, letra h, há a previsão de igual competência, em relação à *ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual em face da Constituição estadual.*

Em Minas Gerais, a legitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou por omissão, foi conferida, de modo amplo, a diversas autoridades e entidades da sociedade civil, conforme pudemos verificar no rol do artigo 118.

No mesmo artigo 118, há previsão, em seu §3º, da comunicação da inconstitucionalidade à Assembleia Legislativa ou Câmara Municipal, como efeito da decisão judicial proferida em tal ação.

No §4º, há a previsão da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por omissão, com o mesmo efeito da ADI estadual, de comunicação do fato ao ramo de poder omissivo.

As demais Constituições estaduais, na maior parte dos casos, repetem os dispositivos das Constituições de São Paulo e Minas Gerais em relação à matéria.

Não foram ainda modificados os dispositivos referentes ao controle de constitucionalidade em relação a ações ou omissões dos Municípios em face da Constituição Federal nas Constituições estaduais de Sergipe e do Amapá.

Somente no estado de Pernambuco há previsão da utilização dos instrumentos de controle referentes a ações ou omissões dos Municípios em relação às respectivas Leis Orgânicas Municipais.

Em todas as demais, a questão já foi adequada ao posicionamento do STF sobre a matéria.

Assim, em todas as Constituições estaduais, com exceção da Constituição do Acre, há previsão de mecanismos de controle de ações/omissões inconstitucionais dos Estados e também dos Municípios em relação às respectivas Constituições estaduais.

Quanto ao Mandado de Injunção, somente a Constituição de Mato Grosso não previu a possibilidade de criação do instituto.

Na maior parte das Constituições estaduais<sup>248</sup>, não há previsão expressa da possibilidade de ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Quanto aos efeitos da decisão, seja em Mandado de Injunção, seja em Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, os mesmos resumem-se, na maior parte dos casos, segundo os textos constitucionais, à comunicação da falta ao ramo de poder omisso.

Somente na Constituição do Rio Grande do Sul não há previsão quanto aos efeitos das decisões proferidas em Mandado de Injunção ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>248</sup>Constituições de Amapá, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima e Santa Catarina.

Não há previsão de regulamentação direta por parte dos Tribunais de Justiça.

Em todas elas, sem exceção, a matéria referente ao controle de constitucionalidade, envolvendo os tipos de ações judiciais, a competência para julgamento, a legitimidade ativa e os efeitos das decisões, está em Capítulo de cada Constituição estadual dedicado ao Poder Judiciário<sup>249</sup>.

---

<sup>249</sup>Todos os textos constitucionais estaduais analisados foram encontrados no site <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-estadual/constituicoes-estaduais> e nos endereços eletrônicos das Assembleias Legislativas.

## 2.2 – OMISSÕES NOS ESTADOS E MUNICÍPIOS EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

No chamado controle externo, onde a omissão inconstitucional ocorre quando os Estados-Membros e os Municípios não efetuam a complementação normativa determinada pela Constituição Federal, há algumas hipóteses de omissão, conforme o tipo de norma que pode provoca-la, a saber:

a) Omissão ocorrida na própria Constituição do Estado-Membro<sup>250</sup>:

Tal omissão ocorre quando a Constituição do Estado-Membro deixa de reproduzir, em seu texto, norma constitucional federal de reprodução obrigatória, hipótese onde o controle a ser exercido é abstrato e concentrado, provocado mediante ADO, perante o STF, ou quando deixa de incorporar, em seu texto, preceitos, princípios ou normas constitucionais que confirmam direitos fundamentais às pessoas, hipótese onde o controle a ser exercido é concreto e difuso, provocado mediante Mandado de Injunção, perante o Tribunal de Justiça estadual, com possibilidade de apreciação pelo STF, por meio de Recurso Extraordinário.

Por outro lado, caso a norma constitucional federal em relação à qual o ramo de poder estadual foi omissivo não seja de reprodução obrigatória nas Constituições estaduais, não há que se falar em omissão inconstitucional caso o Estado-Membro não trate da matéria em sua Constituição.

---

<sup>250</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional**, Op. cit., p. 178-181.

No caso da propositura de ADO, são legitimados tanto os órgãos federais com legitimação universal, elencados nos incisos I a IV, VI, VII e VIII, do artigo 103, da Constituição Federal, quanto os órgãos do Estado-Membro cuja Constituição foi omissa, exigida, também, a pertinência temática, para os demais legitimados e nos casos de propositura de tal ação por Estado-Membro diverso daquele que onde a omissão ocorreu<sup>251</sup>.

b) Omissão de atos normativos estaduais<sup>252</sup>:

Tal omissão ocorre quando os ramos do Poder estaduais deixam de adotar as medidas legislativas e administrativas (incluídas as de natureza regulamentar ou de outros atos da Administração Pública<sup>253</sup>) determinadas pela Constituição Federal.

Nesses casos, também incidem os controles concentrado e difuso, o primeiro, provocado por meio da propositura de ADO, perante o STF, observada a pertinência temática para os legitimados não universais e o segundo, provocado por meio da propositura de Mandado de Injunção, perante Juiz ou Tribunal estadual, conforme a autoridade que tenha competência para sanar a omissão e editar o ato questionado<sup>254</sup>, com possibilidade de apreciação pelo STF, por meio de Recurso Extraordinário.

---

<sup>251</sup>Conforme já decidiu o STF, na ADI 1.507-MC – AgR – Rel. Min. Carlos Velloso e na ADI 2.656, Rel. Min. Maurício Corrêa, cujos fundamentos também se aplicam na hipótese de propositura de ADO.

<sup>252</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional**, Op. cit., p. 183.

<sup>253</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 90.

<sup>254</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional**, Op. cit., p. 182.

c) Omissão dos ramos do Poder Municipais<sup>255</sup>:

Neste caso, só incide o controle difuso, já que não há previsão constitucional de criação de instrumento judicial que possibilite esse controle<sup>256</sup>, a ser provocado mediante Mandado de Injunção, promovido perante Tribunal estadual, podendo ocorrer a apreciação da matéria junto ao STF na hipótese de Recurso Extraordinário.

Anna Candida da Cunha Ferraz reforça que, em relação à omissão inconstitucional dos municípios em face da Constituição Federal, somente é possível o controle difuso, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema<sup>257 258</sup>.

Um dos motivos de tal possibilidade ainda não ter sido admitida pelo STF é o fato de que, como deverá ocorrer a comunicação da omissão ao ramo de poder omisso, não é possível que um Tribunal de Justiça decida a questão e determine ao Congresso Nacional a edição da norma regulamentadora.

Outros motivos são:

- a) O fato de que tais decisões em sede de controle abstrato tem eficácia *erga omnes* e poderia ocorrer a situação em que uma decisão sobre o tema, tomada por um Tribunal de Justiça, vincular inclusive o próprio STF, o que não pode ser admitido;
- b) A ausência de competência dos Estados para legislar sobre matéria federal;

---

<sup>255</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional**, Op. cit., p. 184-187.

<sup>256</sup>Conforme já decidiu o STF, na ADI 209, Rel. Min. Sydney Sanches e no AI 189.601 – AgR – Rel. Min. Moreira Alves, cujos fundamentos também se aplicam ao controle da omissão inconstitucional.

<sup>257</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional**, Op. cit., p. 184-185.

<sup>258</sup>A esse respeito, confira-se as decisões proferidas na ADI 209, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11.09.98 e AI 189.601 – AgR. Rel. Min. Moreira Alves, DJ 03.10.97.

## 2.3 – OMISSÕES NOS ESTADOS E MUNICÍPIOS EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

Nestas espécies de omissão, temos o chamado controle interno<sup>259</sup>, onde a omissão ocorre quando os ramos do Poder dos Estados-Membros e dos Municípios não realizam a complementação normativa determinada por Constituição Estadual (que é o parâmetro de controle a ser considerado<sup>260</sup>).

De igual modo ao que ocorre quando o parâmetro de controle da omissão é a Constituição Federal, também neste caso, incidem tanto o controle concentrado (perante Tribunal estadual) quanto o difuso (perante qualquer Juiz estadual), a saber:

### a) Controle concentrado<sup>261</sup>:

Nesta modalidade, apresentam-se duas hipóteses, que são a omissão normativa dos ramos de poder estaduais e municipais e a omissão normativa dos ramos de poder municipais em relação às Leis Orgânicas dos Municípios.

No primeiro caso, o instrumento a ser utilizado é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, no âmbito estadual<sup>262</sup>, instrumento que, conforme veremos em item específico, foi criado em todas as Constituições estaduais, a ser proposta perante Tribunal estadual (Em regra, foi conferida ao respectivo Tribunal de Justiça a competência para julgamento de tais ações).

---

<sup>259</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional**, Op. cit., p. 187.

<sup>260</sup>Conforme já decidiu o STF, na ADIMC 409, Rel. Ministro Celso de Mello, RTJ 134:106, em sede de controle comissivo, em raciocínio que se aplica, também, ao controle da omissão inconstitucional.

<sup>261</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional**, Op. cit., p. 200.

<sup>262</sup>É possível o ajuizamento de ADO estadual, conforme decidiu o STF, na ADIMC 558, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em processo no qual se discutiu a possibilidade de ADI estadual, mas cujo raciocínio se aplica, por simetria, à ADO e no RE 148.283, Rel. Min. Ilmar Galvão, no qual é feita menção específica quanto à ADO estadual.

Neste caso, o constituinte estadual não está obrigado a replicar, no Estado-Membro, o modelo de controle de constitucionalidade previsto na Constituição Federal, sendo a única limitação a proibição de se atribuir legitimidade ativa para a propositura a um único órgão.

Todavia, na maior parte dos casos, os constituintes estaduais criaram instrumentos de controle de constitucionalidade bastante semelhantes ao controle previsto na Constituição Federal.

Se a omissão dos ramos do Poder estaduais e municipais ocorrer em relação a normas de imitação, o controle poderá ser provocado perante Tribunal estadual e, também, perante o STF, hipótese na qual o processo estadual será suspenso, aguardando a decisão a ser proferida pela Corte Suprema.

Caso somente o controle estadual tenha sido objeto de provocação, a decisão a ser proferida pelo respectivo Tribunal não será terminativa, podendo o STF ser instado a se manifestar, no caso de interposição de Recurso Extraordinário.

No segundo caso, da omissão normativa dos ramos de poder municipais em relação à respectiva Lei Orgânica do Município, não é possível o exercício do controle de constitucionalidade em relação a tal parâmetro, já que a Constituição Federal não previu tal possibilidade em seu artigo 125, parágrafo 2º<sup>263</sup>.

Além disso, as Leis Orgânicas municipais não podem ser equiparadas à Constituição Federal e às Constituições dos Estados-Membros, pois, para que essa equiparação fosse possível, seria necessária, justamente, a existência de previsão constitucional de um controle de constitucionalidade no âmbito municipal, não previsto na Constituição Federal, lembrando que os Municípios não tem Poder Judiciário próprio.

---

<sup>263</sup>Por outro lado, Anna Candida da Cunha Ferraz, na obra **Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais**. Revista mestrado em direito. Ano 5. N.5. UNIFIEO. Edifício, 2005, p. 205, menciona que Sérgio Bermudes e Rui Samuel Espíndola defendem tal possibilidade.



b) Controle difuso<sup>264</sup>:

Nesta modalidade de controle, o instrumento a ser utilizado é o Mandado de Injunção, a ser proposto perante Tribunal estadual, que poderá versar sobre qualquer direito assegurado pela Constituição estadual<sup>265</sup>, cujo exercício esteja impossibilitado por ausência de norma regulamentadora estadual ou municipal.

Se a omissão ocorrer em relação a norma inovadora do texto constitucional estadual, o Mandado de Injunção, proposto perante Tribunal estadual, terá decisão em caráter terminativo, impossibilitada, nesta hipótese, a apreciação da questão pelo STF, pois a questão constitucional dirá respeito a norma constitucional estadual, exclusivamente.

Por outro lado, se o fundamento da norma inovadora estiver na Constituição Federal, a decisão não será terminativa e a questão poderá ser apreciada pelo STF em sede de eventual Recurso Extraordinário.

Com relação às normas de reprodução ou de imitação, onde ocorra omissão dos ramos de poder estaduais e municipais, de igual modo, o Mandado de Injunção deverá ser proposto perante Tribunal estadual, com decisão não terminativa, podendo a questão ser apreciada pelo STF em sede de eventual Recurso Extraordinário ou perante o próprio STF, ficando, neste caso, impossibilitada a propositura de Mandado de Injunção na esfera estadual.

---

<sup>264</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional**, Op. cit., p. 188.

<sup>265</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional**, Op. cit., p. 194.

### 3 - A EFETIVIDADE DO CONTROLE DA OMISSÃO NOS PLANOS FEDERAL E ESTADUAL E SEUS REFLEXOS NOS MUNICÍPIOS.

Ao constatarmos que, na Constituição Federal e nas Constituições estaduais, talvez em razão do ajuizamento de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandados de Injunção, a omissão legislativa vem sendo, paulatinamente, sanada, podemos concluir que a criação de tais instrumentos foi positiva e vem servindo como fator de pressão, impulsionando o Poder Legislativo a exercer seu papel.

Na jurisprudência do STF, verificamos que são mais numerosos os casos de Mandado de Injunção do que de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão.

Na jurisprudência<sup>266</sup> dos tribunais estaduais, de igual modo, verificamos que, em relação ao controle estadual e distrital, é maior a ocorrência de Mandados de Injunção em relação a omissões estaduais, municipais e distritais do que Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão.

Nas ações judiciais pesquisadas, no âmbito estadual e distrital, foram analisados os seguintes temas:

- a) Aposentadoria especial em razão de condições de trabalho insalubres ou decorrente de deficiência física grave (Mandado de Injunção nº 216.5357-13.2014.8.26 – SP, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 25-02-2015; Mandado de Injunção nº 0083388-78.2012.8.26.0000 – SP – Rel. Des. Edson Ferreira, j. 22-08-2012; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0048730-09.2012.8.26.0071-SP – Rel. Des. Vera Angrisani, j. 15-07-2014; Mandado de Injunção nº 20140020328806MDI-DF – Rel. Des. Jair Soares, j. 02-06-2015);
- b) Reajuste anual dos vencimentos (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.108.407-4-PR- Rel. Des. Clayton Maranhão, j. 18-08-2015);

---

<sup>266</sup>Análise efetuada em julgados consultados nos *sites* dos Tribunais de Justiça estaduais.

- c) Complementação de aposentadorias (Mandado de Injunção nº 782537-8- PR – Rel. Juiz Substituto de 2º Grau Ruy Alves Henriques Filho, j. 14-03-2016);
- d) Adicional noturno (Apelação Cível nº 0299445-19.2011.8.19.0001-RJ – Rel. Des. Fernando Cerqueira Chagas, j. 27-08-2015);
- e) Remuneração de militares e dos Corpos de Bombeiros por meio de Subsídio (Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 355520-8 – PE – Rel. Des. Bartolomeu Bueno, j. 15-06-2015 e Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 290115-7-PE – Rel. Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo, j. 15-07-2015);
- f) Instituição de Estatuto de Servidores Públicos Civis (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2007.00.2.011613-1-DF – Rel. Des. Dácio Vieira, j. 15-06-2010);
- g) Participação popular na escolha de Administradores Regionais e dos Conselhos consultivos (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2013002016865-3-ADI-DF – Rel. Des. George Lopes Leite, j. 14-01-2014);
- h) Percentual mínimo de cargos em comissão de Prefeitura Municipal a serem preenchidos por servidores de carreira (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2215118-76.2015.8.26.0000 – SP – Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, j. 16-03-2016);

Nas decisões adotadas pelo Judiciário, foram adotadas soluções variadas:

- a) Comunicação ao ramo de poder competente da ocorrência de omissão (Mandado de Injunção nº 782537-8- PR – Rel. Juiz Substituto de 2º Grau Ruy Alves Henriques Filho, j. 14-03-2016, onde o Acórdão não adotou postura ativista ou concretizadora do direito pleiteado; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.108.407-4-PR- Rel. Des. Clayton Maranhão, j. 18-08-2015; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2013002016865-3-ADI-DF – Rel. Des. George Lopes Leite, j. 14-01-2014);
- b) Reconhecimento do direito do impetrante ao recebimento dos vencimentos da forma pleiteada (Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 355520-8 – PE – Rel. Des. Bartolomeu Bueno, j. 15-06-2015, onde foi determinado ao Estado de Pernambuco o pagamento dos vencimentos dos militares na forma de subsídios; Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 290115-7-PE – Rel. Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo, j. 15-07-2015, com igual solução em relação aos integrantes do Corpo de Bombeiros local);
- c) Determinação de aplicação, por analogia, de legislações aplicáveis a relações jurídicas de natureza diversa daquela discutida nos autos dos processos (Mandado de Injunção nº 216.5357-13.2014.8.26 – SP, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 25-02-2015, onde foi aplicada a CLT; Mandado de Injunção nº 0083388-78.2012.8.26.0000 – SP – Rel. Des. Edson Ferreira, j. 22-08-2012 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0048730-09.2012.8.26.0071-SP – Rel. Des. Vera Angrisani, j. 15-07-2014, onde foi aplicada a Lei federal 8.213/91; Apelação Cível nº 0299445-19.2011.8.19.0001-RJ – Rel. Des. Fernando Cerqueira Chagas, j. 27-08-2015, onde foi aplicada a CLT, em razão do teor do julgamento do Mandado de Injunção nº 0062421-36.2004.8.19.000 – RJ, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, j. 01-06-2015, onde foi adotada a mesma solução; Mandado de Injunção nº 20140020328806MDI-DF – Rel. Des. Jair Soares, j. 02-06-2015 e Mandado de Injunção nº 20140020280212MDI –DF – Rel. Des. Huberto Ulhôa, j. 24-02-2015, onde foi aplicada a Lei federal nº 8.213/91);

- d) Fixação de prazo para que os Poderes Executivo e Legislativo do Município e do Distrito Federal sanassem a omissão legislativa (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2215118-76.2015.8.26.0000 – SP – Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, j. 16-03-2016, na qual foi fixado o prazo de 180 dias; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2007.00.2.011613-1-DF – Rel. Des. Dácio Vieira, j. 15-06-2010);

De qualquer forma, são poucos os julgados proferidos pelos Tribunais estaduais em relação ao tema da inconstitucionalidade por omissão, se comparados a outros temas.

Mesmo assim, consideramos que os instrumentos de controle são eficazes e ainda tem um papel relevante a desempenhar, enquanto existirem dispositivos constitucionais que reclamem complementação para que seu grau de eficácia seja ampliado.

Muito ainda pode ser feito em matéria de superação da omissão inconstitucional, como a impetração de Mandado de Injunção contra o Poder Executivo ou outro órgão público, o que ainda não se verificou nos julgamentos dos Mandados de Injunção submetidos ao STF.

## **VI- CONCLUSÕES.**

1- A concretização dos dispositivos constitucionais pode ocorrer por meio da interpretação constitucional, com a aplicação direta de seus dispositivos, quando a norma constitucional a permite e por meio de complementação normativa ou regulamentar, para os dispositivos constitucionais que a exijam;

2 - Em relação ao tema, verificamos que guardam relação com o estudo da omissão os Princípios da Unidade da Constituição, Exatidão Funcional, Proporcionalidade e Razoabilidade, Supremacia da Constituição, Força Normativa da Constituição, bem como os subprincípios da Máxima Eficácia e Efetividade;

3 - Inicialmente, concluímos que a omissão inconstitucional ocorre quando os poderes constituídos, conscientemente, não cumprem as determinações constitucionais para a complementação dos dispositivos constitucionais que assim o exijam.

4 - A omissão é causada, principalmente, pela inércia consciente do Poder Legislativo na edição das normas infraconstitucionais necessárias à concretização de determinados dispositivos constitucionais, durante certo tempo;

5 - Nas hipóteses onde a Constituição estabeleceu prazos para a complementação normativa, a omissão surge após o decurso de tais prazos, sem que a regulamentação tenha ocorrido, ao passo que, se não houver prazo fixado, deve ser levado em consideração determinado período de tempo para considerarmos que os poderes competentes estão em mora constitucional;

6 - Mais uma causa desta omissão é o excessivo idealismo da Constituição brasileira, onde há dispositivos cuja aplicação prática é difícil, como na questão do valor do salário mínimo;

7 - Os maiores problemas referentes ao tema, segundo os doutrinadores citados neste trabalho, são a inexistência de instrumentos hábeis a obrigar o Poder Legislativo a cumprir seu papel (problema que já ocorria antes da promulgação do texto constitucional de 1988, tanto que, no início da aplicação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção, as decisões proferidas pelo STF tinham caráter meramente declaratório, comunicando ao poder competente sua omissão no cumprimento do mandamento constitucional para legislar) e a não atribuição de prazo para o cumprimento da determinação constitucional;

8 - Em relação à omissão inconstitucional provocada pela inércia do Poder Executivo, o instrumento hábil a compelir esse poder a suprir sua inércia é a decisão judicial proferida em Mandado de Injunção ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que poderá fixar prazo para que seja editada a norma jurídica exigida.

Nesse sentido, o § 1º do artigo 4º da Constituição do Estado de Minas Gerais, é pioneiro, pois instituiu dispositivo que procura obrigar o poder público a agir, onde estão previstas as penas de destituição de mandato administrativo ou perda de cargo ou função de direção, aos servidores da Administração que deixarem de sanar em noventa dias da data do requerimento do interessado, omissão que impeça o exercício de direito constitucional.

9 - Permanece, contudo, sem sanção, o comportamento inconstitucional do Poder Legislativo;

10 - Após analisar a questão da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, concluímos, adotando o posicionamento de José Afonso da Silva, que é em relação às normas constitucionais de eficácia limitada, de princípio institutivo e de caráter impositivo que pode surgir o problema da omissão inconstitucional;

11 - Quanto às modalidades de omissão, tanto na doutrina brasileira quanto na estrangeira, existem somente dois tipos, que são a omissão total, constatada quando não ocorreu qualquer complementação legislativa ou regulamentar e a omissão parcial (também chamada de omissão relativa), que se configura quando o poder responsável pela elaboração normativa ou regulamentar concretiza o dispositivo constitucional de forma incompleta ou defeituosa;

12 - A regulamentação exigida pela Constituição não é faculdade, mas sim obrigação imposta ao legislador;

13 - Ao analisarmos a eficácia dos direitos fundamentais, concluímos que, apesar da possibilidade de fruição direta de tais direitos, não há impedimento à atuação legislativa, que é necessária, de modo a reforçar o grau de eficácia de tais dispositivos, que são, também, exigíveis em Juízo, no caso de omissão legislativa inconstitucional, por meio de Mandado de Injunção;

14 - Quaisquer normas constitucionais que confirmem direitos e prerrogativas às pessoas, podem ser objeto de Mandado de Injunção, ao passo que quaisquer normas constitucionais que determinem a elaboração de lei ou regulamento e que não digam respeito a direitos ou prerrogativas conferidas à pessoa, podem ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão;

15 - Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros analisados, constatamos que há referências ao problema e a instrumentos que possibilitem sua superação somente no Brasil, em Portugal, na Argentina e no Peru; nos demais, a solução da omissão decorre de construção doutrinária e jurisprudencial, como verificamos na Alemanha, Itália e Espanha;

16 - Dentre os sistemas analisados, o que mais se aproxima do sistema brasileiro no tratamento desta questão é o sistema vigente em Portugal, que foi a grande fonte de inspiração dos constituintes brasileiros nesta matéria;



17 - Os instrumentos judiciais de controle analisados são o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que surgiram no texto de 1988, mas a inexistência de instrumentos hábeis a superar a inconstitucionalidade por omissão já era uma preocupação da doutrina, ao tempo do regime constitucional anterior, tendo sido proposta a adoção de diversos instrumentos, mas foram somente estes os materializados na Constituição Federal de 1988;

18 - Quanto à origem do Mandado de Injunção, a maior parte da doutrina entende que o instrumento não tem similar em outros ordenamentos jurídicos e que, atualmente, os contornos do Instituto vêm sendo aprimorados e desenvolvidos nas decisões do STF e de outros tribunais brasileiros, nos diversos Mandados de Injunção ajuizados desde a promulgação do texto de 1988;

19 - A Lei federal nº 13.300, de 23-06-2016, que regulamentou o Mandado de Injunção, abarcou toda a evolução jurisprudencial do Mandado de Injunção e, nesse sentido, foi uma medida bastante positiva e que poderá sanar as dúvidas porventura existentes no tratamento processual da matéria;

20 - O parágrafo 1º do artigo 9º e o artigo 12 da referida Lei federal são inconstitucionais, pois permitem a transformação do Mandado de Injunção em instrumento de controle abstrato, objetivo e coletivo, em desacordo com a previsão da Constituição Federal que criou o Mandado de Injunção como instrumento de controle concreto, subjetivo e individual;

21 - A omissão inconstitucional também ocorre em relação aos ramos do Poder estaduais, pela não reprodução de dispositivos da Constituição Federal que obrigatoriamente deveriam constar das Constituições Estaduais e pela inércia na regulamentação estadual de dispositivos aos quais a Constituição Federal impôs tarefas legislativas referentes aos entes federados e aos Municípios;

22 - Em todas as Constituições estaduais foram criados instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão, exigida nos textos constitucionais estaduais apenas a ampla legitimidade ativa para a utilização de tais instrumentos;

23- Nos Estados-Membros, os instrumentos de controle criados foram a Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual e o Mandado de Injunção estadual;

24 - Há mais dispositivos da Constituição federal que ainda aguardam regulamentação, ao passo que, nas Constituições estaduais, seus ramos de poder avançaram mais nesta matéria, editando maior número de normas regulamentadoras;

25 - Tanto em relação à Constituição Federal quanto em relação às Constituições estaduais, foi ajuizado um número maior de Mandados de Injunção do que de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão;

26 - Todo o panorama analisado neste trabalho revela que, ao contrário de várias opiniões, formuladas ao tempo da criação dos instrumentos de controle da omissão, tais instrumentos se revelaram eficazes e vem cumprindo seu desiderato, após um início de aplicação no qual os efeitos eram meramente declaratórios.

27 - Ainda se justifica a utilização de tais instrumentos judiciais, cuja eficácia restou demonstrada ao longo deste trabalho;

## VII- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Revista de informação legislativa**. V. 19, n. 76, p. 125–134, out./dez., 1982. Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa, 1982.

\_\_\_\_\_. **Competências na Constituição de 1988**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Regulamentação do Mandado de Injunção**. In: **Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação**. Organizadores: Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas. São Paulo: Saraiva, 2013.

**ANTEPROJETO DE CONSTITUIÇÃO FEDERAL – COMISSÃO AFONSO ARINOS**. Disponível na Internet, no site: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituante/AfonsoArinos.pdf>, acesso em 24-06-2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BIDART CAMPOS, Germán J. **La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión**. Anuario Jurídico, UNAM, México D.F., núm. VI, 1979.

\_\_\_\_\_. **Las omisiones constitucionales em la novíssima constitución de la Provincia de Río Negro**, Buenos Aires, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30ª ed., atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de nº 84, de 2.12.2014), São Paulo: Malheiros, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Constituições dos países do Mercosul: 1996-2000 : textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai. - Brasília : Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001. 508 p. - (Série ação parlamentar; n. 153).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição** – 7ª ed. (2ª reimpressão). Edições Almedina, 2003, Coimbra.

\_\_\_\_\_. [et al.]. **Direitos fundamentais sociais** – coordenadores J.J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. – São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. [et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado**. 2ª edição, reimpressão. Trad; Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Uma reflexão histórica sobre o Mandado de Injunção e a eficácia subjetiva das decisões**. In: **Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação**. Organizadores: Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo** (trad. port. Hermínio A. Carvalho de *Les grands systèmes du droit contemporains*). 4ª ed. – São Paulo : Martins Fontes – Selo Martins, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Introdução à edição brasileira: Cláudia Toledo, Luiz Moreira. (Tradução do original *Les cours constitutionnelles*: Dunia Marinho Silva). São Paulo: Landy, 2004.

\_\_\_\_\_. [et. al.]. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004. (Traducido por Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas, do título original de la edición francesa: “COURS CONSTITUTIONELES EUROPENNES ET DROITS FONDAMENTAUX” bajo la dirección de Louis Favoreu, com prefácio de Andre Tunc, publicada por Presses Universitaires d’ Aix-Marseille y Librairie Economica de Paris, 1982.

FELLET, André e NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Editora Juspodivm.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Poder constituinte do estado-membro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

\_\_\_\_\_. **A inércia no plano constitucional**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 19, 1982.

\_\_\_\_\_. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para Constituinte**: Revista de Informação Legislativa, a.23, nº 89, Revista de Informação Legislativa, 1986.

\_\_\_\_\_. **Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais.** Revista mestrado em direito. Ano 5. Nº 5. UNIFIEO. Edifício, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** In: **Antologia luso-brasileira de direito constitucional.** Saraiva, Paulo Lopo (coord.). Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda., 1992.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição brasileira de 1988 – 2. ed. atual. e reform.** – São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 1 – arts. 1º a 103.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional – 34ª ed.** – São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **O Poder Constituinte.** 6ª edição- São Paulo: Saraiva, 2014.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha** (trad. port. de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã do original *Grundzüge Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*). Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. **A força normativa da constituição** (trad. port. do Ministro Gilmar Mendes do original em alemão *Die Normative Kraft der Verfassung*). Porto Alegre: Sergio Fabris, 2009.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle judicial das omissões do Poder Público.** 2ª ed., Saraiva, 2008.

LACERDA, Galeno. **Revisão do conceito de federação: sistema de recursos e de ações constitucionais; abolição do mandado de injunção.** Cadernos de direito constitucional e ciência política, nº 3, abr-jun 1993.

LEÓN, Aníbal Quiroga. **"El derecho procesal constitucional peruano"**, disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/22.pdf>, acesso em 24-06-2015.

LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LIMA, Flavia Santiago. **A Corte "Costituzionale" e suas interações no quadro institucional italiano**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4050, 3 ago. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/30643>. Acesso em: 24-06-2015.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. (Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte). Barcelona : Editorial Ariel, 1986.

LUCHAIRE, François. **El Consejo Constitucional francés** in FAVOREU, Louis. [et. al.]. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004. (Traducido por Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas, do título original de la edición francesa: "COURS CONSTITUTIONELES EUROPENNES ET DROITS FONDAMENTAUX" bajo la dirección de Louis Favoreu, com prefacio de Andre Tunc, publicada por Presses Universitaires d' Aix-Marseille y Librairie Economica de Paris, 1982.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MACHADO HORTA, Raul. **A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: UFMG. Tese, 1964.

MARINONI, Luiz Guilherme. SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 3ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZEI, Rodrigo. **Ações constitucionais**. Org. Fredie Didier Jr. Editora Podivm, 2007 – 2ª ed. rev. e atual.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 9ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**. Artigo no site: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf), 2008 acesso em 24-06-2015.

\_\_\_\_\_. **Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**. 3ª edição, revista e actualizada – Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 26ª ed. – São Paulo : Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição**, 3ª edição - São Paulo : Atlas, 2013.

MORTATI, Constantino. **Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissive del legislatore**. Foro it., 1970.

NUNES, António José Avelãs. SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.



PINA, Rolando E. **Cláusulas constitucionales operativas y programáticas (Ley Fundamental de la RFA)**, Astrea, Buenos Aires, 1973.

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

PIZZORUSSO, Alessandro, **El tribunal constitucional italiano**, in FAVOREU, Louis. [et. al.]. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004. (Traducido por Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas, do título original de la edición francesa: “COURS CONSTITUTIONELES EUROPENNES ET DROITS FONDAMENTAUX” bajo la dirección de Louis Favoreu, com prefacio de Andre Tunc, publicada por Presses Universitaires d’ Aix-Marseille y Librairie Economica de Paris, 1982, p. 233 e ss.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de constitucionalidade das leis**. 2ª ed. rev. e ampl. de acordo com a Constituição de 05 de outubro de 1988, 8ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis – vício e sanção**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

RODRIGUEZ, Jose Julio Fernandez. **La inconstitucionalidad por omision. Teoria general. Derecho comparado. El caso español**. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1998.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **O Mandado de Injunção finalmente terá sua lei. In: Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação**. Organizadores Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 119-140.

SARLET, Ingo Wolfgang. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes.... [et al.]. **Direitos fundamentais sociais** – coordenadores J.J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. – São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *In* MARINONI, Luiz Guilherme. SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 3ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ... [et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SCHLAICH, Klaus, **El Tribunal Constitucional Federal alemán**, *in* FAVOREU, Louis. [et. al.]. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004. (Traducido por Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas, do título original de la edición francesa: “COURS CONSTITUTIONELES EUROPENNES ET DROITS FONDAMENTAUX” bajo la dirección de Louis Favoreu, com prefacio de Andre Tunc, publicada por Presses Universitaires d’ Aix-Marseille y Librairie Economica de Paris, 1982.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. 1ª edição brasileira, tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, julho de 1966 (de American Constitutional Law, London: Cambridge University Press, 1958).

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

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed., rev. e atual. até a Emenda constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo, Malheiros, 2014.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.** Tese apresentada para o concurso para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**, 2ª ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro: análise crítica e perspectivas jurídicas e políticas.** Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.

TAVARES, André Ramos. **O cabimento do mandado de injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies.** *In* **Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação.** Organizadores: Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 383-405.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009.** *In* **Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação.** Organizadores: Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96-100.

## VIII- SITES CONSULTADOS.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS –  
[www.almg.gov.br](http://www.almg.gov.br).

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO –  
[www.alepe.gov.br](http://www.alepe.gov.br).

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO -  
[www.alerj.rj.gov.br](http://www.alerj.rj.gov.br).

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO -  
[www.al.sp.gov.br](http://www.al.sp.gov.br).

CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA -  
[www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.asp](http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.asp).

CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA -  
[www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf](http://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf).

CONSTITUIÇÃO FRANCESA - [www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/portugais/constitution\\_portugais.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf).

CONSTITUIÇÃO PERUANA -  
[tc.gob.pe/portal/institucional/normatividad/constitucion.pdf](http://tc.gob.pe/portal/institucional/normatividad/constitucion.pdf).

CÂMARA DOS DEPUTADOS -  
[www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraNao.htm](http://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraNao.htm).

GOVERNO FEDERAL - [www.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-estadual/constituicoes-estaduais](http://www.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-estadual/constituicoes-estaduais).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).