ANA PAULA ALMEIDA NAYA DE PAULA

O CONTROLE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS RELATIVAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Doutora Fernanda Dias Menezes de Almeida

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

ANA PAULA ALMEIDA NAYA DE PAULA

O controle das omissões legislativas relativas na jurisdição constitucional brasileira

Versão original

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação da Profa. Dra. Fernanda Dias Menezes de Almeida.

São Paulo

2018

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

DE PAULA, Ana Paula A. N.

O controle das omissões legislativas relativas na jurisdição constitucional brasileira / Ana Paula Almeida Naya de Paula; Prof. Dra. Fernanda Dias Menezes de Almeida. – São Paulo, 2018

141 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Versão original

DE PAULA, Ana Paula A. N.

O controle das omissões legislativas relativas na jurisdição constitucional brasileira.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Área de Concentração: Direito do Estado

Aprovado em: ___ / ___ / _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Para Pedro e Maria Fernanda, que dão sentido a tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é sempre uma dádiva divina. No caso deste trabalho, não apenas por ter chegado até aqui, mas, principalmente, por todas as pessoas que tornaram isso possível.

Agradeço, em primeiro lugar, à minha orientadora, Professora Fernanda Dias Menezes de Almeida, pela oportunidade de desenvolver esta dissertação sob a sua orientação e por todo o apoio dado ao longo dessa caminhada, com a dedicação e o carinho que lhe são peculiares.

À Professora Mônica Herman Caggiano e ao Professor Paulo Gustavo Gonet Branco, pelo incentivo e pelos conselhos dados desde a fase de elaboração do projeto de pesquisa.

A todos os meus amigos do escritório Sergio Bermudes, que me ajudaram tanto durante esses três anos, para que eu pudesse me dedicar ao mestrado.

Last but not least, tenho muito a agradecer a toda minha família, sobretudo aos meus pais, Paulo e Márcia, que são o fundamento do que já sou ou venha a me tornar. A eles, aos meus queridos irmãos, Leandro e Ana Carolina, à minha tia Sara, ao meu marido, Afonso, e aos meus filhos, Pedro e Maria Fernanda, muito obrigada por tudo.

A todos, os meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

O controle das omissões legislativas relativas na jurisdição constitucional brasileira. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Versão original.

No presente trabalho, tem-se por objetivo a busca de soluções possíveis para a superação da inconstitucionalidade provocada pela omissão legislativa relativa, em que o legislador, ao regular determinado fato, estabelece direitos, benefícios, deveres ou obrigações para uma dada categoria ou grupo de pessoas, abstendo-se de aplicar o mesmo regime a outra categoria ou grupo de destinatários que esteja em situação igual ou de identidade juridicamente relevante. Considerando que as omissões relativas derivam de uma violação ao princípio da igualdade, e não da violação, por inércia, do dever constitucional de legislar, será demonstrado que o seu próprio conceito destoa, em parte, dos pressupostos utilizados para conceituar as demais omissões. Assim, partindo-se da premissa de que o controle da omissão relativa deve ser feito pela via de ação, será constatado que há espaço limitado, no sistema de controle brasileiro, para a prolação de decisão com efeitos aditivos, com a consequente extensão da norma às categorias de sujeitos excluídos de forma ilegítima, embora ainda seja extremamente necessária a sistematização de técnicas de decisão aptas a solucionarem a inconstitucionalidade decorrente da omissão relativa, sem eliminar a norma do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Controle. Inconstitucionalidade. Omissão relativa. Sentenças aditivas.

ABSTRACT

Control of relative legislative omissions in the Brazilian constitutional jurisdiction. 2018. Dissertation (Masters in Law) – School of Law of the University of São Paulo, São Paulo, 2018. Original version.

This paper seeks possible solutions to overcome the unconstitutionality stemming from relative legislative omission, in which the legislator, in regulating a certain fact, establishes rights, benefits, duties or obligations for a given category or group of individuals, but refrains from applying the same rules to another category or group in the same situation or of a legally relevant identity. Considering that relative omissions derive from a breach of the principle of equality, and not from the breach, by inertia, of the constitutional duty to legislate, it will be shown that their own concept is just partly based on the assumptions used to define other omissions. Thus, based on the premise that the control of relative omission must be done by means of action, it will be noted that there is limited space in the Brazilian control system for decisions with additive effects, with the consequent extension of the rule to categories of individuals illegitimately excluded, even though it is still extremely necessary to systematize apt decision-making techniques to solve the unconstitutionality resulting from the relative omission, without eliminating the rule of law.

Keywords: Control. Unconstitutionality. Relative omission. Additive sentences.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 12

2 A CONSTITUIÇÃO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL 19

2.1 AS ORIGENS DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE 19

2.1.1 O constitucionalismo liberal e seus desdobramentos 19

2.1.2 O judicial review nos Estados Unidos 24

2.1.3 O controle concentrado de constitucionalidade e a doutrina de Kelsen 28

2.1.4 A jurisdição constitucional e a separação de Poderes 32

3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL 39

3.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A ATUAL CONFIGURAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 46

4 A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL 52

4.1 O CONCEITO DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL 52

4.2 TIPOLOGIA E CLASSIFICAÇÕES DAS OMISSÕES 58

4.3 A OMISSÃO LEGISLATIVA RELATIVA: DISTINÇÃO CONCEITUAL NECESSÁRIA 63

4.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS OMISSÕES RELATIVAS 67

4.5 O CONTROLE JURISDICIONAL DA OMISSÃO LEGISLATIVA NO DIREITO BRASILEIRO 74

4.5.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 75

4.5.2 Mandado de Injunção 81

5 A OMISSÃO RELATIVA E AS SENTENÇAS ADITIVAS 96

5.1 A TUTELA DAS OMISSÕES RELATIVAS POR MEIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO 96

5.2 OMISSÃO LEGISLATIVA RELATIVA E AS SENTENÇAS ADITIVAS COMO ALTERNATIVA 102

5.2.1 As sentenças manipulativas com efeitos aditivos 105

5.2.2 As soluções oferecidas no Direito comparado 112

5.2.3 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 115

5.2.4 Óbices e limites 117

5.2.5 A superação da omissão relativa no sistema brasileiro 121

6 CONCLUSÕES 129

REFERÊNCIAS 135

1 INTRODUÇÃO

Na maior parte dos Estados democráticos contemporâneos, dotados de Constituições documentais e rígidas, a institucionalização de um sistema adequado de controle de constitucionalidade dos atos legislativos é imprescindível para garantir a supremacia formal das normas constitucionais, aliando à sua eficácia jurídica também a eficácia social.[1]

Na realidade, ao proteger a supremacia constitucional, impedindo que leis e atos normativos existam validamente se incompatíveis com determinada norma constitucional, o sistema de controle torna efetiva uma das vigas-mestras do Estado de Direito, o princípio da legalidade[2], assim como os seus outros elementos fundamentais: o princípio da separação de poderes e o princípio da igualdade.[3]

Nesse aspecto, desde o advento da Constituição Federal de 1891, o controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos legislativos foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, iniciando-se, a partir de então, um "*trabalho de modelagem*" fundamental tanto para o amadurecimento do Direito Constitucional pátrio, como para a própria consolidação da democracia. [4]

Resultado desse lento aprimoramento histórico, o sistema de controle de constitucionalidade desenhado pela Constituição Federal de 1988 facilitou, visivelmente, a deflagração do controle abstrato de normas, tornando o sistema de controle, no seu todo, mais eficaz.

Além disso, preocupado com a efetividade dos preceitos constitucionais e inspirado pela Constituição portuguesa, o Constituinte de 1988 também introduziu mecanismos jurídicos inéditos relacionados ao controle da inconstitucionalidade por omissão[5], mas ao tratar da decisão a ser proferida em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, estabeleceu, em seu artigo 103, §2º, que "declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para

---

[1]RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.
[2]Ibidem, p. 15.
[3]Merece transcrição a manifestação, a esse respeito, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "Num Estado submetido ao Direito, a atuação do Poder tem como pauta a lei. Obedece ao princípio da legalidade. Entretanto, da legalidade decorre como princípio também a igualdade. E ambos, legalidade e igualdade, estão sob o crivo de uma justiça, daí o terceiro princípio, garantidor dos demais, o princípio da justicialidade." (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 23).
[4]RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.
[5]PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."

Portanto, na hipótese de omissão legislativa inconstitucional, a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão implica apenas na declaração dessa inconstitucionalidade, com a consequente ciência do Poder Legislativo para que adote as providências necessárias, não havendo como assegurar o efetivo suprimento da omissão já declarada. A rigor, as meras recomendações do Judiciário quanto à inércia legislativa não vêm logrando êxito em sensibilizar os responsáveis pela elaboração da norma.

Assim, embora tenha andado bem ao enfrentar juridicamente a omissão inconstitucional, o Constituinte originário encontrou, na realidade, a sua própria omissão quanto às diretrizes que pudessem tornar eficaz o que se pretendeu superar, ou, para utilizar a expressão de Carlos Blanco de Morais em relação ao sistema português, deu-se "*um tiro de pólvora seca*."[6]

Entretanto, considerando-se que, passado algum tempo, o legislador certamente terá editado as leis mais relevantes exigidas expressamente no texto constitucional, deve-se reconhecer que os casos significativos de omissão são, ou pelo menos passarão a ser aqueles referentes à execução insatisfatória ou imperfeita do dever constitucional de legislar – a omissão parcial –, de modo que a afirmação de que o legislador não satisfez determinada exigência constitucional conterá, em regra, uma censura ao direito já positivado[7], o que torna cada vez mais relevante o estudo das omissões parciais, de modo geral, e das técnicas de decisão cabíveis para a sua superação.

No caso da omissão legislativa relativa especificamente, pode-se dizer que a situação é ainda mais tormentosa, já que derivam, as omissões relativas, da violação ao princípio da igualdade, e não da violação, por inércia, do dever constitucional de legislar.[8]

Assim, se nas omissões absolutas o legislador deveria necessariamente atuar, nas omissões relativas isso não ocorre. Nesse último caso, o legislador poderia se manter inerte, sem ofender a Constituição[9], mas, decidindo atuar, descumpre o princípio da igualdade, para,

---

[6]MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 483.
[7]MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 429.
[8]RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 95.
[9]Nas omissões relativas, não existe a exigência absoluta da emanação da lei, de modo que a questão relativa ao ato omissivo surge quando a norma viola o princípio da igualdade. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 335).

por exemplo, deixar de prever o alcance dos dispositivos aprovados ou excluir dos benefícios concedidos, pela omissão, outras categorias de pessoas.[10]

No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a consagração positiva da teoria da inconstitucionalidade por omissão criou um dilema penoso no caso de ofensa ao princípio da igualdade pela concessão, por lei, de vantagem a um ou mais grupos, com a exclusão de outros que deveriam ter sido incluídos entre os beneficiários.[11]

Isso porque, se declarada a inconstitucionalidade da lei por desrespeito ao princípio da igualdade, embora seja eliminado o preceito que violou o referido princípio, também é minado o benefício concedido àqueles atingidos pela norma, retrocedendo-se na conquista já obtida.

Por outro lado, adotada a alternativa oposta, com o reconhecimento da omissão relativa, seria determinada a extensão da norma às categorias de sujeitos excluídos de forma ilegítima, no lugar de excluir do ordenamento jurídico a norma que restringe os direitos e benefícios criados, proferindo-se uma decisão com efeitos aditivos.

Embora o primeiro impulso, por óbvio, seja a adoção da alternativa que restabeleça a igualdade, sobretudo diante da relevância do princípio da igualdade em nosso ordenamento jurídico, o fato é que, como já ponderado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 525, o alvitre da inconstitucionalidade pela omissão parcial ofensiva à isonomia, se pôde ser efetivado, a partir da Alemanha, em sistemas de monopólio do controle de normas pela Corte Constitucional, suscita questões relevantes de possível incompatibilidade se transplantado para o sistema brasileiro. [12]

Essas questões vão desde a separação dos poderes e a usurpação de poderes legislativos até consequências orçamentárias que eventualmente decorram da extensão de um direito legalmente concedido. Além disso, a própria forma de controle das omissões relativas é um ponto ainda não definido no direito brasileiro – se essas omissões, especificamente, deverão ser fiscalizadas como ato omissivo ou ato comissivo do legislador –, já que, ao contrário do que acontece nas omissões absolutas, há sempre uma atuação positiva do legislador nas omissões relativas, não sendo analisado o descumprimento do dever constitucional de legislar.

---

[10]CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos:** elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 223.
[11] ADI 525-MC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 02.04.2004.
[12] Ibidem.

A proposta, portanto, é analisar o problema da inconstitucionalidade provocada pela omissão legislativa relativa no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, verificando de que forma e por quais meios é possível superar a referida inconstitucionalidade, com a reposição da igualdade protegida constitucionalmente.

Na busca por novas perspectivas para o controle de constitucionalidade dos atos omissivos, pretende-se aferir se a jurisdição constitucional brasileira, no controle da omissão legislativa relativa, tem como opção a extensão da norma àqueles excluídos em violação ao princípio da igualdade e, em caso positivo, dentro de quais parâmetros e limites, levando-se em conta a estrutura do sistema brasileiro.

A questão envolve, portanto, não apenas a busca de soluções possíveis para a concretização do princípio da igualdade, como também a análise de técnicas de decisão que implementem um rigor sistemático mais apurado na sedimentação da superação da inconstitucionalidade provocada pela omissão relativa, na medida em que não se encontra solução expressa no artigo 103, §2º, da Constituição Federal.

Aliás, tendo em mira esse último aspecto, a discussão sobre as técnicas de decisão apropriadas para a superação desse tipo de inconstitucionalidade abrange tanto a posição institucional do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes – o que se revela bastante atual, sobretudo se considerado o incremento da jurisprudência ativista no STF –, como permite uma análise procedimental do controle jurisdicional de constitucionalidade, com o aprimoramento das técnicas judiciais de aplicação do Direito e a definição das hipóteses de cabimento das referidas técnicas no sistema de controle de constitucionalidade.[13]

Afinal, é inegável que a temática do controle de constitucionalidade requer uma constante avaliação quanto ao potencial dos instrumentos de controle e, sobretudo, quanto à adequação entre as soluções técnicas apresentadas e a pauta valorativa acolhida pelo próprio sistema jurídico, bem como a realidade social objeto da regulação. [14]

Nesse contexto, a matéria será abordada em duas partes, cada uma delas subdividida em dois capítulos. Na primeira parte, serão trazidas as premissas teóricas do controle de constitucionalidade, abordando-se, inicialmente, o desenvolvimento histórico do

---

[13] Sobre o incremento do material científico relacionado ao controle de constitucionalidade a partir da entrada em vigor da atual Constituição, Elival da Silva Ramos constata que não há "como negar que o controle de constitucionalidade passou a representar uma espécie de eixo-mestre dessa revitalização doutrinária, o que se explica pela maior eficácia das técnicas de controle, compondo as bases institucionais de um fenômeno que já eclodira em outras plagas e que, finalmente, aportou ao Brasil, qual seja a judicialização da política, fenômeno esse que, visto sob o ângulo do Poder Judiciário, é identificado como a politização da Justiça." (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 2).
[14] Ibidem, p. 4.

constitucionalismo, movimento político de inspiração liberal que produziu significativas alterações no Direito positivo e na estrutura dos sistemas políticos, bem como na conformação da função jurisdicional. Será abordada, ainda, a origem do controle judicial de constitucionalidade, tanto do modelo estadunidense, como do modelo europeu, além do reflexo desses modelos em relação ao modelo clássico do princípio da separação dos poderes.

Em seguida, tratar-se-á, especificamente, do controle de constitucionalidade do Brasil, com sua evolução histórica e sistematização, a fim de identificar as principais características do sistema em vigor. A partir disso, pretende-se realizar uma análise crítica da jurisdição constitucional brasileira e dos instrumentos de controle existentes para sanar as inconstitucionalidades provocadas pela omissão do legislador.

Traçado o panorama do atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, será visto, então, já na segunda parte, o controle jurisdicional da omissão legislativa relativa, mas não sem antes aprofundar o estudo sobre a omissão inconstitucional, abordando-se (*i*) o seu conceito; (*ii*) a tipologia e as classificações das omissões; (*iii*) a distinção conceitual específica da omissão legislativa relativa; (*iv*) o princípio da igualdade e seu conteúdo jurídico, distinguindo-se os critérios que possibilitam a identificação da violação ao referido princípio; e (*v*) o controle da omissão legislativa no sistema brasileiro, por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção.

No capítulo IV, reside o ponto nuclear deste trabalho, no qual se pretende analisar a omissão relativa especificamente e as polêmicas discussões a respeito de sua tutela por meio do controle de constitucionalidade por ação. Além de serem assentados os parâmetros para o controle da omissão legislativa relativa, será desenvolvida uma reflexão em torno das sentenças aditivas como alternativa para o combate da omissão inconstitucional.

Nesse ponto, serão abordadas as sentenças manipulativas com efeitos aditivos, analisando-se o conceito e as classificações dessas técnicas decisórias, bem como as correntes doutrinárias existentes sobre a legitimidade dessas decisões, a fim de viabilizar uma proposta para a superação da inconstitucionalidade provocada pela omissão legislativa relativa.

Será feita, ainda, uma análise de decisões do Supremo Tribunal Federal e de algumas decisões estrangeiras a esse respeito, comparando a utilização dessas técnicas decisórias e sua aplicabilidade ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Pretende-se, assim, chegar a uma solução para a superação da inconstitucionalidade provocada pela omissão legislativa relativa – ou, ao menos, a uma proposta de reforma do sistema constitucional para isso –, partindo-se de uma análise procedimental e institucional do

controle de constitucionalidade brasileiro. Almeja-se, enfim, que a dissertação apresentada possa ao menos suscitar uma reflexão crítica sobre o assunto, diante da premente necessidade de se desenvolverem técnicas de decisão aptas a solucionarem os problemas trazidos pelas omissões parciais, de modo geral.

2 A CONSTITUIÇÃO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 AS ORIGENS DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Não se pretende aqui fazer uma reconstrução histórica da origem e da evolução do controle judicial de constitucionalidade, tampouco do desenvolvimento do conceito de Constituição. Na realidade, pretende-se apenas buscar os antecedentes do controle de constitucionalidade – cujo surgimento está ligado a desdobramentos do constitucionalismo moderno –, para que, a partir de uma análise histórica do desenvolvimento do *judicial review*, bem como da jurisdição constitucional europeia, possa ser constatada a influência que os referidos modelos tiveram no Brasil.

2.1.1 O constitucionalismo liberal e seus desdobramentos

O controle de constitucionalidade das leis, desenvolvido sob os influxos do constitucionalismo moderno, está associado à própria ideia de Constituição, bem como às fases e aos processos que acabaram por assegurar a supremacia das normas constitucionais.

Como se sabe, o constitucionalismo surgiu em contraposição aos regimes autocráticos[15] que imperavam na Europa durante os séculos XVII e XVIII, como um movimento político de inspiração liberal, que propunha basicamente a institucionalização de direitos fundamentais e a imposição da separação dos poderes.[16]

Embora alguns autores registrem que as origens remotas do constitucionalismo são anteriores ao liberalismo[17], é apenas no final do século XVII, a partir da Revolução

---

[15] O surgimento do constitucionalismo "coincide com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII e o consequente advento do Estado Liberal. É nesse período, quando as monarquias absolutistas entram em colapso, que toma força a ideia de submissão da ação estatal a uma norma positiva que deve vincular a existência mesma dos poderes e garantir a incolumidade das liberdades individuais frente ao Estado. A Constituição surge, assim, como exigência burguesa de limitação e racionalização do poder real, até então absoluto, que passa a curvar-se aos interesses da nova classe dominante" (BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 15-16).

[16] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13. Nesse sentido, Loewenstein também afirma que "el Estado constitucional se basa en el principio de la distribución del poder. La distribución del poder existe cuando varios e independientes detentadores del poder u organos estatales participan en la formación de la voluntad estatal [...]; como está distribuido, el ejercicio del poder político está necessariamente controlado." (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976, p. 50).

[17] Nelson Saldanha situa como origens remotas os gregos e romanos, além de experiências políticas e doutrinárias da época medieval (SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 13-18). É a limitação do poder que autoriza alguns, como Mac Ilwain, a falar, inclusive, de um

Gloriosa[18], na Inglaterra, que se inicia propriamente o liberalismo político, com o surgimento de um Estado Constitucional.[19]

Mais à frente, no século XVIII, conjugam-se vários fatores que determinariam o aparecimento das Constituições, infundindo-se as suas características fundamentais. Sob a influência do jusnaturalismo, amplamente difundido pelos contratualistas, afirma-se a superioridade do indivíduo e a limitação dos poderes dos governantes[20], exigindo-se, para prevenir eventuais abusos, a separação de poderes que Montesquieu teorizou, de forma definitiva, no *Espírito das Leis*.[21]

Essa ideia de Constituição ganhou força associada às concepções do Iluminismo – que levaria ao extremo a crença da *Razão* –, as quais, somadas a relevantes movimentos econômicos, sociais e políticos[22], conduziram ao Estado Constitucional, que alcança o seu ápice com a Revolução francesa, apesar de igualmente relevantes nessa mudança a Inglaterra e os Estados Unidos.[23]

O meio pelo qual os ideais[24] do Estado Constitucional foram implementados acabou por conferir características jurídicas ao movimento que, a princípio, era eminentemente político. Houve, de fato, reflexos relevantes em determinados institutos jurídicos, sobretudo no que diz respeito à conformação da jurisdição constitucional.[25]

---

constitucionalismo medieval: "[...] o traço característico mais antigo, constante e duradouro do verdadeiro constitucionalismo continua sendo, como tem sido quase desde o começo, a limitação do governo pelo direito. 'As limitações constitucionais', se não a mais importante parte do nosso constitucionalismo, são, fora de dúvida, a mais antiga." (MCILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. Traducción de Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1991. p. 37).

[18] Antes, porém, a teoria de Edward Coke – considerada por alguns o ponto de partida da ideia de jurisdição constitucional – sustentava a atuação dos juízes como mediadores entre rei e nação, a fim de resguardar a supremacia da *common law* sobre a autoridade do Parlamento e do próprio soberano. Entretanto, com o advento da Revolução Gloriosa, afirmou-se a ainda hoje vigente supremacia do Parlamento (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107).

[19]BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 17.

[20] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 197.

[21] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

[22] Nelson Saldanha considera que as Revoluções inglesa, norte-americana e francesa assumiram um sentido de *exemplaridade* na nova ordem liberal e constitucional (SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 32).

[23] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 31.

[24] Veja-se que esses ideais constaram, expressamente, do artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como parte da própria definição de Constituição: "Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição."

[25] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

Um desses reflexos consistiu, sob a influência da corrente filosófica do contratualismo e do pensamento de Edward Coke[26], no advento da *Constituição escrita*.[27] De fato, segundo o contratualismo de Locke e Rousseau, era necessário um novo pacto social, que deveria ser realizado por meio de um documento solene, a Constituição, na qual seria estabelecida a organização fundamental do Estado.

Contudo, como alerta Elival da Silva Ramos, o conceito de Constituição dos revolucionários liberais não abrangia apenas uma nova estrutura de Poder, mas, sobretudo, uma estrutura em que o poder estatal fosse drasticamente limitado em prol dos direitos fundamentais do homem, então basicamente entendidos como direitos de liberdade.[28]

Esse, portanto, o conteúdo da matéria constitucional, que dizia respeito à essência do Estado Liberal, devendo, por isso, ser mais estável do que a legislação comum. Tratou-se, então, de estabelecer procedimentos mais gravosos para a alteração do texto constitucional, como instrumento auxiliar de limitação do Poder. À Constituição documental aliou-se, assim, a *rigidez constitucional*.[29]

A distinção entre forma legal e forma constitucional, decorrente do sistema de rigidez constitucional, conduziu à exigência de se observarem os parâmetros constitucionalmente previstos para o exercício do poder de reforma da Constituição. Tinha-se, então, a explicitação definitiva dos postulados da hierarquia das leis e, mais propriamente, da supremacia formal da Constituição.[30] Nesse sentido, aduz Nelson Saldanha:

> Firmou-se, com a distinção, a ideia de uma *diferença de grau* ou de nível entre lei ordinária e lei constitucional: tanto no sentido de uma maior "consistência" destas (e até de dignidade), que estruturam o Estado e lhe conferem seu caráter, como no de uma menor *tocabilidade* delas.[31]

---

[26] No julgamento do *Dr. Bonham´s case*, em 1610, *Coke* assinalou que "*resulta de nossas regras que, em muitos casos, o common law controlará os atos do Parlamento e por vezes imporá sua invalidez total: pois quando um ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comuns, ou repugnante, ou impossível de ser cumprido, o common law controlará e imporá a sua invalidez*." (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plinio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 59).

[27] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

[28] RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis:** vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 47.

[29] Para Carlos Blanco de Morais, "são fundamentalmente três os fins de ordem garantística servidos pela rigidez constitucional, a saber: estabilização da Constituição, função integradora e compromissória e garantia da hierarquia da mesma Lei Fundamental." (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Tomo I, p. 60).

[30] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

[31] SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 141.

Talvez a elaboração mais próxima da supremacia formal das normas constitucionais, em período anterior ao advento das primeiras Constituições-ato, tenha sido a doutrina das Leis Fundamentais do Reino, elaborada pelo *Parlement* de Paris nos séculos XVII e XVIII, que se caracterizavam como normas costumeiras e superiores à legislação editada pelos monarcas ou pelas Cortes.[32] Tratava-se, contudo, de normas de baixa operacionalidade quanto à supremacia hierárquica, podendo-se concluir, assim, que entre as Leis Fundamentais do Reino e a Constituição houve, na realidade, como observa Jorge Miranda, uma *ruptura histórica*.[33]

O aparecimento das Constituições, em verdade, só foi possível em decorrência do processo que Cappelletti denomina *positivação do direito natural*.[34] A lei, nesse processo, substituiu os costumes e as normas da boa razão, passando a ser fonte de direito por excelência.[35]

À diferenciação de grau firmada entre norma legal e norma constitucional, acresceu-se a proposta de Sièyes, que, em uma tentativa de compatibilizar o projeto liberal de governo moderado com o ideal *rousseauniano* de soberania popular, formulou, pela primeira vez, a distinção entre Poderes constituídos e Poder Constituinte. Ao Poder Constituinte, confiava-se o estabelecimento da Lei Fundamental, e aos poderes constituídos, a legislação ordinária.[36]

A titularidade do Poder Constituinte, para Sièyes, residia na Nação e precedia ao direito positivo, fundando-se no direito natural. A teoria do Poder Constituinte, desse modo, assentou a supremacia formal das normas constitucionais, as quais passaram a ser vistas como normas superiores às demais normas do ordenamento jurídico, pelo Poder de que emanam.[37]

Deve-se a Sièyes, ainda, a ideia – já antes concebida por Edward Coke – da jurisdição constitucional como instituição política essencial à garantia da supremacia da Constituição,

---

[32] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

[33] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, tomo 2, p. 16.

[34]CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 54.

[35] Nesse mesmo sentido, Elival Ramos da Silva afirma que "na verdade, o advento das primeiras Constituições-ato, isto é, Constituições que consubstanciavam um ato de vontade de um Poder dotado da capacidade de impor a sua observância, assinala a superação de um paradigma da Dogmática Jurídica, o do jusnaturalismo, por outro, o do positivismo. Tal superação se dá lenta e progressivamente, mas somente irá completar-se no início do século XIX" (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21-23).

[36]HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 94.

[37]RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

antecipando-se, assim, a consequência advinda da teoria da supremacia constitucional, por ele próprio formulada: o surgimento do controle de constitucionalidade das leis.[38]

De fato, como modo de fazer valer a Constituição, impunha-se a necessidade de vigorarem instrumentos que viabilizassem a apreciação da constitucionalidade de tais condutas, bem como a imposição de sanção à violação ao texto constitucional.[39] Não se poderia manter a supremacia constitucional, sem que a Constituição – rígida e formal – contivesse instrumento eficaz que defendesse ela própria.[40]

Nesse sentido, aduz Ignacio de Otto:

> Essa sujeição da elaboração de normas a outras normas superiores não se efetiva simplesmente com a existência de uma Constituição escrita que regule a estrutura e o funcionamento dos órgãos estatais [...] só há Constituição escrita como norma quando o ordenamento estabelece que o cumprimento desses preceitos é obrigatório e, em consequência, a sua violação é antijurídica.[41]

Ao contrário da rigidez constitucional, contudo, o controle de constitucionalidade não acompanhou o advento das Constituições-ato, de feições documentais, ao menos não em todos os sistemas jurídicos, já que na Europa continental a implantação da jurisdição constitucional se deu apenas na primeira metade do século XX.[42]

Na verdade, a consolidação do sistema europeu de controle de constitucionalidade e o amplo desenvolvimento do sistema estadunidense, impulsionado pela jurisprudência da Suprema Corte desde os primórdios da Constituição de 1787, atribuíram ao princípio da supremacia hierárquica das normas constitucionais uma dimensão muito além do que imaginado inicialmente pelos iluministas do século XVIII[43], como ser verá a seguir.

---

[38]BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 24-25.

[39]LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

[40]Como pressupostos do controle de constitucionalidade das leis, Clèmerson Merlin Clève aponta, objetivamente, a existência de uma Constituição formal, a rigidez constitucional e a previsão de um órgão dotado de competência para o exercício dessa função (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 28-29).

[41] No original: "Esa sujeción de la creación de normas a otras normas superiores a ella no se cumple simplemente con la existencia de una Constitución escrita que regule la estrutura y funcionamento de los órganos del Estado [...] solo hay Constitución escrita como norma cuando el ordenamiento establece que el cumplimiento de esos preceptos es obligado y, en consecuencia, que su infracción es antijurídica." (OTTO, Ignacio de. Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. In: OBRAS COMPLETAS. **Oviedo**. 2010, p. 818).

[42] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

[43] Ibidem, p. 47.

2.1.2 O *judicial review* nos Estados Unidos

Há um autêntico consenso doutrinário em relação ao fato de que a Constituição deva, a partir dos elementos jurídicos inseridos pelo constitucionalismo, prevalecer em face dos demais atos estatais. Contudo, embora o constitucionalismo europeu tenha produzido Constituições escritas, com procedimentos especiais para reforma de seu texto, não havia, inicialmente, previsão de mecanismos eficazes de controle de constitucionalidade.[44]

O desenvolvimento de mecanismos desta espécie se deu, inicialmente, nos Estados Unidos.[45] A ideia de jurisdição constitucional como técnica de atuação da supremacia da Constituição, embora não encontrasse previsão expressa na Constituição norte-americana, decorreu da evolução do constitucionalismo e de construção jurisprudencial[46], instituindo-se, assim, o chamado *judicial review*, por meio do qual se realizaria o controle de constitucionalidade dos atos estatais no âmbito do Poder Judiciário.

Pode-se dizer que o *judicial review* representou a mais significativa inovação americana em relação à tradição inglesa. Representou, na prática, a superação do princípio da supremacia do Parlamento – elevado à condição de dogma no Reino Unido desde a Revolução Gloriosa – pela supremacia normativa da Constituição, de modo que coube ao Judiciário[47] exercer a guarda de tal supremacia, ainda que isso importasse na invalidação de atos do Legislativo.[48]

Apesar da inovação em relação à tradição inglesa, Cappelletti[49] afirma que a supremacia do Parlamento, na Inglaterra, acabou por favorecer, paradoxalmente, a

---

[44] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18.

[45]A esse respeito, assinala Gustavo Binenbojm que "o Direito norte-americano recepcionou, desde os tempos coloniais, as teses desenvolvidas durante o século XVII, na Inglaterra, por Edward Coke, segundo as quais os juízes deveriam controlar a legitimidade das leis votadas pelo Parlamento, negando aplicação àquelas contrárias à common law" (BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 26).

[46]LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18.

[47]A respeito do Poder Judiciário nos Estados Unidos, Tocqueville afirma que "os americanos reconheceram o direito de fundarem os juízes as suas decisões na **Constituição**, antes que nas **leis**. Noutras palavras, permitiram-lhes jamais aplicar as leis que lhes parecessem inconstitucionais."(TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, p. 83).

[48]BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 25.

[49] Clèmerson Merlin Clève também pontua que "a doutrina da supremacia da common law, repudiada na Inglaterra depois de 1688, mas incorporada à tradição jurídica americana e somada à prática judicial experimentada antes da independência, ofereceu o terreno apropriado para o desenvolvimento do judicial review." (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 64).

"*supremacia dos juízes*" nos Estados Unidos.[50] Isso porque muitas das colônias inglesas da América foram regidas por Cartas ou estatutos da Coroa, que eram, na realidade, as primeiras "*Constituições das Colônias*", já que vinculavam a legislação colonial e regulavam as estruturas jurídicas fundamentais das próprias colônias.[51]

Assim, em diversas vezes, o *Privy Council* do Rei decidiu que as leis coloniais deveriam ser aplicadas pelos Juízes das colônias apenas se elas não estivessem em confronto com as leis do Reino – era a doutrina da "*supremacy of the English Parliament*" –, de modo que, substituídas as velhas "Cartas" pelas novas Constituições, em razão da independência das Colônias inglesas, reafirmou-se a mesma nulidade das leis contrárias às novas e vitoriosas Cartas Constitucionais dos Estados então independentes.[52]

De todo modo, a introdução do controle de constitucionalidade e o seu exercício por parte do Poder Judiciário foi bastante discutido já durante a elaboração da Constituição norte-americana. Naquela oportunidade, Hamilton justificou a posição do Judiciário como guardião da Constituição da seguinte forma:

> Quem analisar atentamente os diferentes ramos do poder, percebe desde logo que, em um governo em que eles são separados uns dos outros, o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los. O Executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada. O Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelas quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres. O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem ´força´nem ´poderio´, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia de seus julgamentos.[53]

O seu posicionamento em relação à competência do Judiciário para exercer a função de controle de constitucionalidade das leis se fundava tanto na natureza da função exercida pelos juízes, como se viu na transcrição acima, como na fixação de um determinado conceito de Constituição. Veja-se, nesse sentido, a ideia de Constituição acolhida por Hamilton:

> Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o

---

[50]CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 58.
[51] Ibidem, p. 60-61.
[52] CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 61-62.
[53] HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 576.

> significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.[54]

Veja-se, ainda, que ele próprio pondera, acerca da conclusão de que o Judiciário poderia recusar a aplicação da lei inconsistente com a Constituição, que

> [...] esta conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias.[55]

Assim, valendo-se das premissas fixadas desde a elaboração da Constituição Americana de 1787, pode-se dizer que, de modo definitivo, a prática do *judicial review* foi institucionalizada em 1803, com o julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison*, em que a Suprema Corte declarou que o Judiciário poderia recusar a aplicação de lei que fosse inconsistente com a interpretação da Constituição.

Apesar da existência de antecedentes embrionários do controle jurisdicional de constitucionalidade[56], é certo que esse caso deve ser considerado o *leading case* do controle de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos, tanto pela fundamentação apresentada pelo *Chief Justice* Marshall, que habilmente, explorou o princípio da supremacia da Constituição, como pela repercussão alcançada,[57] embora não se negue que algumas condições da política norte-americana, à época, tenham influenciado a referida decisão.

Naquele julgamento, tratou-se de um *writ of mandamus* apresentado por Willian Marbury, para ver reconhecido o seu direito ao cargo de juiz de paz, para o qual houvera sido nomeado pelo Presidente John Adams, mas cuja entrega do título de investidura fora recusado

---

[54] HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 578.

[55] Ibidem, p. 578.

[56] Segundo Nowak e Rotunda, "the first source of historical inquiry has been the English precedents for the judicial review and the colonial experience. There is the widely quoted statement of Lord Chief Justice Edward Coke in Dr. Bonham´s case: ´When an Act of Parliament is against common right and reason, the common law will control it and adjudge such Act to be Void´. But there is also no solid historical basis for finding any form of judicial review in British judicial practice." (NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional Law**. St. Paul: Est Publishing Co., 1991, p. 11).

[57] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105.

pelo Secretário de Estado, James Madison, por determinação do novo Presidente Thomas Jefferson.[58]

Marshall, então, consignou, inicialmente, que Marbury tinha o direito subjetivo à investidura no cargo para o qual houvera sido legitimamente nomeado e que, em sendo assim, deveria haver um remédio processual apto a assegurá-lo. Afirmou, ainda, ser o *writ of mandamus* um meio processual hábil para restabelecer a legalidade, sendo que os atos do Poder Executivo, ressalvadas as *political questions*, eram passíveis de controle jurisdicional.[59]

Apesar de ter concluído, no caso, pela incompetência da Suprema Corte para a expedição da ordem pleiteada, em razão da inconstitucionalidade da lei que lhe conferia essa atribuição,[60] Marshall extrai como decorrência lógica da ideia de Constituição escrita a necessidade de se afastarem leis ou atos normativos contrários ao texto constitucional, sustentando, também, que essa função seria a *essência do poder judicial*.[61]

Marshall, na verdade, retoma a argumentação de Hamilton, apresentando a interpretação judiciária da lei como exigência sistemática das Constituições escritas. A seu ver, a Constituição escrita requer, por lógica, uma autoridade dotada de força necessária para interpretá-la e zelar pelos seus fundamentos, controlando os atos dos Poderes que dependem de sua existência e emanam dela.[62]

Pode-se dizer que, no referido julgamento, foram sintetizados os principais fundamentos teóricos do modelo estadunidense de controle judicial de constitucionalidade. O primeiro, a supremacia constitucional, reiterada na previsão contida na Constituição norte-americana de que seria ela própria, a Constituição, o texto escrito que contém a lei suprema dos Estados Unidos.[63]

Em segundo lugar, o exercício da jurisdição constitucional pelos órgãos de jurisdição ordinária – o controle difuso –, sendo a interpretação do Judiciário preponderante sobre os demais Poderes. A esse respeito, afirmam Gilmar Mendes e Paulo Branco que:

---

[58] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evo**lução**. São Paulo: Saraiva, 2010p. 112.
[59] Ibidem, p. 112.
[60] Ibidem, p. 112-113.
[61] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.
[62] HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 106.
[63]Como reforça Griffin: "article VI of the United States Constitution proclaims it to be 'the supreme law of the land'. This signals the primary characteristics of American constitutionalism. It is based on a written document that is the fundamental law of the republic. These two characteristics are reinforcing - The Constitution of 1787 can be law because it is not based on oral tradition or a fragmentary written record. It is established all of a piece at a definite time and place." (GRIFFIN, Stephen M., **American Constitucionalism: from theory to politics.** New Jersey: Princeton University Press, 1998, p. 11).

> O caso *Marbury v. Madison* reclama superioridade para o Judiciário, argumentando, essencialmente, com a idéia de que a Constituição é uma lei e que sua essência é ser um documento fundamental e vinculante. Desenvolve a tese de que interpretar as leis insere-se no âmbito das tarefas próprias do Judiciário. Em caso de conflito entre dois diplomas, o juiz deve escolher, segundo a técnica aplicável, aquele que haverá de reger a situação levada a julgamento. Cabe, por isso, ao Judiciário, diante das hipóteses de conflito entre uma lei infraconstitucional e a Constituição, aplicar esta última e desprezar a primeira. Afinal, como todos os Poderes Públicos devem-se sujeitar à Constituição, e uma vez que incumbe ao Judiciário a tarefa de interpretar em derradeira instância a Constituição, os atos dos demais Poderes podem ser anulados por decisão do Judiciário, na qualidade de intérprete máximo da Constituição[64]

Finalmente, em terceiro lugar, a nulidade da lei inconstitucional, que tem a sua invalidade meramente declarada pelo Poder Judiciário, operando-se, portanto, efeitos retroativos (*ex tunc*). Como afirma Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

> [...] a decisão judicial de controle de constitucionalidade das leis é por natureza declaratória, pois simplesmente reconhece judicialmente a inconformidade do ato normativo com o texto constitucional. Conseqüência óbvia é que tal decisão possui eficácia retrooperante (ex tunc), desfazendo tudo quanto foi realizado sob a égide da norma impugnada.[65]

Embora a Suprema Corte só tenha voltado a julgar uma lei incompatível com a Constituição cinco décadas depois, em 1857, no caso *Dred Scott v. Sandford*, não se pode negar que a partir de *Marbury v. Madison*, começou a ganhar forma o que, atualmente, se denomina jurisdição constitucional.[66]

2.1.3 O controle concentrado de constitucionalidade e a doutrina de Kelsen

Apesar de a ideia de Constituição que prevaleceu nos Estados Unidos não ser radicalmente diferente daquela concebida na Europa, durante a Revolução Francesa, o fato é que determinadas circunstâncias impossibilitaram a adoção do *judicial review* para a grande maioria dos países europeus.[67]

---

[64]MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60-61.
[65]CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 327.
[66] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 27.
[67] Ibidem, p. 43.

Além de razões institucionais, de um lado, decorrentes da forma de estruturação do sistema judicial na Europa – como a dualidade ou pluralidade de estruturas judiciais e a ausência de mecanismos de uniformização das questões constitucionais, a exemplo do *stare decisis* praticado nos Estados Unidos –, a defesa do princípio monárquico, o culto à lei, uma concepção peculiar da separação dos poderes e outras questões circunstanciais do constitucionalismo europeu do século XIX contribuíram para a rejeição do modelo de jurisdição constitucional norte-americano na Europa.[68]

Se, nos Estados Unidos, a tradição do *common law* militava em favor da independência e harmonia dos Poderes, reconhecendo-se ao Judiciário a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade das leis, na Europa, de outro lado, a ausência de uma Constituição escrita, na Inglaterra, e do apreço social pela jurisdição, na França, deram origem a uma interpretação restritiva da separação dos poderes, impedindo a consagração da supremacia da Constituição.[69]

Rigorosamente, a primeira Constituição europeia que contemplou um sistema de controle de constitucionalidade concentrado foi a Constituição austríaca de 1920.[70] Ao contrário do sistema de controle de constitucionalidade estadunidense, significativamente influenciado pelo elemento histórico, o sistema de controle de padrão europeu pode ser caracterizado como uma construção de cunho eminentemente racional, de modo que a relação entre o surgimento do sistema europeu e o advento da Constituição austríaca de 1920 contou com amplo respaldo doutrinário, no qual teve papel decisivo a proposição teórica de Hans Kelsen.[71]

Kelsen assenta o controle de constitucionalidade no princípio da supremacia da Constituição e na rigidez de suas disposições, que é sua consequência lógica, mas afasta da

---

[68] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46.

[69] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128-129.

[70] "O modelo austríaco de jurisdição constitucional concentrada, embora tendo sido adotado na então Tchecoslováquia (1921) e na Espanha (1931), só veio a experimentar notável expansão a partir do segundo pós-guerra, com sua assimilação por diversos países da Europa continental como Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960), Turquia (1961) e na então Iugoslávia (1963). As décadas de setenta e oitenta assistem a um novo boom de Tribunais Constitucionais, com sua instituição na Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982) e Bélgica (1984). Mais recentemente, nas duas últimas décadas do século XX, foram implantadas Cortes Constitucionais em antigos países da cortina de ferro, no Leste Europeu, como Polônia, República Tcheca, Hungria, e em países africanos, como Argélia e Moçambique." (BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 40).

[71] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolu**ção**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137.

supremacia constitucional qualquer influência jusnaturalista, desenvolvendo o tema dentro de um contexto dogmático, relativo à estruturação hierarquizada da ordem jurídica.[72]

O sistema de controle abstrato de constitucionalidade é marcado pela separação orgânica das jurisdições legal e constitucional[73], de modo que passa a jurisdição constitucional a ser exercida privativamente por um único órgão, autônomo e não integrado ao Poder Judiciário[74], em um modelo compatível com a cultura jurídica romano-germânica. Haveria, portanto, o monopólio do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, sendo que essa concentração do poder de controle em apenas um órgão evitaria, na visão de Kelsen, a disparidade de decisões.

Além disso, Kelsen parte da premissa de que não se deveria atribuir a missão de controlar a conformidade das leis à Constituição aos órgãos diretamente envolvidos no processo legislativo, do que resultava, também, uma natural tendência em direção a um modelo de controle jurisdicional-repressivo.[75] Como consigna Kelsen nesse ponto:

> Não há hipótese de garantia da regularidade em que possa ser maior a tentação de confiar a anulação dos atos irregulares ao próprio órgão que os produziu do que a da garantia da Constituição. E, em nenhum caso, esse procedimento seria, precisamente, mais contra-indicado. Com efeito, a única forma em que se poderia vislumbrar, em certa medida, uma garantia eficaz da constitucionalidade (declaração de irregularidade por um terceiro órgão e obrigação do órgão autor do ato irregular de anulá-lo) é impraticável nesse caso, porque o Parlamento não pode, por natureza, ser obrigado de modo eficaz [...] Portanto, não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.[76]

Carl Schmitt, um dos grandes críticos de Kelsen quanto ao Tribunal Constitucional, entendia que a função de guardião da Constituição deveria caber exclusivamente ao chefe de Estado, inclusive porque eleito diretamente pelo povo. Segundo Schmitt, atribuir ao Tribunal

---

[72] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolu**ção**. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 139-140.
[73] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 42.
[74] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 222.
[75] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolu**ção**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142.
[76] KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 150.

Constitucional a defesa da Constituição implicaria em uma politização do Poder Judiciário, destruindo-se o Estado de Direito.[77]

Kelsen, contudo, defende que o Tribunal deve constituir-se em um poder político independente de todos os demais poderes. E quanto à objeção relacionada à soberania do Parlamento, afirma que

> [...] a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais e das autoridades administrativas, que a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação, e que, por conseguinte, o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração."[78]

A solução kelseniana procura, ainda, responder às objeções suscitadas em virtude do princípio da separação dos poderes. Conforme o pensamento de Kelsen, a função legislativa e a função jurisdicional têm como diferença o grau de concretude das normas que produzem. Assim, a atividade legislativa se caracterizaria por ser uma atividade de produção de normas de caráter geral diretamente subordinada ao texto constitucional, enquanto a atividade jurisdicional teria por característica a produção de normas concretas submetida diretamente às leis. [79]

Nesse ponto, assevera Kelsen que:

> A função da denominada jurisdição é muito mais constitutiva, criadora de direito, na verdadeira acepção da palavra. Pois existe uma situação de fato concreta, ligada a uma específica consequência jurídica, e toda essa relação é criada pela sentença judicial. Assim, como ambas as situações de fato são ligadas nas relações do geral pela lei, assim deverão estar unidas, na relação do individual, pela sentença judicial. Por isso é que a sentença judicial é uma norma jurídica individual, uma individualização ou concretização da norma geral ou abstrata [...][80]

Na realidade, a direta vinculação ao texto constitucional e a generalidade ínsita aos atos normativos que produz caracterizariam a atividade exercida pelo Tribunal Constitucional como legislativa. Para Kelsen, a fiscalização da constitucionalidade não seria função própria do Judiciário, constituindo antes uma espécie de função constitucional autônoma, de certo

---

[77]SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder:** uma nova teoria da divisão dos poderes. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 127.

[78] KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 151.

[79] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50.

[80] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 136.

modo comparável a uma atividade legislativa em sentido negativo, pelo que necessária, então, a criação de um Tribunal Constitucional autônomo[81] e independente em relação aos demais órgãos estatais.[82]

Elival da Silva Ramos ressalta que o monopólio da jurisdição constitucional em um órgão que, para Kelsen, tinha a natureza para-legislativa, está também associado à peculiar concepção do sistema sancionatório do vício de inconstitucionalidade, que, de acordo com a proposta kelseniana, não admitia senão a categoria da anulabilidade.[83]

Com efeito, para Kelsen, a lei inconstitucional seria válida até a sua anulação pelo processo próprio e pelo órgão competente, nos termos previstos pela Constituição. A inconstitucionalidade, assim, é o pressuposto para a aplicação de uma sanção, que é a retirada da lei do ordenamento jurídico. Se no sistema norte-americano a decisão que proclama a inconstitucionalidade tem natureza declaratória, com efeitos retroativos e restritos às partes, no sistema europeu essa decisão, então, teria conteúdo constitutivo, com efeitos prospectivos e extensíveis a todos os casos a que a lei se referisse (*erga omnes*).[84]

O modelo de Tribunal Constitucional proposto por Kelsen, como órgão independente dos demais poderes e incumbido de exercer, por via direta e concentrada, a jurisdição constitucional, foi largamente adotado, não apenas na Europa, como em diversos outros países, inclusive nos que não foi expressamente consagrado, como no caso do Brasil, como se verá no capítulo seguinte.

2.1.4 A jurisdição constitucional e a separação de Poderes

Identificam-se, na evolução da jurisdição constitucional, três fases. Na primeira, das origens do Reino Medieval à Revolução franco-americana, a Constituição se limitava a

---

[81] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 68.

[82]Carl Schmitt sustenta que as violações à Constituição podem ser solucionadas ou por meio de um poder político máximo, superior aos demais – "*o senhor soberano do Estado*" -, ou por meio de um poder especial neutro (*pouvoir neutre et intermédiaire*), que, ao lado dos outros poderes, com eles se relacionaria e equilibraria, em coordenação, na linha do *pouvoir neutre* proposto por Benjamin Constant (SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006).

[83] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 146.

[84]BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 36-37.

pactos, costumes e modos de acomodação a conflitos, sem que se tenha chegado a um Direito próprio.[85]

Já nas revoluções liberais, invocou-se a aptidão do Direito, enquanto produto da racionalidade humana, para reger também, de forma autônoma, o Estado e a vida política. Como visto, é a ideia do Direito para limitar o Estado e a política, por meio de uma Constituição que, de alguma forma, provenha autonomamente de representação nacional.[86]

Na sequência, na segunda década do século XX, começa a delinear-se a terceira fase. Com a revolução kelseniana, tem-se um ordenamento jurídico piramidal e escalonado, estruturado em bases rigorosamente lógicas, sendo que a Constituição passa a ser o ápice, em cujo texto todas as demais normas passam a encontrar validade. Desde então, o controle de constitucionalidade e seus instrumentos, ou seja, a jurisdição constitucional, deixa de ser vista como uma "*excentricidade estadunidense*", tornando-se o núcleo da nova concepção do sistema constitucional.[87]

A partir do século XX, ainda, como reação ao liberalismo clássico e ao individualismo, assistiu-se ao avanço do intervencionismo estatal, com a mudança dos paradigmas liberais para uma atuação mais ativa do Estado, não mais como mero garantidor de direitos, mas sim como instrumento de efetivação de direitos fundamentais.

Com essa mudança do "*arquétipo estatal*", foram influenciadas diretamente a configuração do Poder e a forma de seu exercício, sobretudo em relação à jurisdição constitucional.[88] O advento do chamado Estado-Providência (*Welfare State*) ou Estado intervencionista traz uma alteração de foco, principalmente sob o aspecto da existência de uma crise de eficiência do Poder Legislativo, aliada à atuação mais célere do Poder Executivo, tanto na atuação legislativa, como na tomada de medidas administrativas.

Assim, o Estado social-democrático, em contraposição ao Estado absenteísta do liberalismo, é um Estado atuante, que a tudo provê e que em tudo intervém. Esse intervencionismo estatal se verifica, especialmente, por meio das funções de governo, legislativa e administrativa.[89]

---

[85] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder – uma nova teoria da divisão dos poderes**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 115.
[86] Ibidem, p. 115-116.
[87] Ibidem, p. 116-117.
[88] Roger Stiefelmann Leal lembra, a propósito, que "a significativa alteração no papel da lei e a nova onda de textos constitucionais ocorridas, principalmente, na segunda metade do século XX, forneceram aos titulares da jurisdição constitucional os instrumentos necessários à imposição de sua supremacia no cenário político-institucional do Estado." (LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 76).
[89] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270.

Em contrapartida ao aumento de leis e medidas administrativas, houve um correlato e indissociável crescimento na atuação do Poder Judiciário – a quem cabe, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes –, de modo que os mecanismos de controle exercidos pelo Poder Judiciário passaram a assumir papel fundamental no sistema de freios e contrapesos. Como consigna Jorge Miranda:

> O princípio da separação de poderes vai, pois, permanecer como princípio de organização óptima das funções estatais, de estrutura orgânica funcionalmente adequada, de legitimação para a decisão e de responsabilidade pela decisão. Daí uma dimensão positiva, a par de uma dimensão negativa, de controlo e limitação de poder. E, consequentemente, reconhece-se a necessidade de um núcleo essencial de competência de cada órgão, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza de competência de que se trata.[90]

Pois bem. Analisando-se essa evolução, constata-se que o princípio da separação de poderes também a acompanhou. Cezar Saldanha Souza Júnior, inclusive, faz referência à evolução da divisão dos poderes – com sua consequente especialização – como uma atual *hexapartição*[91] de poderes.[92]

Sobre a origem do princípio,

> [...] apontam-se como idealizadores Aristóteles, Locke e, principalmente, Montesquieu. A leitura dos respectivos textos indica que nenhum desses pensadores esboçou um esquema de organização estatal semelhante à separação de poderes orgânica e funcional que se conhece atualmente. Na verdade, esse esquema foi elaborado gradativamente na experiência institucional das revoluções de finais do século XVIII que levaram à criação das primeiras Constituições rígidas e escritas nos EUA e na França.[93]

De fato, vê-se que, inicialmente, até o início do século XVIII, a função judicial na Inglaterra estava inserida no Poder do Rei – o poder executivo *lockeano*. A partir do Ato do

---

[90] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional - Constituição**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 385.

[91] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder – uma nova teoria da divisão dos poderes**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 135.

[92] Segundo o autor, "o chefe de Estado e o Tribunal Constitucional, claramente, atuam no domínio dos fins últimos do Estado, definidos exclusivamente em nível constitucional, por via de normas jurídicas que, se de um lado necessitam de concretização, de outro gozam de supremacia diante das demais normas do ordenamento. Os demais quatro poderes, Parlamento e Governo, Judiciário e Administração, movimentam-se em domínios teleológicos que, embora fundados nos fins últimos do Estado, são propostos, formulados e executados em nível infraconstitucional." (ibidem, p. 136).

[93] DIMOULIS, Dimitri. Separação dos Poderes. In: DIMOULIS, Dimitri. (Org.) **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007. p. 347.

Estabelecimento de 1701, declarou-se a independência do Judiciário, dando-se início, então, à fase da tripartição dos poderes.[94]

Na obra "*O Espírito das Leis*", publicada por Montesquieu, em 1748, a ideia de separação dos poderes é colocada como forma de garantir a liberdade e controlar o poder absolutista. Segundo Montesquieu:

> Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.[95]

Portanto, com base na experiência histórica inglesa e nas ideias de pensadores como Locke e Bolingbroke, Montesquieu indica como elementos necessários do modelo institucional de sua teoria: *i)* dividir o poder estatal entre os três órgãos existentes (Rei, Parlamento e Juízes); *ii*) atribuir a cada um deles uma das três funções em que se poderia classificar a política (funções executiva, legislativa e judicial); e *iii*) da forma mais separada ou pura possível, posicionar os três órgãos em um quadro de relações recíprocas, reforçado por mecanismos adicionais de travamento – a independência e a harmonia.[96]

No modelo clássico de separação dos poderes, os poderes deveriam estar separados funcionalmente e organicamente, sem qualquer hierarquização entre eles, [97] sendo que a lei – figura essencial daquele sistema político – constituía parâmetro inafastável do poder de julgar, ou seja, a atividade jurisdicional estava estritamente subordinada aos comandos normativos inscritos na lei.[98]

Embora Montesquieu tenha conferido ao poder de julgar o *status* de um dos poderes do Estado, constata-se que foi atribuído ao Judiciário, na fórmula tripartite, um caráter secundário. Tanto é assim que ao se referir ao Poder Judiciário, Montesquieu afirma que "dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo. Só sobram dois; e, como

---

[94] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder – uma nova teoria da divisão dos poderes.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 60-61.
[95] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 168.
[96] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder – uma nova teoria da divisão dos poderes.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 64-65.
[97] Ibidem, p. 67.
[98] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32.

precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta por nobres é muito adequada para produzir este efeito."[99]

Contudo, seguindo a evolução relatada no início deste tópico, o poder de julgar adquiriu uma nova roupagem com o advento do Estado Constitucional, distinta daquela esboçada na teoria de Montesquieu. O órgão a que se atribui o poder de fazer o juízo definitivo a respeito da constitucionalidade das leis e, portanto, da interpretação do texto constitucional, passou a ter certa primazia sobre os demais órgãos estatais.[100]

Com efeito, na jurisdição constitucional, tem-se um poder de julgar acima das leis, ou seja, uma jurisdição que tem como parâmetro um conjunto de normas de hierarquia superior denominado Constituição, o que, por certo, promove uma alteração no relacionamento entre os poderes, produzida em razão dessa nova função estatal. [101]

Não se pode negar que o surgimento da jurisdição constitucional acirrou as tensões com os demais poderes do Estado. No modelo estadunidense do *judicial review*, em que pesem as tensões havidas entre a Suprema Corte e os demais poderes do Estado em decorrência do exercício da jurisdição constitucional, pode-se considerá-las abrandadas devido ao caráter concreto e incidental do controle exercido.[102] No caso dos Tribunais Constitucionais, como a atuação sobre a censura em abstrato, com eficácia *erga omnes*, de um ato normativo que, em regra, conta com a concordância do Legislativo e do Executivo, o conflito aparece ainda mais destacado.

Ocorre, contudo, que esse tensionamento é, na verdade, natural ao próprio sistema. Se, no modelo clássico proposto por Montesquieu, a rigidez do sistema parece absoluta em um primeiro momento – no sentido de que cada Poder desempenha apenas e tão somente uma única função –, um estudo mais aprofundado evidencia que, na realidade, o preceito absoluto diz respeito à atividade preferencial e primeira daquele Poder.[103]

Nessa mesma linha, segue Dalmo de Abreu Dallari:

> A primeira crítica feita ao sistema de separação de poderes é no sentido de que ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. A análise do comportamento dos

---

[99] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 172.
[100] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 33.
[101] Ibidem, p. 33.
[102] Ibidem, p. 71.
[103] BEÇAK, Rubens**.** A separação de poderes, o Tribunal Constitucional e a Judicialização da Política. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,** São Paulo, v. 103, p. 328.

> órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração.[104]

Bem vistas as coisas, o que se percebe é que a essência do princípio da separação dos poderes é a prevalência das conexões recíprocas e controles mútuos entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – ou seja, a teoria dos *checks and balances*, resultado do aperfeiçoamento do modelo clássico, ocorrido nos Estados Unidos.[105] A ideia de controle, de fiscalização e de coordenação dos Poderes é o eixo em torno do qual, hoje, gira a reflexão sobre o mencionado princípio.[106]

Nesse aspecto, se o princípio da separação dos poderes consagrado nas Constituições democráticas contemporâneas se filia, historicamente, ao modelo concebido sob a inspiração do liberalismo, ele só pode ser compreendido imbricado a um determinado sistema constitucional. Isso porque não apenas as funções estatais se alteram em razão da concepção das próprias finalidades do Estado, como também o número de órgãos constitucionalmente previstos varia em razão das atividades a serem desempenhadas.[107]

Como bem ponderou Loewenstein,

> [...] a separação de poderes nada mais é do que a forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar mutuamente o exercício do poder político. O que se costuma, ainda que equivocadamente, designar como separação dos poderes estatais é, na realidade, a distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado.[108]

A observância da separação dos poderes, assim, importa na atuação dos órgãos do Judiciário nos exatos limites da função jurisdicional que lhes foi confiada e para cujo exercício foram estruturados. Como afirmou o Ministro Celso de Mello no julgamento do Mandado de Segurança 23.452/RJ, quando se discutia o papel do Poder Judiciário em relação

---

[104] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 221-223.

[105] HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 418-419.

[106] PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional:** o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. São Paulo: LTr, 2008, p. 61.

[107] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 114.

[108]No original: "la separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder politico. Lo que corentemente, aunque eroneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado." (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976, p. 55).

às Comissões Parlamentares de Inquérito, a jurisdição, por óbvio, não transgride o princípio da separação dos poderes, desde que "*pautada pelo respeito à Constituição*."[109]

Disso decorre, portanto, a necessidade de se perquirir quais são, em linhas gerais, os limites e as estruturas existentes no atual sistema de controle brasileiro. É o que se pretende no capítulo seguinte.

[109] MS 23.452/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000.

3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Antes de analisar as principais características do atual sistema de controle, para traçar um panorama do modelo brasileiro, é necessário rever, ainda que brevemente, a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil até o advento da Constituição Federal de 1988.

A primeira Constituição brasileira, de 1824, era hostil a um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, fosse ele preventivo ou repressivo. Embora contasse, de um lado, com disposições dotadas de rigidez, e, de outro, com um Poder Judiciário incumbido de aplicar a lei aos casos concretos, a doutrina jamais lhe reconheceu o poder de afastar a aplicação de normas legisladas em razão de conflito com a Constituição.[110]

A razão dessa ausência de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das leis no Brasil Imperial deve ser buscada na concepção francesa, e também na do *rule of law* inglês, de supremacia do Parlamento[111] e dos seus atos.[112]

Ao Poder Legislativo, de um lado, foi outorgada tanto a atribuição de "*fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las*", como a de "*velar na guarda da Constituição*" (art. 15, n. 8º e 9º).[113] De outro lado, além da pujança da Assembleia Geral e do Poder Moderador, no contexto das instituições imperiais, que se antepunha ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis[114], havia, ainda, o amesquinhamento do próprio Poder Judiciário[115], decorrente tanto de brechas deixadas pela Constituição de 1824 no desenho da instituição como Poder de Estado, como da aplicação distorcida de suas normas.[116]

---

[110] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 178.

[111] A respeito da supremacia do Parlamento, Pimenta Bueno afirmava que "só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins." (BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Brasília, Senado Federal, 1978, p. 69).

[112] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181.

[113] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1093.

[114] Como observa Clèmerson Merlin Cleve, "[...] não foi apenas o dogma da soberania do Parlamento que impediu a emergência da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade no Império. O Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador exercia uma função de coordenação; por isso, cabia a ele (art. 98) manter a 'independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes'. Ora, o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador, 'chave de toda a organização política' nos termos da Constituição, praticamente inviabilizou o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Judiciário. Sim, porque, nos termos da Constituição de 1824, ao Imperador cabia solucionar os conflitos envolvendo os Poderes, e não ao Judiciário." (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 63-64).

[115] Pela Constituição Imperial, as funções do Supremo Tribunal de Justiça assemelhavam-se a uma Corte de Cassação (art. 164), limitadas, portanto, a um controle de legalidade de decisões provinciais. (COITINHO, Jair

Assim, apesar de ter existido forma de controle de constitucionalidade das leis sob o domínio da Constituição de 1824, a exemplo do controle político preventivo que cabia ao Imperador, no exercício do Poder Moderador, o fato é que a jurisdição constitucional, no seu aspecto nuclear, foi estabelecida apenas com a proclamação da República.[117]

Com efeito, o advento da República trouxe importantes alterações no plano institucional e aproximou o nosso constitucionalismo do sistema constitucional de matriz norte-americana, destacando-se, nesse ponto, a notável influência de Rui Barbosa, principal redator da Carta de 24 de fevereiro de 1891.[118]

Na denominada Constituição Provisória de 1890, ao ser regulada a competência do Supremo Tribunal Federal, admitiu-se a possibilidade de ser examinada a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público (art. 58, §1º, *a* e *b*). Ainda naquele ano, o Decreto n. 848, que organizou a Justiça Federal, determinou que a intervenção da magistratura só ocorreria em espécie e por provocação da parte, consagrando, assim, o sistema de controle por via de exceção.[119]

A Constituição de 1891 reproduziu o que previa a Constituição Provisória de 1890, consagrando, ainda que indiretamente, a possibilidade de a magistratura nacional recusar a aplicação de leis inconstitucionais, ao reconhecer a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças dos Estados, em última instância,

> [...] quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela, ou quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas (art. 59, §1º, a e b).[120]

Em clássico trabalho sobre o sistema de controle jurisdicional delineado pela Constituição de 1891, Rui Barbosa apontou as características do referido sistema, afirmando, inicialmente, um dos seus pilares, que era o controle difuso[121], e afastando, assim, qualquer

---

Pereira. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil do Império à República: protagonismo do STF antes de 1988? In: **TEMAS do Pensamento Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Arraes, 2015, v. IV, p. 75-85.

[116] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 182.

[117] Ibidem, p. 183.

[118] Ibidem, p. 184.

[119] BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. In: **O PODER Judiciário *e a* Constituição**. Porto Alegre: Ajuris, 1977, p. 129-149.

[120] MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade:** comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

[121] BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro, 1958 (Trabalhos Jurídicos, Obras completas de Rui Barbosa), v. XX, Tomo V, p. 69.

incursão no campo de um controle abstrato de normas.[122] Assentou, ainda, que se cuidava de uma fiscalização incidental, concreta e subjetiva, com decisão de eficácia restrita às partes em litígio, sintetizando, ao final, todas as regras em uma só: "*a inaplicabilidade do ato inconstitucional do poder executivo, ou legislativo, decide-se, em relação a cada caso particular, por sentença proferida em ação adequada e executável entre as partes*."[123]

Na sequência, a Lei 221, de 1894, trouxe disposição normativa expressa, no sentido de atribuir aos juízes e tribunais o dever (poder) de recusar a aplicação de leis e regulamentos contrários à Constituição. Estava, assim, definitivamente incorporado ao direito pátrio um sistema de controle da constitucionalidade das leis de natureza jurisdicional e repressiva, calcado inteiramente no sistema-padrão estadunidense.[124]

Veja-se que, da combinação entre difusão e incidentalidade, decorria consequência relevante quanto à identificação da sanção de invalidade cominada para as leis e atos normativos ofensivos à Constituição: essa sanção só poderia ser a de nulidade.[125]

Suprimida a Constituição de 1891 pela Revolução de 1930, veio a Constituição de 1934, que manteve, em linhas gerais, o sistema de matriz estadunidense introduzido no início da República. Assim é que se deferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para "*julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância quando se questionar sobre a vigência ou a validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada*" e "*quando se contestar a validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnados*" (art. 76, n. 2, III, *b* e *c*). Se a matéria constitucional fosse objeto de decisão por juízes ou tribunais federais, caberia, então, recurso ordinário ao Supremo, nos termos do art. 76, n. 2, II, *a*, combinado com o art. 79, parágrafo único, da Carta de 1934.[126]

De outra parte, a inscrição do mandado de segurança no rol de garantias individuais da referida Constituição contribuiu, indiretamente, para a efetiva difusão do controle

---

[122] Nesse ponto, afirma Rui Barbosa que "se a interpretação constitucional não está em litígio, os atos do Congresso, ou do executivo, não são discutíveis perante os tribunais. O primeiro requisito é este [...] É a primeira defesa contra a hipótese de conflito entre os poderes, de assunção pela justiça de atribuições peculiares aos outros dois." (ibidem, p. 115).

[123] Ibidem, p. 119.

[124] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 187.

[125] Idem. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a constituição de 1988. Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 66.

[126] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 189.

jurisdicional de constitucionalidade, na medida em que foi configurado como instrumento voltado à "defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade" (art. 113, n. 33).[127]

A Constituição de 1934 marca também a ruptura do consenso que até então existia quanto à excelência do modelo de fiscalização de padrão estadunidense, sobretudo diante da insegurança jurídica gerada por contínuas flutuações de entendimento dos tribunais, que jamais estancavam o debate em torno da constitucionalidade do ato legislativo questionado.[128] Inseriu, nesse contexto, regra semelhante ao *full bench* do direito norte-americano, ao prever, em seu artigo 179, que "só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público."

Além disso, a Constituição de 1934 consagrou a competência do Senado Federal para "suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário", emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 91, IV, e 96).[129]

Outra inovação relevante foi a representação interventiva[130], confiada ao Procurador Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos denominados princípios constitucionais sensíveis, consagrados em seu art. 7º, I, *a* a *h*. A referida ação condicionava a eficácia da lei interventiva à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.[131] Ainda não se tratava, entretanto, de controle direto de constitucionalidade de lei em abstrato, porque essa representação dizia respeito a caso concreto de intervenção federal e, portanto, a conflito federativo concreto.[132]

A despeito dessas importantes inovações, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade manteve os traços essenciais de um sistema de matriz estadunidense (atuação jurisdicional-repressiva, difusão e sanção de nulidade), continuando a operar pelo

---

[127] Ibidem, p. 189.
[128] Ibidem, p. 189.
[129] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1096.
[130] A respeito da representação interventiva, anota Celso Agrícola Barbi que "essa hipótese, como se percebe, contém um processo de controle de constitucionalidade que difere alguma coisa do sistema de declaração por via de ´exceção´, mas sem constituir também, tipicamente, uma declaração por via de ´ação´." (BARBI, Celso Agrícola**.** Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. In: **O PODER Judiciário e a Constituição.** Porto Alegre: Ajuris, 1977, p. 129-149).
[131] MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade:** comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.
[132] ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. In: **AS GARANTIAS do cidadão na Justiça.** São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1-14.

método incidental e, no plano jurisdicional, por meio de decisões com efeitos restritos às partes, muito embora se tenha instituído um controle político-repressivo de caráter complementar, capaz de gerar a suspensão da eficácia dos atos normativos reputados inconstitucionais na esfera judiciária.[133]

Com o golpe de Estado de 1937 e a outorga da Carta de 1937 – marcadamente autoritária, com a estruturação de um presidencialismo exacerbado –, operou-se verdadeiro retrocesso no instituto do controle.

Embora não tenha introduzido modificação no modelo difuso de controle, preservando-se, inclusive, a exigência de quórum especial para a declaração de inconstitucionalidade,[134] retirou-se do mandado de segurança a qualidade de garantia constitucional, relegando-o à legislação ordinária, a qual, por sua vez, excluiu do âmbito daquela ação os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores dos Estados.

Além disso, a Carta de 1937 permitiu ao Presidente da República uma espécie de revisão constitucional, dando-lhe poderes para tornar sem efeito a decisão que declarava determinada lei inconstitucional, sob o fundamento, altamente subjetivo, de "bem estar do povo ou promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta" (art. 96, parágrafo único).[135]

Dessa forma, como bem observa Themistocles Brandão Cavalcanti, de 1937 a 1945, apesar das reformas dos Códigos de Processo, o mecanismo judiciário não se aperfeiçoou e o controle de constitucionalidade sofreu as limitações do regime autoritário e centralizado.[136]

Com o advento da Constituição de 1946, contudo, restaurou-se a tradição do controle judicial no Direito brasileiro, sendo mantidos, com algumas modificações, todos os princípios da Constituição de 1934. Houve, na verdade, uma maturação quanto às inovações constitucionais de 34, tendo sido disciplinadas, detalhadamente, as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, preservada a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200) e mantida a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo

---

[133] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 198.

[134] MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade:** comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

[135] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1100.

[136] CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 63.

Supremo Tribunal (art. 64).[137] O mandado de segurança foi novamente elevado à categoria constitucional, sendo admitido contra ato de qualquer autoridade, sem distinguir a sua hierarquia (art. 141, §24).[138]

Conferiu-se, ainda, nova conformação à chamada representação interventiva, dando-lhe ampla utilização. A verificação de constitucionalidade passou a ser feita em relação ao ato estadual contraventor, previamente à decretação da intervenção por lei federal. Atribuiu-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação de princípios constitucionais sensíveis.[139]

A experiência adquirida com a chamada representação interventiva preparou o terreno para a implantação do controle abstrato de normas, por meio da ação direta declaratória de inconstitucionalidade. A Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, introduziu, ao lado da representação interventiva e segundo o seu modelo, um sistema de controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal, destinado à aferição da constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais, por meio de processo instaurado por iniciativa do Procurador Geral da República (art. 101, n. 1, *k*).[140]

Enquanto a representação interventiva pressupunha uma alegação de ofensa a um princípio sensível e, portanto, um conflito específico entre a União e o Estado, a nova modalidade de controle tinha como objetivo a defesa geral da Constituição contra as leis inconstitucionais.[141]

A partir da entrada em vigor da EC nº 16/65, portanto, o sistema de controle brasileiro, em relação ao aspecto procedimental, passou a combinar a técnica da declaração incidental, em concreto, consagrada no sistema modelar estadunidense, com a da fiscalização em abstrato da constitucionalidade de leis e atos normativos, de inspiração europeia, na qual a questão de constitucionalidade é examinada de modo autônomo, desvinculada de qualquer litígio

---

[137] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1100.
[138] BARBI, Celso Agrícola. **Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil**. In: **O PODER Judiciário *e a* Constituição.** Porto Alegre: Ajuris, 1977, p. 129-149.
[139] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1100.
[140] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 93.
[141] Ibidem, p. 94.

específico, sendo o pedido de reconhecimento da invalidade do ato inconstitucional o objeto principal do processo.[142]

Gilmar Ferreira Mendes afirma que o controle abstrato de normas preenchia, nos modelos constitucionais de 1946, após a Emenda n. 16, de 1965, e na Constituição de 1967/69, uma função supletiva e uma função corretiva do modelo difuso, porque além de possibilitar a aferição direta da constitucionalidade de leis, permitia também a superação da insegurança jurídica decorrente da multiplicidade de julgados, por vezes, contraditórios.[143]

Já a Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade. Reproduziu praticamente todos os artigos da Constituição de 1946, no que diz respeito ao controle, e parte das inovações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965, omitindo-se apenas o dispositivo referente ao controle estadual. Persistiu a dominância da característica judiciário-repressiva, preservado o instituto do veto por inconstitucionalidade (art. 62, §1º), mantendo-se, também, a difusão, associada ao método incidental de controle, com o temperamento trazido pela presença da ação direta genérica declaratória de inconstitucionalidade.[144]

De igual modo, permaneceram os remédios constitucionais do *habeas corpus* e do mandado de segurança, mantida a amplitude obtida em 1946, além da ação popular (art. 150, §§20, 21 e 38). Permaneceu, ainda, quanto à declaração de inconstitucionalidade no âmbito dos Tribunais, a condição de eficácia do voto da maioria absoluta de seus integrantes (art. 111), também aplicável ao controle em via principal.[145]

Quanto ao sistema de controle de constitucionalidade, a Emenda Constitucional nº 1/69 manteve praticamente inalterada a redação originária da Constituição de 1967. Não se pode negar, entretanto, que o autoritarismo inerente ao regime constitucional de 67/69 impediu que o sistema de fiscalização jurisdicional-repressiva de constitucionalidade continuasse a se desenvolver no sentido da ampliação das hipóteses de atribuição de efeitos *erga omnes*, direta ou indiretamente, às decisões de controle, já que a maior eficiência do sistema poderia dar ensejo a embaraços no governo militar.[146]

---

[142] RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a constituição de 1988**. Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal. São Paulo: Almedina, 2012, p. 70.
[143] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 108.
[144] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 215.
[145] Ibidem, p. 216.
[146] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 220-221.

A restauração da democracia, na realidade, reclamava a substituição da Carta de 1967/69, que continha diversos preceitos autoritários e era alheia à evolução do constitucionalismo contemporâneo.[147]

3.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A ATUAL CONFIGURAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Fruto de uma extensa negociação política, foi promulgada, então, em 5 de outubro de 1988, a atual Constituição, que apresenta, em sua versão originária, as seguintes características: configuração essencialmente jurisdicional-repressiva; difusão da competência de controle por todo o aparato judiciário; combinação das técnicas de controle incidental e principal, operando a primeira em processos concretos/subjetivos, em contraposição à abstração e objetividade dos processos deflagrados por ADIs; variação da eficácia subjetiva das decisões de controle em função da modalidade utilizada, afetando apenas as partes em litígio se produzidas incidentalmente, mas gerando efeitos *erga omnes* se consistentes em declaração de inconstitucionalidade a título principal; e natureza declaratória da decisão de controle, que somente se habilita a operar a sanção de nulidade.[148]

Nessa configuração, foram ampliados de maneira significativa os mecanismos de proteção judicial e o controle de constitucionalidade das leis. Anna Cândida da Cunha Ferraz ressalta que a mais significativa inovação da Constituição de 1988 foi o alargamento do controle jurisdicional concentrado, com mais instrumentos de controle, mais legitimados para propor as ações de controle no Supremo Tribunal Federal, uma maior abrangência dos atos sujeitos ao controle, além de uma alteração do processo constitucional e, mais à frente, dos próprios efeitos do controle concentrado.[149]

Acrescentou-se à ação direta de inconstitucionalidade – ADI, agora com legitimação ampliada pelo art. 102, I, *a* – a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal – ADC, art. 102, I, *a*; a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF –, prevista no texto constitucional no art. 102, §1º, e disciplinada pela Lei 9.882, de 1999; a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO –, prevista no

---

[147] Ibidem, p. 224.

[148] Idem. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a constituição de 1988**. Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal. São Paulo: Almedina, 2012, p. 73-74.

[149] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. Inovações na jurisdição constitucional brasileira. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 16, p. 107-163, 2012.

art. 103, §2º; e, finalmente, a ação interventiva ou representação interventiva, já existente nas Constituições anteriores, destinada a possibilitar, por meio do Poder Judiciário, a intervenção naqueles Estados que não observarem os princípios constitucionais estabelecidos no art. 34, VII, *a* a *e*, ou recusarem execução de lei federal.[150]

Quanto à ação direta genérica declaratória de inconstitucionalidade, introduzida em nosso sistema pela EC n. 16/65 à Constituição de 1946, o Constituinte de 1988 estabeleceu, no art. 103 (incisos I a IX), amplo elenco de legitimados[151]. De acordo com o referido artigo, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade o Presidente de República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidades de classe de âmbito nacional.

Esse alargamento da legitimação para agir em sede de ação direta de inconstitucionalidade gerou, sem dúvidas, a multiplicação de decisões no âmbito do controle abstrato de normas, a par de uma maior efetividade do sistema, fruto da eficácia mais abrangente das decisões de controle.[152]

O Constituinte também se preocupou, claramente, com a omissão de atos legislativos ou administrativo-normativos indispensáveis à atribuição de eficácia plena a disposições constitucionais, de que cuidaremos especificamente, no próximo capítulo. Além do mandado de injunção, introduziu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no 2º, do art. 103, cuja propositura foi facultada aos mesmos legitimados para a ação direta por inconstitucionalidade comissiva.

Ainda no intuito de atribuir maior eficácia às decisões de controle proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em via principal, instituiu o Constituinte derivado, por meio da Emenda n. 3, de 1993, outra ação direta genérica, dessa vez pretendendo a declaração de constitucionalidade da lei ou do ato normativo. Nesse caso, porém, é necessário que haja controvérsia relevante a respeito da legitimidade da norma, e a ação somente pode versar sobre lei ou ato normativo federal, tendo sido a legitimação para agir equiparada ao rol de

---

[150] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. Inovações na jurisdição constitucional brasileira. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 16, p. 107-163, 2012, p. 112.

[151] Manoel Gonçalves Ferreira Filho anota que do rol dos legitimados, já se pode induzir o reconhecimento do caráter político desse controle (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228).

[152] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 232.

legitimados para as duas ações diretas genéricas, a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 2004.

Além disso, o parágrafo único do art. 102 da Constituição de 1988 acolheu mais um novo instituto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulada pela Lei 9.882, de 1999, para a tutela de preceitos fundamentais. A arguição foi configurada como um processo objetivo, cujos legitimados para a sua propositura seriam apenas os órgãos e entidades indicados no art. 103 da Constituição[153], cabendo quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição.

Representou, sem dúvidas, mais um passo para o fortalecimento do controle em via principal, já que se pretendeu atribuir ao instituto o perfil de autêntica ação direta de inconstitucionalidade subsidiária, utilizável em situações que até então ficavam à margem do controle abstrato de normas.[154]

A Lei 9.868, de 1999, por sua vez, estabeleceu a disciplina processual pela qual se devia pautar o controle abstrato de normas, trazendo algumas inovações importantes: a) a figura do *amicus curiae* nas ações diretas de inconstitucionalidade; b) a possibilidade de realização de perícias e audiências públicas, para esclarecimento da matéria ou circunstância de fato; c) a regulação quanto às medidas cautelares; e d) a restrição de efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade (cf. artigo 27, da Lei 9.868/1999), cuja constitucionalidade está sendo discutida no Supremo Tribunal Federal.[155]

Pode ser destacada, ainda, a alteração trazida pela EC 45/2004, quanto ao art. 102, §2º, que passou a prever que o efeito vinculante das "decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade", em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.[156]

Além disso, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, introduziu no texto constitucional a súmula vinculante, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal poderá, mediante decisão de dois terços de seus membros, aprovar súmula com efeito vinculante aos

---

[153] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 233-234.

[154] Idem. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a constituição de 1988**. Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal. São Paulo: Almedina, 2012, p. 75.

[155] Idem. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 235.

[156] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz**.** Inovações na jurisdição constitucional brasileira. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 16, p. 136, 2012.

demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, desde que haja controvérsia sobre a matéria constitucional.

A súmula vinculante, ao contrário do que ocorre no processo objetivo, decorre de decisões tomadas, em princípio, em casos concretos, no modelo incidental. Se a súmula vinculante, de um lado, potencializou os efeitos do controle incidental realizado pelo Supremo Tribunal Federal, de outro lado, o cabimento do recurso extraordinário foi limitado apenas às questões constitucionais com repercussão geral.[157]

Na realidade, portanto, o recurso extraordinário, que até a entrada em vigor da Constituição de 1988, era o mais relevante processo da competência do Supremo Tribunal Federal, foi, paulatinamente, assumindo outra forma.

De fato, esse recurso, que seguia o modelo do *writ of error* americano, podia ser interposto quando a decisão recorrida contrariasse dispositivo da Constituição, declarasse a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgasse válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e julgasse válida lei local contestada em face de lei federal (CF, art. 102, III, *a* a *d*).

Inicialmente, reduziu-se o âmbito do recurso extraordinário, com a transferência, para o Superior Tribunal de Justiça, da competência sobre os casos de confronto direto entre o direito estadual e o direito federal ordinário.[158]

Na sequência, a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, passou-se a exigir, no recurso extraordinário, a demonstração de repercussão geral da matéria constitucional discutida, como condição de admissibilidade do recurso (art. 102, §3º). O referido instituto foi posteriormente regulamentado pela Lei 11.418, de 2006, a qual definiu repercussão geral como a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (CPC, art. 1.035).

Desse modo, pode-se aqui registrar, sem dúvida, uma significativa alteração em relação ao controle incidental[159], na medida em que os recursos extraordinários passaram a

---

[157] RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a constituição de 1988**. Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal. São Paulo: Almedina, 2012, p. 83.

[158] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1112-1113.

[159] A esse respeito, FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A repercussão geral e a objetivação do controle concreto. In: MORAIS, Carlos Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (Org.). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra, Lisboa, São Paulo: Almedina, 2012. p. 193-208.

ter a sua admissibilidade analisada a partir da repercussão geral da matéria constitucional e, com isso, uma feição objetiva.[160]

Ainda com referência ao controle difuso-incidental, há que mencionar a ampliação do rol de ações constitucionais e o alargamento de seu espectro protetivo. Além dos remédios constitucionais previstos em Constituições anteriores – o mandado de segurança e o *habeas corpus* –, foram introduzidos novos instrumentos de reforço à proteção de direitos fundamentais: o mandado de segurança coletivo, o *habeas data*, o mandado de injunção, sobre o qual nos deteremos mais adiante, a ação popular e a ação civil pública, os quais fortalecem, sem dúvidas, o controle difuso e a proteção dos direitos fundamentais.[161]

Elival da Silva Ramos observa, ainda, que a tendência de adotar técnicas voltadas à atenuação dos efeitos deletérios do controle difuso-incidental prosseguiu na Constituição de 1988, restando mantida a competência do Senado para editar resoluções suspensivas da execução de leis declaradas inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle concreto e incidental.[162]

Em linhas gerais, essa é a configuração do atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Um sistema essencialmente jurisdicional-repressivo e, sob o aspecto orgânico ou de distribuição da competência de controle, difuso[163], embora a sua evolução, como visto, demonstre certa valorização da via principal e abstrata de controle, ao lado das variadas formas pelas quais vem se procurando dotar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal *incidenter tantum* de efeitos gerais.[164]

Na realidade, o nosso sistema de controle, como sistema de caráter difuso, convive, necessariamente, com a incidentalidade, mas se verifica, a exemplo do que ocorre nos sistemas de padrão estadunidense estruturados em ordenamentos filiados ao *civil law*, a tendência de adotar, igualmente, o controle principal, mantendo-se inalterada a via incidental. O objetivo nessa associação de métodos é, de um lado, uniformizar as decisões sobre

---

[160] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1113.
[161] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. Inovações na jurisdição constitucional brasileira. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 16, p. 142-143, 2012.
[162] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 229.
[163] Ibidem, p. 245.
[164] Idem. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a constituição de 1988**. Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal. São Paulo: Almedina, 2012, p. 84-85.

constitucionalidade das leis (eficiência qualitativa) e, de outro lado, conferir uma abrangência maior à fiscalização (eficiência quantitativa).[165]

[165] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 250-251.

4 A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

4.1 O CONCEITO DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

A doutrina, há muito, não diverge quanto à ideia de que a inércia dos poderes públicos pode implicar no descumprimento da Constituição. Veja-se, nesse sentido, a preocupação de Loewenstein[166] com a questão da omissão inconstitucional, assim como, entre nós, de Anna Cândida da Cunha Ferraz, em pioneiro estudo sobre a matéria, no qual dirige à Constituinte, a partir do relato de casos ocorridos no direito brasileiro, propostas para o controle mais eficaz da inércia dos poderes constituídos.[167]

A premissa fundamental para o reconhecimento da omissão inconstitucional é a superioridade hierárquica formal e material das normas constitucionais, bem como a clara distinção entre Poder Constituinte e Poder Constituído. Com efeito, é da prevalência da Constituição em face da lei, assim como da subordinação do Poder Constituído ao Poder Constituinte, que decorre a *domesticação normativa* do legislador, ou seja, a sua obrigação de cumprir as imposições materiais da Constituição.[168]

Assim, a partir da exigência de conformidade dos atos normativos à Constituição, pode-se constatar que o legislador descumpre a Constituição tanto quando faz o que ela proíbe, como quando não faz o que ela determina.[169] Enquanto a inconstitucionalidade por ação é positiva, porque se traduz na prática de ato violador à norma constitucional, a inconstitucionalidade por omissão é inconstitucionalidade negativa, consequência da inércia do poder político, que deixa de praticar determinado ato imposto pela Constituição.[170]

A omissão inconstitucional, como assevera Jorge Miranda, pode ocorrer diante de qualquer função do Estado, caracterizando-se *i)* por omissão de atos normativos, quando o legislador não edita os atos legislativos necessários à exequibilidade das normas constitucionais não exequíveis por si mesmas (normas de eficácia limitada); *ii)* por omissão de atos políticos ou de governo; *iii)* por omissão de revisão ou reforma constitucional, quando

---

[166] Consulte-se, a propósito, o Capítulo V, Fallos conscientes en la aplicación de la Constitución (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1986, p.223-226).

[167] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 89, 1986, p. 49-62.

[168] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 329-330.

[169] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 76.

[170] Ibidem, p. 78.

a Constituição, explícita ou implicitamente, requeira a modificação de algum dos seus preceitos ou de seus institutos; *iv*) por omissão de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública; e *v)* por omissão de decisão judicial, que equivale à própria denegação da justiça.[171]

Considerando, entretanto, o objeto central desse estudo, importa-nos aqui apenas a primeira delas, ou seja, a omissão legislativa inconstitucional, impondo-se, antes de estudar os meios de controle da omissão, elucidar o seu conceito.

O conceito de omissão legislativa inconstitucional não está ligado apenas a um simples não fazer, algo intuitivamente relacionado a uma ideia de negação. A omissão legislativa juridicamente relevante significa, na definição de J. J. Gomes Canotilho, "não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado."[172]

Isso significa que a omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante[173], deve estar ligada diretamente a uma exigência constitucional de ação.[174] Assim, quando a Constituição pressupõe como condição de efetividade da norma uma determinada regulação por parte do legislador ordinário, mas essa regulação não se concretiza, está-se diante de uma omissão relevante, de modo que, para a conceituação do instituto, a omissão legislativa apenas é autônoma e juridicamente relevante "quando se conexiona com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional."[175]

Na definição de Jorge Miranda, a omissão juridicamente relevante se verifica sempre que

---

[171] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, Tomo II, p. 508-509.

[172] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.033.

[173] A respeito da omissão inconstitucional, Francisco Fernández Segado pontua que "la inconstitucionalidad de una omisión exige constatar que el legislador (aunque en el caso brasileño ello se amplía también a los órganos administrativos) ha incumplido la obligación que la Constitución le exige de dictar un texto legislativo con el que dar adecuada respuesta a un mandato constitucional o con el que viabilizar la plena eficacia de un derecho o de cualquier otra previsión constitucional, incumplimiento que se há prolongado en el tiempo más allá de un plazo razonable, pero también exige verificar que la ausencia de esa normación constitucionalmente exigida se ha traducido en una vulneración objetiva del ordenamiento constitucional, bien propiciando la aplicación de normas implícitas en contradicción con la Norma suprema, bien posibilitando la vigencia de normas preconstitucionales contrarias a los postulados constitucionales." (SEGADO, Francisco Fernández. El nuevo régimen jurídico de la ação de inconstitucionalidade por omissão: la ley brasileña nº 12.063, de 27 de Octubre de 2009. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, p. 144, 2010).

[174] CAGGIANO, Mônica. **O controle da omissão legislativa e administrativa**, Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/artigos_2009/monica.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2017.

[175] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.033.

> [...] mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas.[176]

O ato legislativo, portanto, deve ser indispensável à exequibilidade da norma constitucional, ou seja, não basta o simples dever geral de emanação de leis.[177] Canotilho registra que as omissões legislativas inconstitucionais derivam, desde logo, do não cumprimento de *imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito*, ou seja, do não cumprimento de normas que, de maneira concreta e permanente, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da Constituição, hipótese distinta da imposição abstrata decorrente de *normas-fim* ou *normas-tarefa*. Nessas últimas, embora o cumprimento dos fins e objetivos da Constituição também seja exigido, a sua concretização depende essencialmente da luta política e dos instrumentos democráticos.[178]

A respeito da distinção fundamental entre imposições constitucionais abstratas e concretas, Canotilho afirma:

> A não realização normativa das primeiras situa-nos no âmbito do "não cumprimento´ das exigências constitucionais, e eventualmente, no terreno dos ´comportamentos ainda constitucionais", mas que tenderão (no caso de sistemático não actuar legislativo) a tornar-se ´situações inconstitucionais´. Neste plano se desenvolve, em grande parte, a luta político-constitucional em torno da constituição programática. No caso das imposições constitucionais em sentido estrito, o não cumprimento é um verdadeiro caso de inconstitucionalidade: o legislador viola, por acto omissivo, o dever de actuar concretamente imposto pelas normas constitucionais.[179]

Essa alusão à concretude das imposições constitucionais pretende evitar que se tomem as normas programáticas como parâmetro da inconstitucionalidade por omissão, já que, em regra, não especificam a conduta a ser adotada e ensejam margem mais ampla de discricionariedade ao legislador. Entretanto, diante do tempo decorrido, das circunstâncias concretas da atividade governativa e da situação econômica e social do país, é possível que se configure uma omissão inconstitucional por demora na edição do ato normativo necessário à

---

[176] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 272.
[177] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 332.
[178] Idem. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.034.
[179] Ibidem, p. 332.

implementação da norma programática[180], embora se reconheça, evidentemente, a complexidade para a caracterização da omissão nessa hipótese.[181]

Nessa linha, Clemerson Merlin Clève entende que "qualquer imposição constitucional ou ordem de legislar, seja abstrata ou concreta, desde que definida em norma certa e determinada, pode fundamentar, havendo inércia, omissão inconstitucional", considerando que

> [...] as lacunas técnicas ou de legislação podem consistir em situações jurídicas imperfeitas (omissões constitucionais e omissões constitucionais em trânsito para a inconstitucionalidade); todavia, no caso de inércia mantida por um período não razoável, ultrapassada a linha perimétrica-limite, deslocam-se para o território conceitual da omissão inconstitucional.[182]

Existe omissão legislativa, ainda, diante de normas sem suficiente densidade para se tornarem normas exequíveis por si mesmas, reenviando implicitamente ao legislador a tarefa de lhes dar exequibilidade. Essa hipótese adquire autonomia quando as normas constitucionais não se configurem, juridicamente, como ordens concretas de legislar ou como imposições permanentes e concretas."[183]

A omissão legislativa inconstitucional se verifica também quando o legislador não cumpre *ordens de legislar* constitucionalmente consagradas em certos preceitos constitucionais. As ordens de legislar, ao contrário das imposições constitucionais, que são permanentes e concretas, traduzem-se, em geral, em determinações únicas – ou seja, concretas, mas não permanentes –, que se esgotam tão logo seja publicada a lei ou as leis

---

[180] Embora julgado improcedente o pedido, o STF analisou ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na qual o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Comunista do Brasil (PC do B) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) pediam a declaração de inconstitucionalidade, por omissão e inércia, da atuação do governo de então na área da educação (STF, ADI 1.698, Rel. Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ de 16.04.2010).

[181] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92. Nesse mesmo sentido, Regina Nery Ferrari: "Apesar da diferença anotada, tem-se que admitir que, embora a realização dos fins e objetivos da Constituição dependa da luta política, o seu não-cumprimento também é um comportamento inconstitucional, e, quando esse estiver estribado em omissão ou inércia de atos legislativos normativos ou não, também podem proporcionar omissão inconstitucional, em que pese a dificuldade de sua caracterização." (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 224).

[182] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 220-221.

[183] Nessa hipótese, Canotilho cita como exemplos a lei que define os crimes de responsabilidade política para assegurar a exequibilidade do artigo 117º/3 da Constituição portuguesa, e a lei que define o processamento da atividade administrativa para tornar exequível o artigo 267º/5 (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.034).

necessárias à criação de uma nova instituição ou à adaptação das antigas leis a uma nova ordem constitucional.[184]

De toda forma, em todas essas hipóteses de omissão legislativa inconstitucional, identifica-se o não fazer normativamente qualificado, ou seja, o não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. Veja-se que é pressuposto da omissão legislativa inconstitucional não a incompletude do ordenamento, mas sim a incompletude de determinados preceitos constitucionais no plano da eficácia jurídica, por opção do Constituinte, dentro da planificação normativa por ele traçada, ou seja, a questão não é a ausência de norma, mas a existência de norma incompleta quanto aos seus efeitos por haver o Constituinte deferido ao legislador infraconstitucional o poder de fazê-lo atuar em modo e momento adequados. [185]

Fora da presença de um dever específico de ditar ato legislativo para dar plena eficácia a disposições constitucionais, a questão passa a envolver o poder-dever que se reconhece ao legislador de conformar normativamente a realidade, seguindo seus próprios critérios de conveniência e oportunidade. [186]

Em regra, inclusive, legislar é uma faculdade do legislador, ou seja, insere-se no âmbito de sua liberdade de conformação a decisão de criar ou não lei sobre determinada matéria, de modo que eventual não agir não caracteriza, por si só, uma omissão inconstitucional. O controle das omissões legislativas inconstitucionais não implica menosprezar a função legislativa ou simplesmente obrigar o Poder Legislativo a legislar. Pretende-se com o referido controle, na realidade, restabelecer a supremacia constitucional, daí ser necessário que a Constituição imponha ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora a respeito de determinado preceito constitucional para que, então, a abstenção do legislador seja ilegítima e configure, assim, a inconstitucionalidade por omissão.[187]

Em razão dessa necessidade de haver um dever específico de legislar, não se pode aferir a inconstitucionalidade por omissão em bloco, mas apenas em face de determinada norma. O descumprimento da Constituição em decorrência da não efetivação das normas constitucionais não é analisado sob o ponto de vista de seu resultado global, mas sim a partir

---

[184] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.034-1.035.
[185] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução**.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93-94.
[186] Ibidem, p. 92.
[187] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

da norma constitucional cuja exequibilidade não foi dada pelo legislador infraconstitucional.[188]

Além disso, a apreciação da omissão não pode ser separada do fator tempo. A doutrina aponta que isso se deve ao fato de ser impossível analisar abstratamente a inconformidade de uma inação sem o decurso temporal.[189] Na hipótese em que a própria Constituição delimita o prazo para a prática do ato, é evidente que a omissão inconstitucional só se caracterizará depois de decorrido esse prazo, sem a adoção das medidas necessárias.

Todavia, na hipótese em que a Constituição não fixa esse prazo, a análise do tempo se dá à luz da razoabilidade[190], levando-se em conta uma série de elementos e fatores sociais, históricos e valorativos, que conformam a realidade social e concreta do mundo em que opera o Direito.[191] À luz desses elementos, ao se concluir que o ato, ao longo do prazo decorrido, poderia e deveria ter sido emitido, estará caracterizada a inconstitucionalidade.[192]

Verifica-se, assim, em cada caso concreto, a fluência do tempo razoável para a edição do ato legislativo.[193] É essa análise individualizada que vai diferenciar a omissão inconstitucional daquilo que a doutrina denomina situação jurídica imperfeita[194], aquelas que existem a partir de lacunas técnicas decorrentes da não atuação dos poderes públicos na implementação das normas constitucionais, mas que podem ser consideradas um estágio prévio

---

[188] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, Tomo II, p. 518-519.

[189] MORASSUTTI, Bruno Schimitt. **O objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão:** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e posicionamento da doutrina. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_2/bruno_morassutti.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2017.

[190] Jorge Miranda, nesse ponto, ressalta que se o projeto de lei já está concluído no órgão legislativo competente e se dele já não depende a edição da norma, não se justifica mais qualquer juízo de inconstitucionalidade sobre o seu comportamento (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, Tomo II, p. 523).

[191] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público:** em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 126.

[192] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 82-83.

[193] Na realidade, como afirma Paulo Modesto, "nem toda lacuna técnica de repercussão constitucional pode ser atribuída a uma 'inatividade consistente' ou 'inércia' dos poderes públicos. Faltas existem que não perderam a 'razoabilidade', em atenção ao âmbito de 'discricionariedade' desses mesmos poderes" (MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por Omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. **Revista de Direito Público.** São Paulo, n. 99, p. 121, jul./set. 1991.).

[194] Sobre as situações jurídicas imperfeitas, argumenta Paulo Modesto: “A desídia na ´atualização´ dessas obrigações institucionais inerentes (ou gerais), na medida em que ´fragiliza´ a ordem constitucional, comprometendo a ´força normática´ da Constituição, produz imediatamente a configuração de uma situação constitucional imperfeita, situação jurídica que tende a inconstitucionalidade, mas que ainda não a representa. A situação constitucional imperfeita refere a uma disfuncionalidade no sistema, não uma violação intolerável, mas uma situação constitucional em ´processo de inconstitucionalização.” (MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por Omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. **Revista de Direito Público.** São Paulo, n. 99, p. 120, jul./set. 1991).

do controle de omissão, já que, nesses casos, a omissão ainda pode ser considerada constitucional, dada a liberdade de conformação dos órgãos políticos. A inconstitucionalidade por omissão conteria, na realidade, um *plus* em relação às simples situações constitucionais imperfeitas.[195]

Embora haja quem entenda, na doutrina, que são decisivos para a existência da inconstitucionalidade por omissão mais a importância e a indispensabilidade da mediação legislativa para dar aplicabilidade às normas constitucionais do que a fixação ou análise de limites temporais, a exemplo de Canotilho [196], não se pode deixar de considerar que a mora é um pressuposto da omissão legislativa inconstitucional, ainda que seja extremamente relevante a matéria. É imprescindível, assim, que seja realizado juízo a respeito do tempo decorrido, já que "nenhuma omissão pode ser descrita em abstracto, mas somente em concreto, balizada entre determinados eventos, estes de sinal positivo."[197]

No caso da omissão legislativa inconstitucional, portanto, podemos elencar, em síntese, os seguintes elementos para a sua configuração: *i)* a existência de uma norma constitucional de eficácia limitada, impositiva de um específico dever de legislar para que possa gozar de plenos efeitos no plano jurídico; *ii)* a não atuação do Poder Legislativo, incumbido de colmatar o vazio normativo; e *iii)* a ultrapassagem do prazo constitucionalmente estipulado para tanto ou a demora desarrazoada na adoção das providências necessárias.[198]

4.2 TIPOLOGIA E CLASSIFICAÇÕES DAS OMISSÕES

A partir do conceito de omissão legislativa inconstitucional, pode-se constatar que ela se manifesta sob variadas espécies, existindo, na realidade, uma pluralidade de classificações em relação às omissões legislativas inconstitucionais, de acordo com determinados critérios, nem sempre coincidentes. Pretende-se, então, nesse tópico, dissipar confusões terminológicas, sobretudo em relação aos conceitos de omissão absoluta parcial e omissão relativa, para, na sequência, consolidar a noção de omissão relativa que será tomada ao longo deste trabalho.

---

[195] MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por Omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. **Revista de Direito Público.** São Paulo, n. 99, p. 115-127, jul./set. 1991.
[196] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1037.
[197] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 287.
[198] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução**.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

Carlos Blanco de Morais faz referência à clássica tipologia das omissões legislativas inconstitucionais esboçada por Wessel. Seguindo essa classificação, distingue o autor, inicialmente, as omissões *absolutas* das omissões *relativas*.

Nas omissões absolutas, o legislador não produz, *na totalidade ou em parte*, um ato legislativo que estava obrigado a editar para dar concretização a determinada norma constitucional não exequível por si própria.[199]

As omissões absolutas, por sua vez, podem ser subdividas em duas espécies, com base em um critério quantitativo. Assim, tem-se uma omissão absoluta total sempre que o órgão legislativo se abstiver integralmente do cumprimento do seu dever de legislar imposto pela Constituição, não produzindo qualquer ato legislativo e deixando um vazio normativo quanto à matéria.[200]

Ou seja, haverá omissão absoluta total quando o legislador, convocado pelo constituinte a agir, simplesmente não edita lei alguma. Luís Roberto Barroso cita, nesse contexto, dois exemplos na prática constitucional brasileira: a não edição da lei complementar disciplinadora do sistema financeiro, prevista no artigo 192, §3º, da Constituição Federal de 1988, assim como a não edição de lei específica sobre o direito de greve dos servidores públicos, conforme previsto no artigo 37, VII, da Constituição Federal. [201]

Por outro lado, se o legislador apenas cumprir parte do seu dever de legislar, nos termos fixados por uma norma constitucional não exequível por si própria, abstendo-se de dar cumprimento à outra parte inerente ao mesmo dever, tem-se uma omissão absoluta parcial.[202]

Nesse ponto, cumpre, ainda, diferenciar as omissões absolutas, nas duas variantes expostas, das omissões relativas. A omissão relativa, em sentido estrito, não ocorre, necessariamente, em razão de uma abstenção indevida, total ou parcial, de proceder à concretização de normas constitucionais não exequíveis por si próprias, havendo, dessa forma, um elemento estrutural de diferenciação em relação à figura das omissões absolutas.[203]

As omissões relativas, ao regularem determinado fato, estabelecem direitos, benefícios, deveres ou obrigações para uma dada categoria ou grupo de pessoas, abstendo-se de aplicar o mesmo regime a outra categoria ou grupo de destinatários que esteja em situação

---

[199] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 457.
[200] Ibidem, p. 457.
[201] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 297-298.
[202] MORAIS, Carlos Blanco de**. Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 457.
[203] Ibidem, p. 458.

igual ou de identidade juridicamente relevante. Assim, é o silêncio legislativo relativo de caráter não inclusivo de certos destinatários que cria discriminações injustificadas entre pessoas que estão em situação homóloga, violando o princípio da igualdade. [204]

Nesse caso, existe uma falha qualitativa de regulação que não se reduz a uma simples lacuna técnica, mas se define em uma lacuna axiológica, uma vez que o silêncio do legislador que não inclui, sem justificativa material razoável, uma categoria de pessoas a título de destinatários da norma, equivale a uma norma ideal (implícita) de exclusão de pessoas, a qual viola, por ação, o princípio constitucional da isonomia.[205]

Além disso, as omissões relativas podem ser *definidas* ou *indefinidas*. As primeiras ocorrem quando a norma constitucional determina uma solução única, de modo que haverá a extensão do benefício à outra categoria. Por sua vez, a omissão relativa indefinida ocorre sempre que essa solução não exista, podendo emergir diversas soluções normativas válidas.[206]

A classificação dual de Wessel, que distingue as omissões legislativas em absolutas e relativas, tem, na realidade, o seu maior interesse nas consequências que se alinham a um ou outro tipo de omissão, relativas ao tipo de controle.[207] Mortati, por exemplo, criticou a referida classificação sob o argumento de que omissões parciais são objeto de controle de constitucionalidade não apenas quando se viola o princípio da igualdade.[208]

De fato, a omissão parcial pode ser identificada como relativa ou propriamente dita. Na omissão parcial propriamente dita, a norma existe, mas não satisfaz plenamente o

---

[204] MORAIS, Carlos Blanco de**. Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 458.

[205] LESSA, Alex Alves. **Direitos sociais, omissão inconstitucional e o papel da jurisdição constitucional.** Disponível em: <https://asmego.org.br/2016/02/11/direitos-sociais-omissao-inconstitucional-e-o-papel-da-jurisdicao-constitucional/>. Acesso em: 05 dez. 2017.

[206] Ibidem.

[207] No original: "La conclusión de todo lo expuesto es que para Wessel las omisiones absolutas del legislador (Absolutes Unterlassen des Gesetzgebers) son aquellas en las que hay una total falta de desarrollo por parte del mismo de una disposición constitucional, mientras que las omisiones relativas (relatives Unterlassen) presuponen una regulación parcial que, al omitir del goce del derecho a determinados grupos de personas, vienen a entrañar una violación del principio de igualdad. En la formulación del mencionado autor parece quedar claro que el mayor interés de esta tipología dual hay que buscarlo en las consecuencias que se anudan a uno u otro tipo de omisión: el carácter fiscalizable de la omisión relativa frente a la no fiscalización de la omisión absoluta." (SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. **Estudios Constitucionales**, Año 7, n. 2, 2009, p. 13-69. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200002>. Acesso em: 27 nov. 2017.

[208] No original: "La classificazione cosí formulata appare bisognosa di precisazioni sotto due punti di vista: in primo luogo perché la mancanza di ogni disciplina di legge per l´attuazione di un principio costituzionale non è, di per sé, suficiente a far ritenere improponibile l´azione che fosse rivolta a porvi riparo, non potendo escludersi che la norma impugnabile si ricavi dal sistema; in secondo luogo perché attuazioni parziali dela Carta costituzionale sono perseguibili in giudizio di costituzionalità non nel solo caso in cui esse contrastino con il principio di eguaglianza ma anche allorché ne riesca lesa qualsiasi altra direttiva posta dalla medesima." (MORTATI, Costantino. **Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore.** Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23160065>. Acesso em: 27 nov. 2017).

mandamento constitucional, por insuficiência ou deficiência de seu texto. É o que ocorre, por exemplo, com a lei que institui o salário mínimo em patamar incapaz de atender aos parâmetros impostos pelo artigo 7º, IV, da Constituição. Já na omissão relativa, um ato normativo outorga a alguma categoria de pessoas determinado benefício, com exclusão de outras categorias que deveriam ter sido contempladas, em violação ao princípio da igualdade, como no caso da concessão de reajuste a servidores militares, sem estendê-lo aos civis, ao tempo em que a Constituição impunha o tratamento paritário.[209]

Carlos Blanco de Morais registra, com propriedade, que não se pode assimilar as omissões legislativas relativas e as omissões legislativas parciais como expressões sinônimas.[210] Embora esses dois tipos de omissão possam ser cumulados[211], o fato é que só haverá omissão parcial quando estiver em causa a concretização de normas constitucionais não exequíveis por si próprias. Isso significa que se houver uma discriminação legal não inclusiva que viole o princípio da igualdade, mas que não decorra de determinada norma

---

[209] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 198.

[210] Tratando as duas classificações como similares, Canotilho afirma que "o conceito jurídico-constitucional de omissão é compatível com omissões legislativas parciais ou omissões relativas, isto é, omissões derivadas de os actos legislativos concretizadores de normas constitucionais favorecerem certos grupos ou situações, esquecendo outros grupos e outras situações que preenchem os mesmos pressupostos de facto. Esta concretização incompleta tanto pode resultar de uma intenção deliberada do legislador em conceder vantagens só a certos grupos ou contemplar certas situações (exclusão expressa ou explícita), violando o princípio da igualdade e cometendo uma inconstitucionalidade por acção, como derivar apenas de uma incompleta apreciação das situações de facto, mas sem que haja o propósito de arbitrária e unilateralmente se favorecerem só certos grupos ou situações (incompletude regulativa)." (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1037). No mesmo sentido, Victor Bazan: "[...] as omissões podem ser: absolutas ou totais, quando houver a ausência da norma que deveria regulamentar uma determinada situação jurídica fixada constitucionalmente; e relativas ou parciais, que ocorre quando o legislador, ao aprovar norma para efetivar a determinação constitucional, beneficia certos grupos, enquanto, sem fundamento objetivo, deixa outros de lado, embora em situação de equivalência de condições ou circunstâncias, ou, ainda, quando o legislador concede a alguns poucos certas vantagens que não são dispensadas a outros; é dizer, se refere àquela situação em que, ao legislar, promove-se a lesão ao princípio da igualdade (e seu pressuposto de não discriminação) ou àquela hipótese em que se promulga uma regulamentação deficitária, gestada por uma regra incompleta ou normativamente insuficiente. Em outras palavras, incorre naquilo que a doutrina alemã denomina como ´exclusão arbitrária de benefício´, e que é contrária à Constituição." (BAZAN, Victor. Aproximação à problemática acerca da inconstitucionalidade ou inconvencionalidade omissivas. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, Ano 4, n. 15, p. 136-137, jul./set. 2010.).

[211] Carlos Blanco de Morais exemplifica essa cumulação com uma lei que confira benefícios sociais a crianças órfãs, nascidas a partir de determinada data pretérita, sem justificação relevante para a referida data. Há, então, simultaneamente, uma omissão parcial, porque não se deu exequibilidade suficiente à norma programática contida no nº 2 do artigo 69º da Constituição portuguesa, já que excluiu um universo de crianças órfãs; e uma omissão relativa inconstitucional, ao criar uma desigualdade injustificada, resultante da não inclusão infundada de uma categoria de crianças órfãs (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 459).

constitucional não exequível por si própria, estaremos diante de uma omissão relativa apenas, e não de uma omissão parcial.[212]

De fato, no caso da omissão relativa, a concretização da Constituição pode não incidir sobre normas não exequíveis por si próprias, de modo que a invalidade pode ser causada inclusive em um contexto não de concretização da Constituição, mas de mera ofensa às suas normas proibitivas ou aos seus princípios preceptivos.[213]

Veja-se, a fim de deixar clara a distinção, o exemplo também citado por Carlos Blanco de Morais, no qual uma determinada lei discrimina, em seu silêncio, filhos nascidos fora do casamento. Nesse caso,

> [...] não se afronta uma norma constitucional não exequível por si própria, mas uma norma constitucional preceptiva e exequível por si própria, prevista no nº 4 do artigo 36º que, articulada com o artigo 13º da CRP, proíbe condutas discriminatórias entre filhos nascidos dentro e fora da constância matrimonial, [de modo que] não bastará pois haver uma concretização incompleta de uma norma constitucional para que se possa assimilar as duas figuras.[214]

Como ressalta Dirley da Cunha Júnior,

> [...] enquanto em relação às omissões absolutas o legislador deveria necessariamente atuar, e se abstém por completo, nas omissões relativas ele poderia ficar inerte, mas resolve atuar, porém transgredindo o princípio da isonomia, seja por não contemplar certos segmentos, seja por excluí-los do benefício.[215]

Em suma e em síntese, quanto à distinção de omissões absolutas e relativas: enquanto as omissões relativas podem ocorrer na concretização de qualquer norma constitucional, as omissões absolutas ocorrem somente na hipótese de concretização de normas constitucionais não exequíveis, bastando uma concretização incompleta da norma em questão. A violação constitucional, no caso da omissão absoluta, reside na desobediência ao dever de legislar, que não foi executado em sua totalidade, e não por violação ao princípio da igualdade.[216]

---

[212] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 458-459.
[213] Ibidem, p. 460.
[214] Ibidem, p. 459-460.
[215] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público:** em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 132.
[216] MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009, p. 197.

Fala-se, ainda, em omissão formal e omissão material. O binômio, embora definido a partir de outro critério, refere-se ao mesmo campo conceitual explorável pela classificação anterior. A expressão omissão formal é utilizada para indicar a falha no discurso normativo decorrente do não desencadear do processo de formação da lei de integração. Ao contrário, a expressão omissão material é aproveitada para indicar a falta processualmente satisfeita, mas de modo ofensivo ao conteúdo da Constituição, especialmente ao princípio da isonomia.[217]

Com base nessa distinção, surge uma segunda classificação. As omissões absolutas podem ser classificadas como *próprias*, já que nelas se verifica uma verdadeira inércia regulatória, enquanto as omissões relativas seriam *impróprias*, pelo modo comissivo com que ofendem a Constituição[218], ao violarem o princípio da isonomia.

Cumulativamente, ainda, as omissões absolutas assumem natureza de *omissões reais*, que não podem ser supridas por processos interpretativos ou integrativos e, por isso, são sanáveis apenas pelo legislador, e não pelos tribunais, enquanto as omissões relativas são qualificadas como *omissões aparentes*, porque podem ser reparadas por operações interpretativas. [219]

Como se verá adiante, as omissões relativas, na realidade, implicam, desde logo, em inconstitucionalidade por ação, por violação ao princípio da igualdade, porque acarretam um tratamento mais favorável ou desfavorável prestado a certas pessoas ou a certas categorias de pessoas, e não a todas as que, estando em situação idêntica ou semelhante, deveriam também ser contempladas do mesmo modo pela lei. [220]

4.3 A OMISSÃO LEGISLATIVA RELATIVA: DISTINÇÃO CONCEITUAL NECESSÁRIA

Situado o debate em torno da distinção entre as omissões absolutas e as omissões relativas, verifica-se que o dever de legislar pode ser violado quando *i)* o legislador não editar preceito para executar determinada imposição constitucional; *ii)* a lei editada para dar cumprimento à determinada imposição favorecer certos grupos, sem abranger outros; e *iii)*

---

[217] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 223.
[218] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 461.
[219] Ibidem, p. 462.
[220] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, Tomo II, p. 522.

determinado ato legislativo excluir alguns cidadãos, de forma expressa, total ou parcialmente, das vantagens reconhecidas nas leis de execução.[221]

Ocorre, contudo, que levando em consideração o conceito formal de omissão, não se reconhecerá, nos itens *ii* e *iii*, a existência de omissão legislativa, já que, nas referidas hipóteses, há um ato positivo. Na realidade, quando a questão essencial é a concretização do princípio da igualdade, a censura ao legislador reside ou na exclusão arbitrária de certo grupo, ou na emanação de lei que contemple apenas um grupo, esquecendo-se de outros.[222]

Por essa razão, para a análise da omissão relativa, deve-se partir de um conceito material de omissão, já que, formalmente, a omissão relativa não se enquadra na definição de um *non facere* normativo, de uma abstenção de legislar. Ao contrário, nas omissões relativas, há sempre uma atuação positiva do legislador, de modo que a Constituição – ou mais especificamente, o princípio constitucional da igualdade – é ofendido de forma comissiva.

Na distinção de Clèmerson Merlin Clève,

> [...] a expressão omissão formal é utilizada para se apontar a falha (´falta´) no discurso normativo decorrente do não desencadear do processo de formação da lei de integração. Ao contrário, a expressão omissão material é aproveitada para indicar a falta processualmente satisfeita, mas, todavia, de modo ofensivo ao conteúdo da Constituição, especialmente ao princípio da isonomia.[223]

Concluiu-se, no item 4.1. supra, que a omissão legislativa inconstitucional se caracteriza pela *i)* existência de uma norma constitucional de eficácia limitada, impositiva de um específico dever de legislar para que possa gozar de plenos efeitos no plano jurídico; *ii)* não atuação do Poder Legislativo, incumbido de colmatar o vazio normativo; e *iii)* ultrapassagem do prazo constitucionalmente estipulado para tanto ou a demora desarrazoada na adoção das providências necessárias.[224]

Se essa conclusão se aplica perfeitamente às omissões formais, vê-se, por outro lado, que essa mesma conclusão não se aplica, integralmente, às omissões materiais. No caso das omissões parciais, o parâmetro de controle de constitucionalidade também é composto pela norma constitucional de eficácia limitada, mas a sua caracterização não depende, necessariamente, da análise temporal referida no item 4.1, já que a insuficiência da

---

[221] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 333-334.
[222] Ibidem, p. 334.
[223] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 223.
[224] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

providência adotada pelo legislador se verifica, em regra, a partir do momento em que o ato normativo incompleto é produzido.[225]

Entretanto, no caso das omissões relativas, o parâmetro de controle é diverso e o seu conceito, inclusive, destoa, em parte, dos pressupostos utilizados para conceituar as demais omissões. Com efeito, diferentemente do que ocorre nas omissões absolutas e nas omissões materiais parciais, cuja existência pressupõe a não concretização de norma constitucional não exequível por si própria, podem as omissões relativas não ter relação alguma com essa concretização, dado que decorrem do modo constitucionalmente inadequado de regular o exercício de direitos.[226] As omissões relativas, portanto, podem surgir ainda que determinado ato normativo não seja editado em atendimento a um dever constitucional concreto e específico, isto é, quando se tratar de uma norma decorrente do dever geral de legislar, no âmbito de discricionariedade do legislador.

Por isso, Carlos Blanco de Morais afirma, categoricamente, que as omissões relativas "*só num plano figurativo ou referencial são genuínas omissões*", sendo elas, na realidade,

> lacunas axiológicas, onde o conteúdo incompleto de um regime legal positivo afronta a Constituição pelo facto de o silêncio parcial de algumas das suas normas gerar uma depreciação indevida de garantias, ou uma situação intoleravelmente discriminatória, à luz do princípio da igualdade.[227]

Segundo o autor, as omissões relativas

> [...] ocorrem sempre que o legislador, ao aprovar uma disposição legal que regula uma dada ´facti-species´, estabelece direitos, benefícios, deveres ou obrigações para uma dada categoria ou grupo de pessoas, abstendo-se, contudo, de aplicar o mesmo regime a outra categoria ou grupo de destinatários que se posicione numa situação igual ou dotada de uma identidade juridicamente relevante, [de modo que] o silêncio legislativo relativo de carácter não inclusivo de certos destinatários cria, desta forma, discriminações injustificadas entre pessoas colocadas numa situação homóloga, violando o princípio da igualdade.[228]

Embora a distinção entre omissão parcial e omissão relativa seja, efetivamente, sutil, a delimitação da omissão relativa reside, justamente, nos respectivos parâmetros de controle. Na omissão parcial, presente prévia obrigação concreta de atuação normativa voltada à

---

[225] BERNARDES, Juliano Taveira. **Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6126/novas-perspectivas-do-controle-da-omissao-inconstitucional-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 15 dez. 2017.
[226] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 842.
[227] Ibidem, p. 840.
[228] Ibidem, p. 458.

exequibilidade de alguma norma constitucional, a inconstitucionalidade está no cumprimento insuficiente do próprio preceito que impõe essa obrigação. Na omissão relativa, não existindo essa obrigação prévia, o parâmetro utilizado para sustentar a inconstitucionalidade é composto pelos preceitos autoaplicáveis que conduzem à atuação normativa no sentido da observância do princípio constitucional da igualdade e das normas que dele decorrem.[229]

Veja-se, ainda, que no caso da omissão relativa, promove-se uma exclusão ou não-inclusão de maneira incompatível com o princípio da igualdade, como na hipótese de norma que concede vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas. Disso exsurge outra distinção importante para o controle de constitucionalidade: a divisão da *omissão relativa em explícita e implícita*. Na explícita, o ato normativo incompleto veicula norma que promove expressamente a "exclusão" daquelas pessoas, fatos ou situações que deveriam merecer igual disciplina. Na omissão implícita, o vício está na "não-inclusão", no enunciado textual da disposição, de outros supostos que haveriam de receber o mesmo tratamento.[230]

Verifica-se, assim, de tudo o quanto exposto, que a análise da tipologia da omissão inconstitucional, sobretudo marcada pela distinção entre a omissão parcial e a omissão relativa, é de extrema importância técnica, para efeito de balizar o controle da omissão inconstitucional e definir os limites de atuação da jurisdição constitucional.[231]

Nesse contexto, cumpre elencar aqui os elementos caracterizadores da omissão relativa, que formarão o conceito de omissão relativa a ser adotado neste trabalho. Assim, serão considerados elementos da omissão relativa*: i)* a violação ao princípio da igualdade, em razão da não inclusão ou exclusão implícita de certa categoria de pessoas no regime constante de determinada lei, o qual, criando benefícios ou impondo sacrifícios, veda-os a certa categoria de pessoas colocada em situação idêntica; *ii)* a existência de uma intervenção legislativa positiva, sendo a ofensa ao princípio da igualdade comissiva, e não omissiva; e *iii)* a presença de uma lacuna axiológica, resultante da discriminação infundada de um conjunto de indivíduos.[232]

---

[229] XAVIER, Taciana. A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009. p. 330.

[230] LESSA, Alex Alves. **Direitos sociais, omissão inconstitucional e o papel da jurisdição constitucional**. Disponível em: <https://asmego.org.br/2016/02/11/direitos-sociais-omissao-inconstitucional-e-o-papel-da-jurisdicao-constitucional/>. Acesso em: 05 dez. 2017.

[231] Ibidem.

[232] MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do principio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 195.

4.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS OMISSÕES RELATIVAS

Considerando que as omissões relativas se caracterizam, em sua essência, pela violação ao princípio da igualdade, não se pode avançar para o modo de controle da omissão relativa sem antes analisar o conteúdo do princípio constitucional da igualdade e verificar de que forma ele pode ser violado.

A inserção do princípio da igualdade, no plano jurídico, é coincidente com o constitucionalismo, movimento que serviu de base para o surgimento do Estado Liberal. Coube à Declaração de Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776, o pioneirismo na explicitação do princípio, ao ditar que "*todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes*", sendo igualmente na Constituição norte-americana, de 1787, inferido tacitamente do seu artigo IV, Seção II, item 1. O referido princípio também constou do artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, de onde se espraiou para outras Constituições europeias do século XIX.[233]

Inicialmente interpretado apenas sob o seu aspecto formal, o princípio da igualdade evoluiu continuamente, adaptando-se às exigências dos contextos históricos e sociais. Maria da Glória Garcia pontua essa evolução, dividindo-a em três períodos: *i)* no primeiro período, o princípio da igualdade se confunde com o princípio da prevalência da lei; *ii)* no segundo período, o princípio é utilizado como instrumento para impedir o arbítrio dos poderes públicos ou como forma de proibir discriminações materialmente infundadas; e *iii)* o terceiro período corresponde à uma intencionalidade material da igualdade, fundada na própria ideia de justiça.[234]

No primeiro período, portanto, a igualdade foi interpretada apenas sob o seu aspecto formal, como mera prevalência da lei, ou seja, a *igualdade perante a lei*, na qual os cidadãos se submetiam à lei, geral e abstrata, considerada subjetivamente universal em virtude de sua impessoalidade. O princípio da igualdade era, assim, uma exigência dirigida ao juiz e às autoridades administrativas, a fim de assegurar formalmente uma aplicação igual da lei a todos os cidadãos.[235]

---

[233] NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Direito Público,** Porto Alegre, Ano IV, n. 13, p. 45-46, jul./ago./set. 2006.

[234] PINTO, Maria da Glória Ferreira. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Lisboa: Almedina, 2005, p. 25; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 35.

[235] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 380-381.

Embora tenha servido no combate a alguns privilégios, essa primeira concepção do princípio da igualdade rapidamente entrou em crise, tanto porque essa versão formal do referido princípio convivia com desigualdades sociais flagrantes, como pela aceleração da atividade legislativa, que fez com que a lei perdesse o seu valor mítico, tornando-se, na verdade, um instrumento de governo utilizado tanto pelo Legislativo, como pelo Executivo.[236]

Assim, passou-se a considerar também a igualdade na própria lei, ou seja, a *igualdade através da lei*, conforme a evolução e a própria sedimentação do Estado de Direito. Nessa evolução, o princípio da igualdade, que se confundia, em um primeiro momento, com o princípio da prevalência da lei ou da ideia de generalidade como característica da lei, passou a ser utilizado como instrumento contra o arbítrio dos poderes públicos e como forma de proibir discriminações materialmente infundadas.[237]

Viu-se, na realidade, que o conteúdo formal do princípio da igualdade não bastava, sendo necessário que a igualdade perante a lei fosse associada à igualdade por meio da lei, tratando-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual.[238]

Como ressalta Canotilho,

> [...] reduzir o princípio da igualdade a uma refracção do princípio da legalidade (com minimização da dimensão subjectiva do direito à igualdade) e a um mecanismo de aplicação igual do direito, significa encobrir o problema fundamental da igualdade: aplicação igual do direito igual.[239].

E é nesse contexto, visto sob o seu aspecto material, que o princípio da igualdade, entendido em sentido amplo, como um mandamento não apenas voltado à atividade de aplicação do direito, mas também de formulação das normas jurídicas, tem constituído um dos parâmetros mais invocados no controle de constitucionalidade entre nós.[240] Como observa Celso Antônio Bandeira de Mello:

---

[236] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 68.

[237] XAVIER, Taciana. A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009, p. 341-342.

[238] MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do principio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009, p. 200.

[239] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 381.

[240] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.

> O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.[241]

Se não se aplicasse também ao legislador, a igualdade perderia por inteiro a sua significação, como princípio expresso nas Cartas Políticas dos Estados democráticos, já que as desigualdades não nasceriam eventualmente de atos administrativos ou de sentenças, mas se multiplicariam a critério do órgão legiferante, exatamente aquele que, pelo largo alcance dos seus atos quanto às pessoas, maior número de situações pode afetar com tratamento discriminatório.[242]

Todavia, a máxima de *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais* ainda não esclarece qual critério legitimamente manipulável autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para tratamentos jurídicos diversos. A resposta que se busca, quanto ao princípio da igualdade, é que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situação e de pessoas, sem a quebra do princípio constitucional da isonomia.[243]

Na realidade, qualquer elemento relativo às coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, de modo que, em regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar a violação ao princípio da igualdade. O que distingue se a discriminação é compatível ou não com o princípio da igualdade é o "vínculo de correção lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição."[244]

Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello, a fim de conferir densidade ao princípio da igualdade, elucida que, para verificar se determinado fator de não equiparação viola o princípio da igualdade, deve-se, primeiro, investigar aquilo que é adotado como critério discriminatório. Esse critério deve manter a generalidade e a abstração próprias dos

---

[241] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 9.
[242] FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. **Revista dos Tribunais**, v. 44, n. 235, p. 3, maio 1955.
[243] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 11.
[244] Ibidem, p. 17.

atos legislativos, sem singularizar um destinatário determinado, de forma atual e definitiva, tampouco uma pessoa futura e indeterminada.[245]

Veja-se, ainda, quanto ao critério de discriminação, a sua necessária relatividade no ensejo da avaliação das circunstâncias do caso concreto. Tome-se como exemplo a situação citada por Celso Antônio Bandeira de Melo: determinada lei poderia discriminar as pessoas com base em suas estaturas? Se fosse para determinar a capacidade para contratar, não poderia; se fosse para selecionar homens para a Guarda de Honra nas cerimônias militares oficiais, seria possível.[246]

Por isso, argumenta o autor que é imprescindível haver correlação lógica abstrata entre o fato erigido como critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado, o que significa dizer que para a validade do critério tomado como desigualador de pessoas e situações, impõe-se considerar a sua natureza intrínseca e a estrita correspondência havida entre ele e o interesse legítimo que se pretende proteger no sistema jurídico.[247]

Havendo essa correlação lógica entre a discriminação estabelecida e a finalidade da lei, deve-se, ainda, verificar se a correlação ou fundamento racional abstrato é, concretamente, afinado com os valores prestigiados pelo sistema constitucional, de modo que é a conjunção desses três aspectos que permitirá a análise da questão.[248]

O princípio da igualdade, assim, não funciona por forma geral e abstrata, mas perante situações ou termos de comparação que devam reputar-se concretamente iguais e, antes de tudo, à luz de padrões valorativos ou da ordem axiológica constitucional.[249]

Nesse contexto, então, atua como instrumento de controle dos atos do poder público, sendo considerado violado sempre que, em função do fim visado, o critério escolhido para comparar as situações em confronto seja arbitrário. Como bem coloca Canotilho, a partir da fórmula de *tratar por igual situações de fato iguais e desigualmente situação de fato*

---

[245] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.
[246] Ibidem, p. 12.
[247] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 46.
[248] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 21-22. Jorge Pereira da Silva também sugere um procedimento para determinar a igualdade ou desigualdade. Segundo ele, deve-se, primeiro, delimitar os objetos que serão comparados, estabelecendo-se, em seguida, o fim para o qual se torna necessário comparar esses objetos. Feito isso, define-se, valorativamente e em função desse fim, os termos ou critérios de comparação adequados para confrontar os objetos em causa (SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 70).
[249] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, Tomo IV, p. 226.

desiguais, pode-se extrair, desde já, a proibição do arbítrio, o que significa dizer que, quando não houver motivo racional evidente, resultante da natureza das coisas, para desigual regulação de situações de fato iguais ou igual regulação de situações de fato desiguais, a lei que estabelece essa regulação é arbitrária. Obtém-se, assim, a justiciabilidade do ato legislativo, sem comprometer a liberdade de conformação do legislador.[250]

Esse seria o sentido negativo do princípio da igualdade[251], consistente na vedação de privilégios e de discriminações.[252] Contudo, a configuração que toma esse princípio na sua vinculação ao legislador, ou seja, a sua influência na atividade legislativa, não se dá apenas no sentido de impor proibições em relação a discriminações arbitrárias.

De fato, o princípio da igualdade possui uma eficácia de maior amplitude, traduzindo obrigação de extensão da lei a determinadas situações não reguladas por ela. Nesse sentido, Jorge Miranda aponta a dimensão positiva do princípio, que abrange *a)* o tratamento igual de situações iguais; *b)* o tratamento desigual de situações substancialmente desiguais; *c)* o tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais; e *d)* o tratamento das situações não apenas como existem, mas como devem existir, fazendo-se da igualdade perante a lei, na realidade, uma igualdade por meio da lei.[253]

Como resume Jorge Pereira da Silva ao tratar da evolução do princípio da igualdade,

> [...] ao contrário do momento anteriormente referido, em que o princípio da igualdade constituía um limite negativo à actuação legislativa, convola-se agora num limite positivo, impondo-se ao legislador como uma tarefa permanente nos vários domínios em que este intervém. Isto significa que a igualdade deixe de se apresentar como um pressuposto ou como um ponto de partida, para passar a ser um resultado que se pretende atingir.[254]

No Brasil, a preocupação com a garantia constitucional da igualdade é nítida na atual Constituição. Confira-se, a propósito, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que destaca o princípio da igualdade em dispositivo que trata dos direitos e garantias fundamentais: "5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos

---

[250] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 382.

[251] Como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "Três são os aspectos por que, segundo o ensinamento tradicional, se exprime essa igualdade jurídica: a igualdade do direito, a uniformidade de tratamento e a proibição da discriminação." (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 212).

[252] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 238-240.

[253] Ibidem, p. 238-240.

[254] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 72.

brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]"

Há, ainda, várias outras passagens do texto constitucional que consagram a igualdade como vetor regente da sociedade democrática. Veja-se, nesse sentido, *i)* a proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou deficiência (art. 7º, XXX e XXXI), o que é extensível ao setor público (art. 39, §3º); *ii)* a impossibilidade de lei estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados (art. 12, §2º); *iii)* vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si (art. 19, III); *iv)* a observância pela Administração Pública da impessoalidade (art. 37, caput); *v)* a livre acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas, pelo regime de mérito (art. 37, I e II); *vi)* a obrigatoriedade de licitação como indispensável pressuposto para as contratações administrativas (art. 37, XXI); *vii)* a proibição de instituir-se tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente (art. 150, II); *viii)* a impossibilidade de empresas públicas e sociedades de economia mista, destinadas ao exercício de atividade econômica, gozarem de privilégios não extensivos às do setor privado; *ix)* a equivalência de benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (art. 194, parágrafo único, II); *x)*o acesso universal às ações e serviços de saúde (art. 196); *xi)* a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 206, II); *xii)* a igualdade dos cônjuges na sociedade conjugal (art. 226, §5º) e da filiação (art. 227, §6º).[255]

Nesses casos, a própria Constituição prescreve especiais deveres de igualdade, estabelecendo critérios de comparação e o fim da diferenciação, negativa ou positiva, a ser levada a cabo. Todos esses vetores devem ser levados tomados como um todo na interpretação da Constituição e das leis que a executam, a fim de que se possa chegar a um juízo de inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade.[256]

A questão que se coloca, nesse ponto, é o alcance jurídico-constitucional do princípio como princípio geral, não dissolvido em imposição legiferante concreta. Como princípio geral, o princípio da igualdade e os outros princípios constitucionais não contêm mandatos

---

[255] NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, Ano IV, n. 13, p. 46-47, jul./ago./set. 2006.

[256] MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do principio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009. p. 202.

definitivos, mas apenas *prima facie*, de modo que a sua concretização legislativa se situa, em regra, no campo do dever geral de produção legislativa.[257]

Desse modo, é na densificação legislativa desse princípio que se deve levar em conta as possibilidades jurídicas, isto é, as regras e princípios em sentido contrário, além das próprias possibilidades fáticas. É nesse contexto que o princípio geral da igualdade se apresenta como fonte de um dever específico de atuação legislativa, em relação às situações de diferenciação injustificada, em que dois objetos essencialmente iguais recebem do legislador um tratamento desigual.[258]

O dever de reposição da igualdade, portanto, enquanto dever de atuação legislativa, surge da conjugação de dois pressupostos: a força propulsora do princípio geral da igualdade, por um lado, e a atuação do legislador em contravenção com aquele princípio, por outro.[259] Por isso, Canotilho afirma haver "justificação jurídico-constitucional desta elevação do princípio da igualdade a fundamento de imposições legiferantes", que consiste "na própria directividade material da igualdade que, começando por ser constitucionalmente consagrada como imposição permanente geral e abstracta, adquire uma dimensão impositiva concreta sempre que o legislador iniciar, em alguns domínios, a sua concretização."[260]

Verifica-se, na realidade, que o princípio da igualdade, a despeito de não estabelecer obrigação prévia de atuação, funciona, em seu aspecto material, como ulterior elemento constitutivo de qualquer regulação normativa. Por isso, pode-se considerá-lo não somente princípio constitucional geral, mas também princípio constitucional de imposição concreta.[261]

No caso das omissões relativas, o legislador já atuou e há uma situação que exterioriza as suas opções e regula determinada matéria, ainda que padeça de uma inconstitucionalidade. Nestas situações, o número de soluções legislativas possíveis reduz-se,

---

[257] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 75.
[258] Ibidem, p. 77.
[259] Ibidem, p. 78.
[260] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 387-388.
[261]BERNARDES, Juliano Taveira. **Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6126/novas-perspectivas-do-controle-da-omissao-inconstitucional-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 15 dez. 2017. Nesse mesmo sentido, Jorge Pereira da Silva: "Assim, de volta ao dever de actuação em análise, também o legislador não estava, a priori, obrigado a legislar, regulando uma determinada matéria. Porém, uma vez, que, no exercício da liberdade que caracteriza a função que exerce, tomou a opção de actuar, fica constituído na obrigação de afastar ou reparar as consequências negativas da sua actuação, o que, no caso, equivale a recompor a situação de desigualdade por si criada [...] A força normativa que o princípio geral da igualdade desenvolve resulta, pois, de uma actuação prévia livremente escolhida, que tem efeito autovinculante em relação ao exercício posterior da liberdade do legislador." (SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 79).

sobretudo quando se tratem de matérias em que operem imposições constitucionais. Desse modo, ao mesmo tempo em que nasce um dever de legislar, os parâmetros materiais em que este se move se apertam, podendo chegar-se à situação extrema de haver uma única solução constitucionalmente possível.[262]

4.5 O CONTROLE JURISDICIONAL DA OMISSÃO LEGISLATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Produto da hipertrofia programática do constitucionalismo intervencionista, poucas Constituições consagram, no plano processual, a inconstitucionalidade por omissão.[263]Jorge Miranda registra que a primeira Constituição em que foi contemplada a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão foi a Constituição da então Iugoslávia, à qual se seguiram as Constituições portuguesa, de 1976, e brasileira, de 1988.[264]

No Brasil, o tema da inconstitucionalidade por omissão foi amplamente debatido nos anos que antecederam a convocação e os trabalhos da Assembleia Constituinte, principalmente sob o enfoque da garantia de efetividade das normas constitucionais. Fruto desse debate, a Constituição de 1988, inspirada na Constituição portuguesa[265], criou dois instrumentos de controle para enfrentar o problema: *i)* a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), para o controle por via principal e em tese das omissões normativas; e *ii)* o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), para a tutela incidental e *in concreto* de direitos subjetivos constitucionais violados devido à ausência de norma reguladora.[266]

Examinemos, então, nos seus contornos mais genéricos, os dois institutos.

---

[262] MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do principio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009. p. 203.

[263] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Tomo I, p. 137.

[264] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, Tomo II, p. 511.

[265] Carlos Blanco de Morais registra que "a evolução do mesmo tipo de controlo no plano constitucional e jurisprudencial projectou-o muito para além da matriz lusitana, tendo a prática desenvolvida nos últimos dez anos gerado um dos modelos de direito comparado mais avançados e também controvertidos na tutela das omissões inconstitucionais." (MORAIS, Carlos Blanco de. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima Quintas (Orgs.). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 337).

[266] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32.

4.5.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão

Como bem coloca Flávia Piovesan, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão está relacionada, diretamente, ao próprio perfil da Constituição de 1988, a qual, diante da extensão de normas não dotadas de plena aplicabilidade, introduziu o instrumento a fim garantir a efetividade das regras constitucionais.[267] Prevê o artigo 103, §2º, da Constituição de 1988: "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."

A declaração de inconstitucionalidade por omissão, portanto, ocorre no âmbito da própria ação direta de inconstitucionalidade. O constituinte procurou tratar a jurisdição constitucional abstrata como uma unidade, variando apenas o pedido, que poderá ser a declaração de inconstitucionalidade, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade por omissão. Nas três hipóteses, o controle é concentrado e a competência para julgamento das ações é do Supremo Tribunal Federal, nos termos dos artigos 102, I, *a*, e 103, §2º, da Constituição Federal de 1988.[268]

Trata-se de controle principal ou em tese, de feições abstratas, cujo provimento jurisdicional terá eficácia geral ou *erga omnes*. Configura-se, nessa hipótese, um processo objetivo[269], no qual se tutela a guarda da própria Constituição, e não situações jurídicas individuais. Por isso, não há partes, no sentido processual, mas apenas órgãos, autoridades e entidades, a quem é deferida a legitimação para agir de modo inteiramente desvinculado das repercussões subjetivas da omissão normativa. [270]

A omissão impugnável pela via da ação direta dever ser de cunho normativo – ou seja, além do ato legislativo, também os atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes.[271] Assim, é impugnável a inércia ilegítima em editar quaisquer dos atos normativos primários

---

[267] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 96.

[268] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 198.

[269] A objetividade do processo faz com que não se admita a desistência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (cf. art. 12-D, Lei 9.868/99).

[270] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 305.

[271] Em Portugal, a referência "medida legislativa necessária" tem sido interpretada no sentido de que o objeto do controle será sempre um ato legislativo ou lei em sentido formal (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Tomo VI, p. 285). Dessa forma, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no Brasil, é mais abrangente do que a ação de fiscalização portuguesa, já que tem por objeto não apenas a omissão legislativa, mas também a de órgão administrativo, desde que de caráter normativo.

suscetíveis de impugnação em ação direta de inconstitucionalidade, como também caberá a fiscalização da omissão inconstitucional em se tratando de atos normativos secundários, como regulamentos e instruções, de competência do Executivo, e até mesmo, eventualmente, de atos próprios dos órgãos judiciários.[272]

Como em nosso sistema de controle a inconstitucionalidade por omissão normativa é objeto, em via principal, do mesmo instrumento pelo qual se ataca a inconstitucionalidade comissiva, por vários anos o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão resultou de entendimento jurisprudencial, de modo que apenas com o advento da Lei 12.063, de 27.10.2009 é que o tema foi expressamente disciplinado, com a inserção da ação direta por omissão no Capítulo II-A da Lei 9.868/99, que já regulava a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o artigo 12-A previu que não há diferença entre os legitimados ativos em uma e outra hipótese de ação direta de inconstitucionalidade. Assim, de acordo com o artigo 103 da Constituição Federal de 1988, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.[273]

Em todos os casos, a legitimação é extraordinária, pois a atuação não se dá na defesa de um direito próprio, mas do interesse geral, materializado no princípio da supremacia da Constituição.[274] Entretanto, a legitimação ativa em relação ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e aos partidos políticos independe da demonstração de interesse jurídico próprio e especificamente afetado pela omissão, como, aliás, é natural em se tratando de processo objetivo. Esses são os chamados legitimados ativos universais.[275]

---

[272] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 203.
[273]BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>.
[274] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 200.
[275] Ibidem, p. 201.

Por outro lado, quanto à Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador de Estado e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, estão sujeitos à demonstração da denominada pertinência temática. Embora essa exigência se afaste das características de um processo objetivo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exige que se comprove a existência de uma relação entre a omissão inconstitucional que se pretende ver reconhecida e as respectivas atribuições ou áreas de atuação dos proponentes.[276]

Em relação à legitimidade passiva, ela recai sempre sobre a pessoa ou órgão responsável pela produção do ato que, embora exigido pela Constituição, não foi editado.[277]

Merece destaque, ainda, o artigo 12-E, § 2º, que possibilita ao relator solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, a qual deverá ser encaminhada no prazo de quinze dias. Na linha da jurisprudência consolidada antes da edição da nova lei, é provável que o Tribunal dispense a participação do Advogado-Geral da União nos casos de omissão total, pela inexistência de ato a ser defendido. Seria razoável, no entanto, admitir sua participação caso a inércia seja imputada ao Poder Executivo. Nos casos de omissão parcial, como existe um ato normativo ao qual se imputa deficiência ou insuficiência, parece lógica e necessária a audiência do Advogado-Geral da União, na medida em que o pedido envolverá um juízo acerca da constitucionalidade da norma em vigor. Já o Procurador-Geral da República, após o decurso do prazo para informações, terá vista do processo nas ações em que não for autor, pelo prazo de quinze dias (art. 12-E, § 3º).[278]

A Lei n. 12.063/2009 também inovou quanto à possibilidade de medida cautelar nos casos de excepcional urgência e relevância da matéria. Na linha contrária ao que decidido pela jurisprudência do STF, a medida poderá consistir na determinação de que seja suspensa a aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo tribunal (art. 12-F, § 1º).[279]

Veja-se, ainda, que em razão da unidade procedimental da ação direta, a única menção feita pela Constituição Federal de 1988 à ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a que consta do artigo 103, §2º, no qual apenas se ajustou o provimento jurisdicional ao ato impugnado, de natureza omissiva, para estabelecer que, julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, "será dada ciência ao Poder competente para a adoção das

---

[276] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201.
[277] Ibidem, p. 201.
[278] Ibidem, p. 307.
[279] Ibidem, p. 308.

providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."[280]

Por essa razão, entende-se possível a cumulação de pedidos em ação direta de inconstitucionalidade, de modo a se requerer a declaração da inconstitucionalidade no todo ou em parte de ato legislativo ou normativo concomitantemente à declaração de inconstitucionalidade por omissão de medida legislativa (ou normativa) exigida por preceito constitucional específico.[281]

Isso não significa, contudo, que haja uma fungibilidade entre ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, como sustenta Gilmar Ferreira Mendes. Para o autor, na hipótese da omissão parcial, "como os dois processos – o de controle de normas e o de controle da omissão – acabam por ter – formal e substancialmente – o mesmo objeto, isto é a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude", a questão relativa à omissão do legislador estaria "menos na necessidade da instituição de determinados processos para o controle da omissão legislativa do que no desenvolvimento de fórmulas que permitam superar, de modo satisfatório, o estado de inconstitucionalidade."[282]

Ocorre, entretanto, que o Tribunal não pode se substituir ao requerente da medida na delimitação do objeto da declaração pleiteada. Os pedidos em ações diretas não são genéricos[283], devendo-se indicar, na petição inicial, o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado ou, ainda, a indicação do específico dever de legislar descumprido.[284] Como declarou o Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 986, "o pedido da ação direta

---

[280] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>.

[281] Elival da Silva Ramos cita, como exemplo, a hipótese de uma lei inconstitucional em relação à matéria regulada e, ao mesmo tempo, omissa, totalmente, em relação a um aspecto dessa matéria cujo regramento era imposto pela Constituição, a fim de dar plenitude à norma constitucional de eficácia limitada. (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evo**lução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306-307).

[282] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 437.

[283] ADI 1.439-DF, Relator Ministro Celso de Mello: "Não se conheceu da ação ao fundamento de que o pedido, fundado embora na tese da inconstitucionalidade por omissão parcial em face do disposto no art. 7º, IV, visava à exclusão da norma impugnada do ordenamento jurídico, e não, como decorreria logicamente de sua motivação, a que o Poder competente fosse cientificado da decisão que declarasse a inconstitucionalidade por omissão, nos termos do art. 103, §2º, da CF. Impossibilidade de conversão da ADIn em ação direta por omissão."

[284] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307.

de inconstitucionalidade de norma é de todo diverso do pedido da ação de inconstitucionalidade por omissão."[285]

Assim, se procedente o pedido da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo apenas poderá emitir provimento de natureza constitutiva, no sentido de constituir em mora o Poder Público omisso, cientificando-o para a adoção das providências necessárias, a fim de tornar efetiva a norma constitucional impositiva do dever de legislar.[286]Se a omissão for imputável a órgão administrativo, a decisão terá natureza constitutiva e mandamental, já que, além da constituição em mora, será emitida ordem para que se adotem as providências cabíveis, no prazo de trinta dias, sob pena de responsabilização, no plano criminal e disciplinar.[287]

No primeiro caso, a Constituição não prevê a fixação de prazo para agir, silêncio que vinha sendo interpretado pelo STF como autocontenção, cujo fundamento seria o respeito à separação dos Poderes.[288]

Contudo, em decisão proferida em 2007, tratando da omissão do legislador em editar a Lei Complementar prevista no art. 18, § 4º, da Constituição, o Tribunal admitiu a possibilidade de estabelecer um "prazo" para a atuação do Congresso Nacional, ressalvando, contudo, que se tratava mais de um parâmetro a indicar o lapso de tempo que a Corte entende razoável para o suprimento da omissão, sem que fosse estabelecida consequência para eventual descumprimento.[289]

Nessa mesma decisão, além de fixar prazo, o STF entendeu que poderia estabelecer também uma exigência a ser preenchida pela futura legislação: o reconhecimento, como fato consolidado, da existência dos municípios criados de forma irregular no período em que o Congresso permaneceu omisso. Vale o registro de que a decisão foi parcialmente cumprida,

---

[285] ADI 986, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 08.04.94: "[...] Inviabilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade em ação de inconstitucionalidade por omissão, a que se refere o §2º do art. 3º da Lei Maior de 1988."

[286] A eficácia meramente declaratória da decisão final na ação de inconstitucionalidade por omissão foi repetida no artigo 12-H da Lei 9.868/1999.

[287] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 311.

[288] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 208.

[289] ADI 3682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, 9.5.2007: "O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/1996 ("A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei"), e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da referida norma constitucional."

tendo o Congresso Nacional editado a Emenda Constitucional n. 57, de 18 de dezembro de 2008, pela qual foram convalidadas as leis de criação de município publicadas até 31 de dezembro de 2006, desde que tivessem sido produzidas em harmonia com a legislação estadual pertinente.

Apesar desse singelo avanço na jurisprudência, o fato é que a literalidade do § 2º do art. 103 tornou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão um remédio jurídico de baixa eficácia e, consequentemente, de uso limitado.

A reduzida valia da mera *ciência* dá ao instituto um efeito essencialmente moral ou político, próprio para quem busca uma declaração de princípios, mas insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional, quando vulnerado na sua supremacia.[290]

A rigor, as meras recomendações do Judiciário quanto à inércia legislativa não vêm logrando êxito em sensibilizar os responsáveis pela elaboração da norma. Embora tenha andado bem ao tutelar juridicamente a omissão inconstitucional, o Constituinte originário encontrou, na realidade, a sua própria omissão quanto às diretrizes que pudessem tornar eficaz o que se pretendeu tutelar, ou, para utilizar a expressão de Carlos Blanco de Morais em relação ao sistema português, deu-se "*um tiro de pólvora seca*."[291]

Na verdade, diante dessa sistemática, não há como assegurar que o Poder Legislativo efetivamente atue e dê cumprimento ao preceito constitucional, tampouco existe sanção ao seu comportamento inconstitucional.[292]

Além disso, no caso das omissões materiais, a situação se torna ainda mais delicada, já que, nessa hipótese, há sempre uma atuação positiva do legislador. No caso das omissões relativas especificamente, seja qual for a solução adotada pelo Tribunal quando verificada a inconstitucionalidade por omissão relativa – ou a declaração de inconstitucionalidade da norma que contenha essa omissão, ou a extensão do âmbito normativo, para que seja respeitado o princípio da igualdade –, constata-se que nenhuma delas está abrangida pelo artigo 103, §2º, da Constituição Federal de 1988. O capítulo seguinte, então, tratará das decisões viáveis para a superação da inconstitucionalidade gerada pela omissão legislativa relativa.

---

[290] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 312/313.
[291] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 483.
[292] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 104.

4.5.2 Mandado de Injunção

O mandado de injunção se destina ao controle incidental da omissão, tendo sido concebido para a tutela de direitos subjetivos constitucionais, frustrados pela inércia ilegítima do Poder Público.[293] É garantia constitucional genuinamente brasileira, prevista no capítulo dedicado aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, que integra o título II, relativo aos Direitos e Garantias Fundamentais. Nos termos do artigo 5º, LXXI, da Constituição de 1988, "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."

A primeira controvérsia que o dispositivo constitucional suscitou foi relativa à sua própria eficácia, ou seja, quanto à necessidade de legislação integradora para que pudesse ser exercitado. No julgamento do Mandado de Injunção n. 107-3/DF, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que "a *injunction* é auto-aplicável, independentemente de norma jurídica que a regulamente, inclusive quanto ao procedimento. Relativamente a este, aplicar-se-á, no que couber, e analogicamente, o do mandado de segurança."[294]

Na referida decisão, alinhada ao postulado interpretativo da máxima efetividade das normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal manteve a coerência com diversos outros julgados, nos quais se aceitou a utilização de remédios constitucionais, independentemente de legislação acerca de seu procedimento, desde que contemplados em norma com suficiente densidade significativa quanto ao seu conteúdo.[295]

A autoaplicabilidade do mandado de injunção, contudo, não dispensou, evidentemente, a edição de lei específica[296], que só veio a ocorrer, contudo, recentemente,

---

[293]BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 92-93.

[294] MI 107-3 DF, rel. min. Moreira Alves, DJ de 21/09/90.

[295] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313.

[296] Nesse ponto, afirma Carlos Blanco de Morais que "se fosse possível extrair da letra e do espírito do art. 5º da LXXI da Constituição Brasileira uma única solução interpretativo-integrativa juridicamente obrigatória, seria perfeitamente defensável a prescindência do legislador e a competência do STF para concretizar diretamente esse regime a partir da Constituição, através do preenchimento de um vazio ou lacuna. Contudo, foi o próprio STF a confrontar-se, gradualmente, nas suas decisões tomadas em concreto, com uma diversidade de soluções sobre o MI, evoluindo de uma versão que alguns Ministros qualificaram de ´lírica´, para outra de alcance absoluto que coloca o judiciário a legislar supletivamente com força obrigatória geral. Assim, acabou por ser o mesmo órgão a reconhecer implicitamente que da Constituição não é possível extrair uma única solução obrigatória." (MORAIS, Carlos Blanco de. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 345).

com a entrada em vigor da Lei 13.300, de 23.06.2016, encerrando um vácuo legislativo de vinte e oito anos quanto à regulamentação do instituto.[297]

De acordo com o artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988, replicado no artigo 2º da Lei 13.300/2016, o objeto do mandado de injunção é assegurar o exercício *i)* dos direitos e liberdades constitucionais; e *ii)* das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania, cujo exercício estiver obstado pela falta total ou parcial de norma regulamentadora.

Ocorre que, já na interpretação da norma constitucional, a doutrina trouxe controversas posições quanto ao objeto do mandado de injunção, desde aquelas mais restritas, como a de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[298], para quem o cabimento da medida se dá apenas para a efetivação de algumas categorias de direitos fundamentais, porque a expressão "*direitos e liberdades constitucionais*" estaria limitada pela parte final do dispositivo, ou seja, às prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, até outras de caráter ampliativo, como a de José Afonso da Silva[299], no sentido de que o instrumento poderia tutelar todo e qualquer direito constitucional. Como não há restrição no artigo 5º, LXXI, o mandado de injunção protegeria direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas, sendo apenas essas últimas relativas à nacionalidade, à soberania e à cidadania.[300]

Para Elival da Silva Ramos, o Constituinte brasileiro considerou a omissão normativa que inviabiliza a fruição de um direito fundamental mais grave do que aquela que apenas impede a efetividade plena de norma constitucional referente a outros temas. Por isso, entende o autor que o mandado de injunção se vincula ao regime próprio dos direitos fundamentais, não se estendendo a outros direitos, ainda que constitucionalmente assegurados.[301]

Há, ainda, quem entenda que existe na parte final do citado artigo 5º, LXXI, uma ampliação do objeto do mandado de injunção, que abrangeria as prerrogativas inerentes à

---

[297] Para análise da regulamentação proposta, ver *Regulamentação do Mandado de Injunção* (AMARAL JÚNIOR, José Levi do**.** Regulamentação do mandado de injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p.152-160).

[298] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 357.

[299] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 452.

[300] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 123.

[301] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 314.

nacionalidade, à soberania e à cidadania, ainda que não diretamente contempladas no texto constitucional.[302] Sergio Bermudes exemplifica a hipótese:

> Bem pode acontecer, para ficarmos num único e expressivo exemplo, que a norma de direito eleitoral, editada por lei ordinária, assegure prerrogativa, cuja efetividade fique dependente de outra norma regulamentadora. Nesse caso, o mandado de injunção também será cabível, posto que a prerrogativa não esteja assegurada na Constituição, mas em texto de menor hierarquia. Eis, em síntese, a construção de Barbosa Moreira, dentre as possíveis, a mais compatível com a norma do inc. LXXI do art. 5.º da Constituição.[303]

A respeito do objeto do mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal, no *leading case* representado pelo Mandado de Injunção n. 107/DF, definiu que não haveria razão para "*restringir os termos literais do inciso LXXI do artigo 5º da Constituição, alusivo a direitos e liberdades constitucionais*"[304], afastando, portanto, a interpretação mais restrita.

Por outro lado, é de se considerar que uma interpretação teleológica e sistemática do artigo 5º, LXXI, da Constituição, leva à conclusão de que o objeto do mandado de injunção deve abranger apenas os direitos previstos em normas constitucionais – e à essa interpretação intermediária aqui se adere –, desde que o seu exercício tenha sido inviabilizado em razão da falta de norma regulamentadora. Entende-se, nesse ponto, que o objeto do mandado de injunção não se limita aos direitos constitucionais vinculados ao *status* de cidadão ou de nacional, mas também não extrapola o âmbito dos direitos previstos em normas constitucionais. Como sintetiza José Afonso da Silva em relação ao objeto do mandado de injunção:

> Daí seu objeto: assegurar o exercício (a) de qualquer direito constitucional (individual, coletivo, político ou social) não regulamentado; (b) de liberdade constitucional, não regulamentada, sendo de notar que as liberdades são previstas em normas constitucionais comumente de aplicabilidade imediata, independentemente de regulamentação; vale dizer, incidem diretamente; de modo que raramente ocorrerá oportunidade de mandado de injunção nessa matéria, mas há situações como a do art. 5º, VI, em que a liberdade de cultos religiosos ficou dependente, em certo aspecto, de lei regulamentadora, quando diz: "garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias"; (c) das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, também quando não regulamentadas/ soberania é a soberania popular, segundo dispõe o art. 14, não a soberania estatal; aqui igualmente não ocorrerão muitas hipóteses de ocorrência do mandado de injunção; é que as questões de nacionalidade praticamente se esgotam nas prescrições constitucionais que já a definem de modo eficaz no art. 12; apenas a naturalização depende de lei, mas esta, como vimos, já existe, portanto é matéria

---

[302] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Mandado de Injunção. **Revista de Processo**, v. 56, out.-dez. 1989, p. 112.
[303] BERMUDES, Sergio. O mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, v. 642, p. 2, abr. 1989.
[304] MI-QO 107, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 23.11.1989.

> regulamentada, que, por isso mesmo, não dá azo ao mandado de injunção; as prerrogativas da soberania popular e da cidadania se desdobram mediante lei, mas estas já existem, embora devam sofrer profunda revisão, quais sejam o Código Eleitoral e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos; a lei prevista no art. 5º, LXXVII, destinada à definição dos atos necessários ao exercício da cidadania, também já foi promulgada: Lei 9.265, de 12.2.1996.[305]

Assim, desde que seja constitucionalmente assegurado o direito reclamado, são pressupostos do remédio constitucional *i)* a falta de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada; e *ii)* ser o impetrante beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em juízo.[306]

Não é a mera omissão legislativa que permite a injunção. É necessário que a ausência de norma torne inviável o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas. Por isso, a norma constitucional cuja regulamentação é omitida tem de ser de eficácia limitada.[307]

A norma regulamentadora, na hipótese, poderá ser de qualquer hierarquia – lei complementar, ordinária, regulamento, resolução, portaria, decisões administrativas normativas –, desde que sua ausência inviabilize um determinado direito constitucional.[308]

De outro lado, a legitimação ativa para impetração da medida segue a regra geral: é legitimado o titular do direito cujo exercício está obstado por falta de norma regulamentadora. Também entidades de classe ou associativas e os sindicatos, substituindo processualmente seus membros ou filiados, a exemplo do que ocorre no mandado de segurança coletivo, poderão ajuizar o mandado de injunção. Sendo difusos ou coletivos os interesses a serem protegidos, o Ministério Público poderá promover o mandado de injunção.[309]

Vejam-se, a propósito, os artigos 3º e 12 da Lei 13.300/2016:

> Art. 3º - São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.
> Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:
> I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

---

[305] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 452.
[306] Ibidem, p. 452.
[307] SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 94, p. 146-151, abr./jun. 1990. Nesse sentido, não é cabível o mandado de injunção quando a norma constitucional for auto-aplicável (MI 74 QO, Relator Min. Carlos Madeira, DJ 14.04.1989).
[308] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 101.
[309] Ibidem, p. 95.

> II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;
> III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;
> IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.
> Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

Em relação à legitimidade passiva, embora haja divergência na doutrina, no sentido de que deveria constar no polo passivo a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da injunção[310], a Lei 13.300/2016 dispôs, expressamente, que "são legitimados [...], como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora", na linha do que já havia decidido o Supremo Tribunal Federal.[311]

Quanto à competência, o Constituinte de 1988 concentrou a apreciação do mandado de injunção nos tribunais, a fim de evitar a dispersão do poder decisório e, assim, permitir uma uniformidade de critério na integração das lacunas. A Constituição, portanto, reparte a competência para o julgamento com base na fonte de onde deveria ter emanado a norma faltante.[312]

Nos termos do artigo 102, I, "*q*", da Constituição Federal de 1988, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal. Ao Superior Tribunal de Justiça, segundo define o artigo 105, I, *h*, da Constituição de 1988, compete processar e julgar o mandado de injunção, quando a

---

[310] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 127.

[311] Nesse sentido, o MI 323-8: "Em face da natureza mandamental do mandado de injunção, como já afirmado por este Tribunal, ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares que, em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor."

[312] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 94.

elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da Administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

O Supremo Tribunal Federal também dispõe de competência recursal ordinária, para julgar, em recurso ordinário, os mandados de injunção decididos em instância única pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II, a).

O artigo 121, §4º, V, por sua vez, estabelece a competência originária dos Tribunais Regionais Eleitorais e a competência recursal do Tribunal Superior Eleitoral.

A doutrina também diverge quanto aos efeitos produzidos pela concessão do mandado de injunção, sendo três as principais interpretações. Para a primeira, caberia ao Poder Judiciário, após constatar a presença dos pressupostos para acolhimento do pedido, proferir decisão de natureza normativa, elaborando, ainda que provisoriamente e decorrido o prazo fixado para a colmatagem do vazio normativo, a regulamentação reclamada para o exercício do direito protegido por injunção. A decisão, de natureza precária e supletiva, operaria em abstrato e com efeitos gerais, tendo o provimento eficácia *erga omnes*. Essa tese foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo em razão de atribuir ao Poder Judiciário atividade de natureza normativa.[313]

Flávia Piovesan ressalta, ainda, quanto à primeira corrente, que a elaboração de norma geral e abstrata não seria condizente com a finalidade de um instrumento de tutela de direito subjetivo.[314]

Já para uma segunda linha geral de interpretação, a procedência do mandado de injunção daria ensejo a provimento de natureza constitutivo-condenatória ou constitutivo-mandamental, por meio do qual seria elaborada a disciplina normativa necessária ao exercício do direito tutelado apenas para incidência no caso concreto, para então impor condenação ou ordem de fazer ou não fazer ao sujeito passivo. Essa solução enfrenta críticas no sentido de que a eficácia *inter partes* da decisão conduziria à propositura de diversas ações da mesma natureza e isso, além de sufocar os tribunais superiores, poderia gerar decisões conflitantes, desrespeitando o princípio da isonomia.[315]

---

[313] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 315.
[314]PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 131.
[315] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 316.

Finalmente, a terceira corrente, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal durante anos, sustenta que a decisão de procedência da ação teria natureza constitutiva, já que poderia meramente constituir em mora o órgão ou entidade inerte, dando-lhe ciência da omissão, a fim de pudessem ser adotadas as providências necessárias ao suprimento da omissão.[316]

A doutrina, portanto, divergia se seria o mandado de injunção um instrumento apto a garantir, efetivamente, o exercício de direitos e liberdades constitucionalmente previstos (corrente concretista); se a sua finalidade seria a de informar o órgão omisso, conferindo-lhe prazo para colmatar a lacuna, sob pena de satisfação do direito (corrente intermediária); ou, ainda, se o mandado de injunção não passaria de um sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, tão somente atestando a ciência ao órgão omisso a respeito do seu dever de regular a matéria (corrente não concretista).[317]

No julgamento do MI n. 107[318], em que foi suscitada questão de ordem, vê-se, claramente, a adoção da corrente não concretista pelo Supremo Tribunal Federal. Transcreva-se, a propósito, trecho do voto do Ministro Moreira Alves, relator do caso:

> A Constituição partiu da premissa de que, com a procedência da ação direta ou do mandado de injunção, o poder competente, declarada a inconstitucionalidade de sua omissão, não persistirá em sua atitude omissa. E bem ou mal, contentou-se com essa eficácia. Ao Supremo Tribunal Federal, a quem precipuamente incumbe a guarda dessa constituição, não é dado, sem qualquer apoio em elementos interpretativos sólidos, desconsiderar essa eficácia, para, com base nessa desconsideração, ter como inócuo o mandado de injunção e atribuir-lhe efeitos que, como se demostrou, não se coadunam com o sistema dessa mesma Constituição [...]
> Portanto, em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direitos, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), com a determinação, se for o caso da suspensão de processos judiciais ou administrativos referida no final do item anterior deste voto.[319]

---

[316] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 317.

[317] PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da decisão em mandado de injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 446.

[318] No MI 107/DF, um servidor público militar pleiteou a regulamentação da estabilidade prevista no §9º do artigo 42 da Constituição Federal. Neste caso, apontado como *leading case*, o STF decidiu, por maioria de votos, que o mandado de injunção não seria o instrumento apto a amparar expectativas dos cidadãos, equiparando-o, assim, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (STF, Tribunal Pleno, MI 107/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 2.8.1991).

[319] STF, Tribunal Pleno, MI 107/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 2.8.1991.

Com a adoção dessa última interpretação, não concretista[320], o Supremo Tribunal Federal praticamente equiparou o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, já que tanto um como o outro são instrumentos destinados ao enfrentamento da omissão inconstitucional, mas não autorizam o Poder Judiciário a substituir o órgão responsável por dar cumprimento à norma constitucional. Além disso, a legitimação para agir, nesse caso, não necessariamente seria concebida como um contencioso subjetivo, na medida em que o provimento não propiciaria a fruição do direito reclamado.[321]

Como destaca Flávia Piovesan,

> [...] a duplicidade de instrumentos jurídicos afastaria a logicidade e coerência do sistema constitucional, mesmo porque não haveria sentido em centrar a legitimidade ativa no caso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão nos entes elencados pelos incisos I a IX do artigo 104 e, ao mesmo tempo, admitir a ampla legitimidade do mandado de injunção, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, se ambos instrumentos apresentassem idênticos efeitos.[322]

Com o tempo, a teoria não concretista perdeu força e o Supremo Tribunal Federal alterou a sua jurisprudência gradativamente, conferindo maior efetividade ao mandado de injunção. Veja-se, por exemplo, no julgamento do MI n. 283, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que o Tribunal, dessa vez adotando a corrente concretista, determinou prazo para que o Poder Legislativo editasse a norma omissa. Confira-se a ementa do referido julgado:

> Mandado de Injunção: mora legislativa na edição de lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 89, § 3°, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.
> [...]
> Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento de injunção para:
> a)declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8°, §3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República;
> b)assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;
> c)se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;

---

[320] MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 183.
[321] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 318.
[322] PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 133.

> d)declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.[323]

Essa mudança na orientação do Supremo Tribunal Federal foi reafirmada no julgamento do MI 232-1, onde se discutiu o alcance do § 7º do artigo 195 da Constituição de 1988, que estabelece serem "isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei." Na parte que aqui nos importa, a decisão foi assim ementada:

> Mandado de injunção conhecido, em parte e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.[324]

Em outra oportunidade, no julgamento do MI n. 721-7/DF325, ocorrido em 2007, a Corte assegurou a servidora pública federal, com exercício de função em condições insalubres, o direito à aposentadoria especial prevista no §4º do artigo 40 da Constituição Federal, cuja aquisição fora condicionada à edição de lei complementar, formulando, precária e supletivamente, norma para o caso concreto, extraída do disposto no artigo 57 da Lei n. 8.213, de 24.07.1991 (Lei do Plano de Benefícios da Previdência Social), com clara indicação de que se cuidava de controle incidental, concreto e de efeito *inter partes*.[326]

Já no julgamento dos Mandados de Injunção n. 670/ES, 708/DF e 712/PA, o Supremo Tribunal Federal reconheceu aos servidores públicos em geral o direito de greve, contemplado em norma constitucional de eficácia limitada (artigo 37, VII, da CF), a ser exercido nos termos e limites da Lei n. 7.783, de 28.07.1989, que disciplinava a questão no setor privado. Nesse julgamento, o STF ainda conferiu eficácia *erga omnes* à decisão de procedência, não restringindo o seu alcance à categoria representada pelo sindicato impetrante. [327]

---

[323] MI 283, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 18.08.92.
[324] MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27.03.1992.
[325] "Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral" (STF, Pleno, MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 30.11.07).
[326] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 322-323.
[327] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 323.

Nesse contexto de absoluta oscilação jurisprudencial, a Lei 13.300/2016 definiu, expressamente, os efeitos da decisão que defere a injunção. Confira-se, a propósito, o artigo 8º da referida lei:

> Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:
> I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
> II - 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.

Ainda, restou previsto no parágrafo único do artigo 8º que será dispensada a determinação a que se refere o inciso I quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma. Veja-se, portanto, da leitura do dispositivo legal, que o legislador adotou posição intermediária, cumulando duas medidas. Primeiro, comunica-se ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que seja elaborada a lei em determinado prazo, caso já não tenha havido o transcurso de prazo estabelecido para a edição da norma em mandado de injunção anterior. Vencido o prazo sem que tenha sido suprida a omissão, serão estabelecidas as condições para o efetivo exercício, pelo impetrante, do direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente prevista.[328]

Esse entendimento concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de elaborar a lei, ao mesmo tempo em que possibilita ao Poder Judiciário garantir aos cidadãos o efetivo exercício de determinado direito constitucional. Além disso, diante da clara distinção entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a interpretação mais coerente é aquela que concebe o mandado de injunção como um instrumento de tutela efetiva de direitos, por meio do qual o Poder Judiciário pode suprir a falta de regulamentação criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes. Como coloca Luís Roberto Barroso:

> O objeto da decisão não é uma ordem ou uma recomendação para edição de uma norma. Ao contrário, o órgão jurisdicional substitui o órgão legislativo ou administrativo competentes para criar a regra, criando ele próprio, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária. A função do mandado de injunção é fazer com que a disposição constitucional seja aplicada em

[328] PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da decisão em mandado de injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 458.

> favor do impetrante, ´independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada´[329]

De acordo com o texto da nova lei, a decisão, em regra, gerará efeitos limitados às partes, podendo ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (caput e § 1º do artigo 9º). Além disso, transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator (§ 2º do artigo 9º).

Além de agora restarem definidas em lei a eficácia subjetiva e os efeitos da decisão do Poder Judiciário em mandados de injunção, a sua eficácia temporal também recebeu tratamento e foi limitada[330], uma vez que deixará a decisão judicial de ter efeitos tão logo seja regulamentada a norma faltante.[331] A superveniência de norma regulamentadora aplica-se *ex nunc* aos beneficiados por injunção transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável (artigo 11).

Finalmente, outra questão que nos importa aqui avaliar é o cabimento de mandado de injunção na hipótese de omissão legislativa parcial e, mais especificamente, na hipótese de omissão relativa.

A leitura do dispositivo constitucional que instituiu o mandado de injunção sugere, a princípio, que o seu cabimento ocorreria nos casos de ausência de norma regulamentadora.[332] Tanto é assim que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nesse aspecto, era pacífica no sentido de que, existindo lei, o fato dela não satisfazer os ditames constitucionais não seria situação equiparável à falta de norma jurídica, e que a inconstitucionalidade eventual do regramento em vigor não comportaria correção por meio de mandado de injunção.[333]

---

[329] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 99.

[330] Nesse ponto, afirma Sergio Bermudes que "pode-se, ainda, fazer a assertiva de que a sentença concessiva da injunção tem duração efêmera, inserindo-se, destarte, na categoria das sentenças determinativas, pois, uma vez em vigor a norma regulamentadora, o direito, a liberdade, a prerrogativa, passarão a ser por ela regulados, e não mais pela providência judicial." (BERMUDES, Sergio. O mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, v. 642, , p. 3, abr. 1989).

[331] PACHECO, Maria Carla de Avelar. O mandado de injunção: aspectos gerais e efeitos da decisão à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Lei n° 13.300, de 23 de junho de 2016. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 41, n. 2, p. 207, jul./dez. 2016.

[332] Por outro lado, toda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em torno do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição, resumia-se, desde 1988, a casos de omissão legislativa total (MI 369/DF; MI 95/RR; MI 124/SP; MI 278/MG; MI 695/MA; MI 670/ES; MI 708/DF; MI 712/PA; MI 721/DF).

[333]"Existindo lei disciplinando a matéria constitucional (redução de imposto de renda a aposentados e pensionistas com mais de 65 anos e renda constituída exclusivamente dos frutos do trabalho), não se justifica o ajuizamento de mandado de injunção, ação que pressupõe a ausência de norma que impeça o gozo de direitos ou prerrogativas instituídas pela Lei Maior" (MI 152-AgRg, Rel. Min. Célio Borja, DJ de 20.04.1990). Flávia Piovesan também anota que "a respeito dessa polêmica, insta anotar que o Supremo Tribunal Federal já firmou

O mandado de injunção, portanto, seria cabível nos casos de omissões absolutas totais. A doutrina, contudo, há tempo admite a possibilidade de controle das chamadas "omissões parciais" por meio de mandado de injunção[334], e esse ponto foi expressamente tratado pela Lei 13.300/2016, que dispôs, em seu artigo 2º: "Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."

Assim, enquanto a Constituição se refere apenas à concessão do MI "*sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades [...]*", o artigo 2º da Lei 13.300/2016 atesta, em uma interpretação ampliativa, que se concederá o mandado de injunção "*sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais [...]*" (grifo nosso).

No parágrafo único do artigo 2º, há, ainda, disposição extremamente vaga, que define a omissão parcial, considerando-se parcial "a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo legislador competente."

Nesse ponto, então, é necessário, mais uma vez, retomar a classificação das omissões legislativas inconstitucionais adotada neste trabalho (cf. item 4.2), que impera na jurisprudência e na doutrina italiana, espanhola e portuguesa[335], para analisar quais são as hipóteses de omissão parcial que podem ser tuteladas pelo mandado de injunção.

No caso da omissão absoluta parcial, não há dúvida de que é cabível o mandado de injunção, já que o critério que a distingue da omissão absoluta total é apenas quantitativo. A norma regulamentar trata apenas parcialmente do direito constitucional assegurado, da seguinte forma: deveriam ser regulados os direitos *x* e *y*, mas a norma regulamentar tratou apenas de *x*. Há, nessa hipótese, ausência de norma em relação à matéria *y*, sendo, portanto,

---

princípio de que se há lei preexistente à ordem jurídica, não é o caso de falar-se em omissão, tendo em vista que a questão da lei existente satisfazer ou não os ditames constitucionais não se identifica com a falta de norma regulamentadora, pressuposto de cabimento da injunção, mas identifica-se com o controle de constitucionalidade tradicional." (PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 121).

[334] Embora com extensões diferentes, admitem o cabimento de mandado de injunção diante de omissão parcial, entre outros: BLANCO DE MORAIS, As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português, p. 353-366; GILMAR MENDES, O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa, p. 17; FLÁVIA PIOVESAN, **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 120.

[335] MORAIS, Carlos Blanco de. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 352.

perfeitamente cabível o mandado de injunção para tutelar a omissão absoluta parcial, a fim de que seja regulada a matéria *y*.[336]

Em outra situação, por exemplo, se for emitida lei destinada a regular a licença paternidade acolhida no inciso XIX do artigo 7º da Constituição e essa lei não estabelecer os requisitos que permitam o exercício do direito (como a não previsão da duração da licença), haverá uma omissão absoluta parcial centrada na insuficiência de regulação da lei que inviabiliza o seu fim constitucional. Trata-se, na verdade, de um subtipo de omissão parcial que envolve uma dimensão quantitativa e qualitativa[337], também tutelável por meio do mandado de injunção.

Na realidade, nos casos de omissão parcial, o julgamento será norteado não pela necessária constatação da mora ou da inércia legislativa, mas pela verificação do possível cumprimento parcial do dever constitucional de legislar, isto é, da insuficiência da norma para o exercício pleno do direito em questão.[338]

A questão se torna mais complexa, contudo, em relação à omissão relativa, que

> [...] decorre, em regra, de leis ordinárias violadoras do princípio da igualdade (ou do princípio da universalidade), na medida em que não incluam no seu âmbito de previsão subjectivo uma dada categoria de sujeitos, pese o facto dos últimos se encontrarem posicionados numa situação igual ou homóloga em relação aos destinatários desse regime jurídico.[339]

Embora parte da doutrina sustente que a expressão omissão parcial, por antinomia com a omissão total, envolve a existência de uma legislação defeituosa ou incompleta que inviabilize (em parte) o exercício de direitos e liberdades, incluindo também a hipótese de omissão legislativa parcial que afronte o princípio da isonomia[340], não são levadas em conta

---

[336] A título de exemplo da omissão absoluta parcial, "se para dar execução ao XXIV do art. 5º da Constituição brasileira, a lei estipular o procedimento de desapropriação por utilidade pública, mas não contemplar um regime processual de desapropriação por utilidade social, tal como a Constituição prescreve que faça, incorrerá nesse tipo de omissão." (MORAIS, Carlos Blanco de. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 353).

[337] Ibidem, p. 354.

[338] VALE, André Rufino do. Mandado de injunção: comentários ao projeto de regulamentação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 183.

[339] MORAIS, Carlos Blanco de. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 354.

[340] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1319; Flávia Piovesan. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 120: "Defende-se o cabimento do mandado de injunção na hipótese de omissão

as especificidades da omissão relativa, na medida em que se analisa essa última como mera espécie qualitativa das omissões parciais.

Veja-se, contudo, que, diversamente do que sucede com as outras omissões, as omissões relativas não têm relação, necessariamente, com a obrigatoriedade de dar execução a normas constitucionais não exequíveis por si próprias. Ao contrário, as omissões relativas, em regra, estão relacionadas com falhas parciais qualitativas na regulação positiva que, em razão da sua não inclusão subjetiva, violam o princípio da igualdade.[341]

Na omissão relativa, portanto, "não está em causa a edição verdadeiramente inovatória de nenhum novo regime material em falta por parte do tribunal Constitucional, mas a necessidade jurídica de alargar um dado regime material a outros destinatários."[342]

Por isso, Carlos Blanco de Morais registra, com propriedade, que não se pode assimilar as omissões legislativas relativas e as omissões legislativas parciais como expressões sinônimas. Embora esses dois tipos de omissão possam ser cumulados[343], o fato é que só haverá omissão parcial quando estiver em causa a concretização de normas constitucionais não exequíveis por si próprias. Isso significa que se houver uma discriminação legal não inclusiva que viole o princípio da igualdade, mas que não decorra de determinada norma constitucional não exequível por si própria, estaremos diante de uma omissão relativa apenas, e não de uma omissão parcial.[344]

Assim, não se pode falar em falta de norma regulamentadora, seja ela parcial ou total, se essa norma regulamentadora não decorrer de uma norma constitucional não exequível por si mesma. Se, na omissão relativa, é possível que a regulamentação não decorra de uma

---

legislativa parcial que afronte o princípio da isonomia, o que ocorre ante a exclusão legal de benefício. Neste sentido, a omissão legislativa parcial seria equiparável à falta de norma regulamentadora, o que ensejaria o cabimento do mandado de injunção para estender a disciplina legal aos grupos impetrantes excluídos, de modo a tornar viável o exercício do direito constitucional."

[341] MORAIS, Carlos Blanco de. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 355.

[342] Ibidem, p. 356.

[343] Carlos Blanco de Morais exemplifica essa cumulação com uma lei que confira benefícios sociais a crianças órfãs, nascidas a partir de determinada data pretérita, sem justificação relevante para a referida data. Há, então, simultaneamente, uma omissão parcial, porque não se deu exequibilidade suficiente à norma programática contida no nº 2 do artigo 69º da Constituição portuguesa, já que excluiu um universo de crianças órfãs; e uma omissão relativa inconstitucional, ao criar uma desigualdade injustificada, resultante da não inclusão infundada de uma categoria de crianças órfãs (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 459).

[344] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 458-459.

imposição constitucional, não há sequer como sustentar a titularidade do impetrante do mandado de injunção nessa hipótese.[345]

Por isso, entende-se que não decorre da letra da Constituição a integração das omissões relativas (omissões parciais qualitativas) no âmbito das omissões tuteladas pelo mandado de injunção, por suas próprias características. A interpretação que deve ser dada à "omissão parcial" contida no artigo 2º da Lei 13.300/2016 é no sentido de que são fiscalizáveis por meio do mandado de injunção as omissões parciais quantitativas ou as omissões parciais que decorram de norma constitucional não exequível por si mesma.

[345] No entendimento do Supremo Tribunal Federal, "para ser cabível o mandado de injunção, não basta que haja eventual obstáculo ao exercício de direito ou liberdade constitucional em razão de omissão legislativa, mas concreta inviabilidade de sua plena fruição pelo seu titular. Daí por que há de ser comprovada, de plano, a titularidade do direito (…) e a sua inviabilidade decorrente da ausência de norma regulamentadora do direito constitucional." (MI 2195-AgRg, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 18.3.2011).

5 A OMISSÃO RELATIVA E AS SENTENÇAS ADITIVAS

5.1 A TUTELA DAS OMISSÕES RELATIVAS POR MEIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO

Visto o conceito de omissão relativa e apresentados, no capítulo anterior, os meios de controle da omissão legislativa inconstitucional no sistema brasileiro, propomo-nos a responder, a essa altura, qual é o meio de controle a ser adotado no caso das omissões relativas, se por ação ou por omissão, já que esse tipo de omissão não preenche os requisitos formais da omissão inconstitucional.

A questão envolve o próprio conceito de omissão inconstitucional e o seu respectivo parâmetro de controle. Na realidade, a dúvida quanto à forma de controle da omissão relativa se dá porque o objeto do controle, nesse caso, deve recair sobre normas implícitas, ou seja, sobre a norma ideal que decorre do silêncio ilegítimo da lei.[346]

Veja-se que há, na hipótese, um ato normativo que não é inconstitucional pelo direito que assegurou ou pela disciplina que estabeleceu, mas sim por não ter observado um comando constitucional de isonomia. Exemplo clássico é o da norma que determina a concessão, aos filhos dos casais constituídos em regime de união matrimonial, abono de família no valor de *x*. Dessa norma, pode-se extrair outra, implícita, que dispõe não se conceder aos filhos dos casais constituídos em regime de união estável o abono de família referido. É sobre essa última norma, implícita, que incide o controle de constitucionalidade.[347]

Uma norma implícita que procede a esse tipo de exclusão perpetra uma inconstitucionalidade por ação, já que estabelece um critério positivo de discriminação infundada. Na realidade, essa exclusão discriminatória é equivalente a uma exclusão inconstitucional explícita das respectivas pessoas não contempladas. Por isso, o controle deve ser feito por meio do mesmo processo de controle das discriminações expressas, isto é, o controle de constitucionalidade por ação.[348]

Reforça a violação por ato comissivo, na omissão relativa, o fato de não ser necessária a concretização de norma constitucional não exequível por si própria, como ocorre nas omissões absolutas. As omissões relativas, portanto, podem surgir ainda que determinado ato

---

[346] XAVIER, Taciana. A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 349-350.
[347] Ibidem, p. 350.
[348] Ibidem, p. 350.

normativo não seja editado em atendimento a um dever constitucional concreto e específico, isto é, quando se tratar de uma norma decorrente do dever geral de legislar, no âmbito de discricionariedade do legislador.

Por essa razão, inclusive, Carlos Blanco de Morais afirma, categoricamente, que as omissões relativas

> [...] só num plano figurativo ou referencial são genuínas omissões", [sendo elas, na realidade,] lacunas axiológicas, onde o conteúdo incompleto de um regime legal positivo afronta a Constituição pelo facto de o silêncio parcial de algumas das suas normas gerar uma depreciação indevida de garantias, ou uma situação intoleravelmente discriminatória, à luz do princípio da igualdade.[349]

Ainda na hipótese de cumulação entre omissões parciais e omissões relativas, sustenta o autor que é mais eficaz reparar a ofensa à Constituição por meio do controle de constitucionalidade por ação, e não por omissão[350]. Cita, nesse contexto, o exemplo hipotético no qual o governo adota um sistema legal que confere benefícios sociais a crianças órfãs, tornando-o aplicável apenas às crianças nascidas a partir de uma determinada data pretérita, sem que a fixação dessa data se justifique. Haveria, então, simultaneamente,

> [...] uma inconstitucionalidade parcial por omissão (o Governo não deu exequibilidade ou suficiente exequibilidade à norma programática contida no nº 2 do art. 69 da Constituição, já que deixou fora da sua previsão legal um dado universo de crianças órfãs) e uma omissão relativa inconstitucional, pois criou por via legislativa, uma desigualdade injustificada, resultante da não inclusão infundada de uma categoria de crianças órfãs, no âmbito da atribuição de um dado benefício a outra categoria posicionada numa situação materialmente idêntica.[351]

Entende-se que uma exclusão inconstitucional implícita com caráter discriminatório, mesmo que involuntária, equivale, na sua antijuricidade objetiva, a uma exclusão inconstitucional explícita das mesmas pessoas. Trata-se, na verdade, de dois modos comissivos de atingir o mesmo propósito discriminatório, um por meio de norma implícita que determina o efeito inconstitucional, e outro por meio de norma que o determina expressamente, devendo a repressão dessa violação constitucional ser processada pelo mesmo tipo de controle, a fiscalização por ação.[352]

Nesse sentido, Carlos Blanco de Morais afirma que

---

[349] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 840.
[350] Ibidem, p. 460.
[351] Ibidem, p. 459.
[352] Ibidem, p. 841.

> [...] no caso das omissões relativas, o objecto do processo de fiscalização acaba por ser uma norma ideal com carácter implícito e ilegitimamente discriminatório e não, a título imediato, o silêncio ilegítimo da lei (e do legislador), pelo que encontra justificado o recurso a um controlo de inconstitucionalidade por acção destinado a invalidar essa norma.[353]

Segundo o autor,

> [...] as omissões relativas constituem um fenómeno sindicável em sede de inconstitucionalidade por acção, na medida em que pressupõem uma conduta activa incompleta do legislador, a qual se traduz em leis que discriminam em razão do seu silêncio parcial certas categorias de pessoas que, nos termos constitucionais, deveriam ser por elas também contempladas.[354]

Rui Medeiros também entende que, na omissão relativa, não se aplica o controle de constitucionalidade por omissão. Segundo o autor:

> [...] forçoso será reconhecer que o regime de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão não se aplica às leis que concedem direitos em violação do princípio da igualdade. O respeito pelo princípio da constitucionalidade em geral e pelo princípio da igualdade em especial não tolera outro entendimento. A preferência pelo regime quase inofensivo da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão permitiria que se perpetuassem no tempo as desigualdades. E, como se isso não bastasse, no caso em que os não contemplados pela lei fossem minoritários, a manutenção dos direitos dos beneficiados ilegitimamente pela lei discriminatória reduziria a pressão política sobre o legislador e, ao colocar os direitos das minorias na disponibilidade da boa vontade das maiorias, contribuiria para a manutenção do status quo inconstitucional.[355]

Já em sentido oposto, Jorge Pereira da Silva sustenta que, tratando-se do dever de reposição da igualdade, a inconstitucionalidade não se localizaria nem na norma favorável, nem na norma desfavorável, mas sim no confronto entre elas. Entretanto, entende o autor que, em juízo, quando se ataca a norma desfavorável, questiona-se a omissão legislativa resultante da não correção da igualdade violada, e não a norma favorável que serve de fundamento à sua pretensão. Por isso, segundo o autor, "os casos de omissão relativa deverão ser, em princípio,

---

[353] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 841.
[354] Idem. **Justiça constitucional:** garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Tomo I, p. 137.
[355] MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade:** os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Catolica Editora, 1999, p. 520-521.

fiscalizados por via de omissão, porque é a pretensão formulada pelo particular que determina a via a seguir."[356]

Para o autor, as omissões relativas geram normas implícitas contrárias à Constituição, mas devem, ainda assim, ser fiscalizadas por meio do controle de constitucionalidade por omissão, já que só assim, em seu entendimento, serão tutelados os direitos subjetivos dos particulares.

Esse entendimento, entretanto, parte do pressuposto de que se procederá ao controle concreto da omissão inconstitucional – que, no sistema brasileiro, ocorreria por meio do mandado de injunção –, como se se devesse substituir o controle concreto pelo abstrato, o que, a nosso ver, não tem respaldo na Constituição.[357]

De outro lado, Canotilho faz uma distinção fundada na intenção do legislador. Segundo ele, a concretização incompleta da norma constitucional, característica das omissões parciais e relativas, tanto pode resultar

> [...] de uma intenção deliberada do legislador em conceder vantagens só a certos grupos ou contemplar certas situações (exclusão expressa ou explícita), violando o princípio da igualdade e cometendo uma ´inconstitucionalidade por acção´, como derivar apenas de uma incompleta apreciação das situações de facto, mas sem que haja o propósito de arbitrária e unilateralmente se favorecerem só certos grupos ou situações (incompletude regulativa).[358]

Segundo o autor, nessa última hipótese, haverá uma inconstitucionalidade por omissão, e não por ação.

Não se vê, contudo, como poderá ter relevância eventual dolo ou negligência do legislador ao estabelecer um regime contrário ao princípio da igualdade. Ao contrário do que sustenta Canotilho, independentemente da intenção do legislador, se há violação ao princípio da igualdade, não será a intenção do legislador que tornará essa violação uma omissão ou uma ação. O critério, na realidade, é objetivo e leva em consideração a norma posta.[359]

---

[356] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 212.

[357] XAVIER, Taciana. A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009. p. 351.

[358] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.036.

[359] Como aduz Rui Medeiros, "[...] uma enumeração taxativa das situações ou pessoas abrangidas pela lei significa, frequentemente, com base numa interpretação *a contrario* e na *ratio legis*, uma exclusão das demais situações ou pessoas. Fala-se, em termos sugestivos, em silêncio qualificado da lei. Ora, em face disto, é irrelevante que a exclusão decorra imediatamente da letra da lei ou da sua interpretação teleológica. A distinção entre um silêncio excludente e expressa determinação legal é, pois, meramente acidental, não tendo sentido que a

Como pondera Rui Medeiros nesse ponto, a questão não é saber qual a intencionalidade direta de uma regulação, mas sim verificar a própria regulação, para constatar se há ou não soluções materiais que, direta ou indiretamente, violem normas ou princípios materiais da Constituição. [360]

Jorge Miranda, também realizando uma certa confusão conceitual entre omissões parciais e omissões relativas, defende, em linhas gerais, o uso alternativo do controle de constitucionalidade por ação e por omissão. Afirma o autor que

> [...] algumas omissões parciais implicam, desde logo, inconstitucionalidade por acção, por violação do princípio da igualdade, sempre que acarretem um tratamento mais favorável ou desfavorável prestado a certas pessoas ou a certas categorias de pessoas, e não a todas as que, estando em situação idêntica ou semelhante, deveriam também ser contempladas do mesmo modo pela lei. É então que, reagindo contra o arbítrio, mais se propicia a intervenção do Tribunal Constitucional a trabalhar sobre as normas legais que contenham essas omissões ou a declará-las inconstitucionais.[361]

Entretanto, aqui se faz idêntica observação: uma mesma situação de violação ao princípio da igualdade por uma norma implícita não pode, ao mesmo tempo, ser objeto de diferentes tipos de controle.

Na verdade, a tutela específica das omissões inconstitucionais, no ordenamento jurídico brasileiro, reclama procedimento específico em razão dos efeitos jurídicos produzidos de acordo com a via de fiscalização eleita. Não se acolhe a ideia de potencial identidade ou manejo de efeitos jurídicos entre a tutela dos atos comissivos e omissivos.[362]

O que tem de ser destacado é o fato de que a omissão relativa traduz uma opção do legislador que deve ser lida em dois sentidos. Ao legislar sobre determinada matéria, há inúmeros caminhos que podem ser tomados pelo legislador, ainda que tenha ele a obrigação de executar determinado comando constitucional. Se, no âmbito da sua discricionariedade, o legislador opta por conceder determinado benefício à parte de um grupo quando todos do

---

opção pela decisão de inconstitucionalidade fique dependente do acaso legislativo ou da técnica mais ou menos casual utilizada pelo legislador." (MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os** autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Catolica Editora, 1999, p. 518-519).

[360] Ibidem, p. 518.

[361] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Tomo VI, p. 288.

[362] Gilmar Ferreira Mendes, em sentido contrário, defende a fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade e o processo de controle abstrato da omissão: "Tem-se, pois, aqui uma relativa, mas inequívoca, fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos – o de controle de normas e o de controle da omissão – acabam por ter – formal e substancialmente – o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude." (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 437).

grupo estão em idêntica situação, optará, simultaneamente, por não conceder esse benefício aos indivíduos que exclui.[363]

Essa opção, traduzida na norma, que contempla certo grupo ou categoria de pessoas, tem o duplo sentido de acolher esse grupo e excluir outro, colocado em situação homóloga. E nesse contexto, a exclusão inconstitucional implícita equivale a uma exclusão explícita, ou seja, um ato comissivo. Como afirma Carlos Blanco de Morais:

> Uma exclusão inconstitucional implícita com caráter discriminatório, mesmo que involuntária equivale, na sua antijuridicidade objectiva, a uma exclusão inconstitucional explícita das mesmas pessoas. Trata-se de dois modos comissivos de atingir o mesmo propósito discriminatório, um através de uma norma implícita que determina o efeito inconstitucional e o segundo através de uma norma que o determina expressamente, pelo que a repressão de semelhante violação constitucional deve necessariamente processar-se através do mesmo processo de controlo, que é a fiscalização sucessiva concreta por acção, e ser objecto do mesmo tipo de sanção.[364]

Não se está, com isso, camuflando uma verdadeira omissão apenas com o intuito de reconduzi-la a um meio de controle mais eficaz. A omissão relativa, efetivamente, tem duas disposições: uma explícita e outra implícita, sendo que a opção do legislador por não incluir determinado grupo, ainda que implicitamente, é uma atitude comissiva.[365]

Veja-se que nas omissões absolutas, ao contrário, não é possível deduzir uma norma implícita que contrarie a Constituição e que permita justificar a sua invalidação por meio do controle por ação.[366]

Além disso, partindo-se da constatação de que a omissão relativa não contempla concreta imposição de atuação normativa, não pode ela sequer ser enquadrada no conceito de omissão inconstitucional parcial.

Assim, do ponto de vista teórico, defende-se que as violações ao princípio da igualdade geradas pelas omissões relativas devem ser tuteladas por meio do controle de constitucionalidade por ação, seja em razão da inconstitucionalidade que a norma implícita procede de forma comissiva, seja porque nas omissões relativas não está em debate o

---

[363]MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do principio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009. p. 220.

[364] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 841.

[365] MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do principio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009. p. 221.

[366] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 840.

descumprimento do dever constitucional de legislar, ou seja, a questão sobre a ausência da norma não diz respeito a medida para tornar efetiva norma constitucional.[367]

Essa constatação decorre do próprio conceito das omissões relativas, as quais, não relacionadas à inobservância de alguma norma constitucional sem aplicabilidade direta, estão excluídas no âmbito de cabimento dos instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão, previstos do artigo 103, §2º, da Constituição Federal de 1988. Além disso, a superação da inconstitucionalidade provocada pela omissão relativa, como visto no capítulo anterior, não encontra solução expressa no artigo 103, §2º, da Constituição Federal.

5.2 OMISSÃO LEGISLATIVA RELATIVA E AS SENTENÇAS ADITIVAS COMO ALTERNATIVA

O binômio "*constitucionalidade-inconstitucionalidade"* se mostrou insuficiente para a solução de determinados casos, revelando, em algumas hipóteses, uma expressiva lacuna em relação à proteção de princípios constitucionais da mais alta relevância, tais como a segurança jurídica, a proporcionalidade e a igualdade.[368]

Nessa perspectiva, aliada à ideia do máximo aproveitamento dos atos normativos emanados dos Poderes competentes,[369] desenvolveram-se técnicas de decisão para superar a *rusticidade* das declarações simples de inconstitucionalidade, por meio de sentenças que modelassem a sua própria eficácia sancionatória ou o conteúdo e os efeitos das normas impugnadas, podendo-se, então, classificar as sentenças, quanto aos efeitos, em sentenças simples e manipulativas.[370]

No âmbito do controle judicial de constitucionalidade, as sentenças simples são decisões que ou acolhem o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei e, por consequência, retiram-na do ordenamento jurídico, ou rejeitam o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei, mantendo-a no ordenamento jurídico. [371]

---

[367] XAVIER, Taciana. A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009. p. 360.
[368] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 248.
[369] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 209.
[370] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 251.
[371] ISRAEL, Lucas Nogueira. **A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade:** entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. Disponível em: <http://www.repositorio.unb.br/handle/10482/16943>. Acesso em: 21 dez. 2017, p. 15.

As sentenças simples têm fundamento na ideia de que a jurisdição constitucional está limitada pelo que a doutrina convencionou denominar de legislador negativo, ou seja, no exercício do controle de constitucionalidade, a Corte exerce apenas um juízo de exclusão, em que a lei reputada inconstitucional é suprimida do ordenamento jurídico.[372]

Já as sentenças manipulativas ou de "*caráter intermédio*" são aquelas, na definição de Carlos Blanco de Morais, "que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento"[373], a fim de moderar o rigor de uma sentença de acolhimento da inconstitucionalidade.

Carlos Blanco de Morais identifica como sentenças manipulativas na ordem constitucional portuguesa aquelas *i)* que modulam sua eficácia temporal[374], bem como o direito que é objeto do respectivo julgamento, previstos no artigo 282º, nº 4, da Constituição portuguesa; *ii)* as sentenças interpretativas; *iii)* as decisões de efeitos aditivos.[375]

Constata-se, em todas elas, uma tentativa de atenuar consequências negativas eventualmente presentes a partir da declaração de inconstitucionalidade de determinada lei, com efeitos *ex tunc*. É o que se vê, por exemplo, na sentença que modula sua eficácia temporal, preservando atos já praticados, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, como prevê o artigo 27 da Lei 9.868/99; ou na opção pela interpretação conforme, que mantém a norma, eliminando apenas determinadas interpretações dela; ou, ainda, na decisão que considera inconstitucional um determinado segmento da norma, porém repara o vício por meio da adição de novo critério ou segmento normativo retirado do próprio ordenamento jurídico.[376]

---

[372] ISRAEL, Lucas Nogueira. **A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade:** entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. Disponível em: <http://www.repositorio.unb.br/handle/10482/16943>. Acesso em: 21 dez. 2017, p. 15.

[373] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 240.

[374] No Brasil, a modulação desses efeitos está prevista no artigo27 da Lei 9.868/1999: "Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

[375] MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009, p. 17.

[376] SOUZA, Luiz Henrique Boselli de**. A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas.** Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27012011-112925/pt-br.php>. Acesso em: 15 dez. 2017, p. 136.

Na omissão relativa, como visto, há clara ofensa ao princípio da igualdade pela concessão, por lei, de vantagem a um ou mais grupos, com a exclusão de outros que deveriam ter sido incluídos entre os beneficiários.[377]

Diante disso, partindo-se da premissa de que o controle da omissão relativa deve ser feito pela via de ação (cf. item 5.1. supra), se declarada a inconstitucionalidade da lei por desrespeito ao princípio da igualdade, embora seja eliminado o preceito que violou o referido princípio, também é minado o benefício concedido àqueles atingidos pela norma, retrocedendo-se na conquista já obtida. Nessa hipótese, a simples declaração de inconstitucionalidade da lei acarretaria uma situação mais grave do que a manutenção da própria lei, já que seriam atingidos também aqueles favorecidos pela lei impugnada.

Por outro lado, adotada a alternativa oposta, com o reconhecimento da omissão relativa, seria determinada a extensão da norma às categorias de sujeitos excluídos de forma ilegítima, no lugar de excluir do ordenamento jurídico a referida norma e restringir os direitos e benefícios criados.

Essa última alternativa é exatamente a sentença com efeitos aditivos, técnica de decisão que tutela a omissão relativa pela via da inconstitucionalidade por ação. As sentenças aditivas (ou modificativas, como preferem alguns autores[378]) são espécies de sentenças manipulativas ou sentenças intermédias, por meio das quais, diante de uma norma que viola o princípio da igualdade, declara-se a inconstitucionalidade da norma ou de um segmento dela, restabelecendo-se a igualdade violada.

Jorge Miranda aduz que

> [...] nas sentenças aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua; ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta.[379]

Na definição de Carlos Blanco de Morais, são sentenças com efeitos aditivos, em sentido lato,

---

[377] ADI-MC 525 DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 02.04.2004.

[378] A terminologia não é ponto pacífico, tendo cada autor suas preferências. Cf. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p 457.

[379] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Tomo VI, p. 79-80.

> [...] as decisões positivas de inconstitucionalidade de cujo conteúdo resulte, tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito que conformou o objecto da mesma sentença se compatibilize futuramente com a Constituição.[380]

Identificam-se, no conteúdo de uma sentença com efeitos aditivos, uma componente ablativa, que supõe a eliminação ou não aplicação, geralmente parcial, de uma norma, em razão de sua inconstitucionalidade, e uma componente reconstrutiva, consistente na identificação de um critério jurídico de decisão que crie condições de conformidade do sentido recomposto da norma à Constituição.[381] Esse tipo de sentença pode ocorrer tanto na fiscalização abstrata, como na fiscalização concreta.[382]

Assim, as sentenças aditivas não se limitam a trabalhar o conteúdo dos dispositivos legais fiscalizados pela análise do que é compatível ou não com a Constituição. Há, na verdade, uma reelaboração mais intensa do conteúdo prescritivo da norma, que é reforçado com elementos contidos em outra norma.[383]

Vejamos, então, os diferentes tipos de sentenças com efeitos aditivos que podem ser proferidas, a fim de suprir as insuficiências do modelo puro de declaração de inconstitucionalidade, para que se possa, assim, chegar à técnica de decisão mais adequada para a superação da inconstitucionalidade gerada pela omissão relativa, no sistema de controle brasileiro.

5.2.1 As sentenças manipulativas com efeitos aditivos

A expressão "*sentença com efeitos aditivos*" tem uma multiplicidade de diferenciações e classificações na doutrina. Por isso, como referencial teórico, adota-se aqui a classificação das sentenças aditivas desenvolvida por Carlos Blanco de Morais, que resume a classificação das "*sentenças com efeitos aditivos de caráter próprio*"[384] da seguinte forma: *i)* sentenças

---

[380] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 364.
[381] Ibidem, p. 370.
[382] Ibidem, p. 372.
[383] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 217.
[384] As sentenças aditivas com caráter impróprio assumem natureza aditiva apenas sob um ponto de vista referencial, e não dogmático. São decisões interpretativas de acolhimento, por meio das quais o Tribunal Constitucional, mediante a descodificação de princípios jurídicos e conceitos indeterminados, densifica critérios de decisão com valor constitucional.

demolitórias com efeitos necessariamente aditivos; *ii)* sentenças substitutivas; *iii)* sentenças aditivas de princípios; e *iv)* sentenças aditivas em sentido estrito.[385]

As sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos

As sentenças demolitórias são aquelas que, em razão da declaração da inconstitucionalidade de uma norma que restrinja um direito ou exclua injustificadamente de seu âmbito de aplicação determinadas pessoas, geram automaticamente a expansão do regime mais favorável às demais.[386]

Como esclarece Carlos Blanco de Morais,

> [...] a componente aditiva da sentença não é conformada por uma regra adicionada criativamente pelo Tribunal, mas sim a consequência directa da ampliação automática do âmbito de aplicação de uma norma, como efeito da eliminação do preceito inconstitucional que a restringia ou excepcionava.[387]

A sua componente ablativa pressupõe tanto a possibilidade de redução do texto de uma norma, como a da eliminação de um segmento normativo ideal de um dado preceito, sendo que o efeito aditivo surge como consequência necessária do efeito ablativo.[388]

Veja-se, como exemplo, o Acórdão nº 962/96, no qual o Tribunal Constitucional português declarou a inconstitucionalidade de duas normas na parte em que condicionavam a concessão de assistência judiciária em caso de insuficiência econômica a estrangeiros e apátridas aos quais tivesse sido concedido asilo ou o estatuto de refugiado. A ablação de parte dessas normas nos segmentos que obstavam o apoio judiciário em caso de impugnação do ato denegatório do asilo ampliou automaticamente, em benefício dos mesmos sujeitos, o âmbito das disposições legais aplicáveis em matéria de assistência judiciária. [389]

---

[385] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 371.
[386] SOUZA, Luiz Henrique Boselli de**. A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas.** Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27012011-112925/pt-br.php>. Acesso em: 15 dez. 2017, p. 137.
[387] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 377.
[388] Ibidem, p. 377-378.
[389] Ibidem, p. 378-379.

As sentenças substitutivas

A sentença substitutiva consiste em técnica de decisão em que se declara a inconstitucionalidade da disposição normativa, substituindo-a por outra que esteja em conformidade com a Constituição. Por exemplo, determinada disposição normativa atribui direitos a *x*. No entanto, segundo entendimento da Corte, a disposição normativa deveria atribuir esses direitos a *y* para estar em consonância com a Constituição. O Tribunal, então, poderia declarar a inconstitucionalidade da lei, pura e simplesmente, na parte em que atribui direitos a *x*, em vez de *y*. De um lado, declara-se a inconstitucionalidade parcial da disposição normativa impugnada e, do outro, atribui-se à disposição impugnada uma nova norma que passe a conter *y*, em vez de *x*, daí porque substitutiva.[390]

A sentença substitutiva possui duas componentes: uma componente ablativa, em que se declara inconstitucional a norma na parte em que prevê determinada situação; e uma componente reconstrutiva, em que a norma atribuída à disposição impugnada passa a prever norma diversa.[391]

Enquanto a sentença aditiva em sentido estrito atinge a disposição normativa na parte em que não prevê determinada coisa – ou seja, uma norma de exclusão implícita atribuída ao texto –, a sentença substitutiva atinge a disposição normativa na parte em que prevê algo.[392] Em outras palavras: se a sentença aditiva em sentido estrito tem por objetivo remediar uma omissão ou lacuna do legislador, a sentença substitutiva não.[393]

Além disso, a parte reconstruída, ao contrário do que ocorre com as demais decisões de efeitos aditivos, é consequência direta da atividade criativa do Tribunal, e não da interpretação extensiva ou analógica de determinado preceito. Por isso, Carlos Blanco de

---

[390] ISRAEL, Lucas Nogueira. **A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade:** entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. Disponível em: <http://www.repositorio.unb.br/handle/10482/16943>. Acesso em: 21 dez. 2017, p. 32.

[391] Ibidem, p. 32.

[392] Romboli as distingue no mesmo sentido*:* "En el ámbito de las decisiones manipulativas debe añadirse una ulterior consideración, la diferenciación entre decisiones aditivas y decisiones substitutivas. Con las primeras se hace referencia a aquel tipo de decisión con la que la Corte declara inconstitucional una certa disposición por omitir algo (en la parte en la que no prevé); mientras que las segundas se caracterizan, en cambio, por el hecho de que con ellas la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa y al no prever otra." (ROMBOLI, Roberto. El control de constitucionalidad de las leyes en Italia. **UNED. Teoría y Realidad Constitucional**, n. 4, p. 179-205, 2º semestre 1999, p. 192.

[393] ISRAEL, Lucas Nogueira. **A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade:** entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. Disponível em: <http://www.repositorio.unb.br/handle/10482/16943>. Acesso em: 21 dez. 2017, p. 32.

Morais afirma que constituem as sentenças substitutivas "uma das mais expressivas manifestações de activismo dos tribunais constitucionais."[394]

As sentenças aditivas de princípio

Nas sentenças aditivas de princípio, o Tribunal Constitucional declara inconstitucional a disposição normativa na parte em que não prevê determinada hipótese, mas se abstém de realizar diretamente a reparação, em razão da pluralidade de soluções conformes à Constituição que podem ser adotadas para preencher o vazio normativo.[395]

Assim, em substituição à lacuna gerada pela decisão, o Tribunal enuncia os limites da operação reparadora de uma omissão relativa ou de uma lacuna técnica, identificando um ou mais princípios constitucionais que deverão ser respeitados pelas disposições que vierem a criar o direito omitido.[396]

Como sintetiza Carlos Blanco de Morais, "a componente reconstrutiva da sentença é incompleta: não indica uma norma *self executing*, mas enuncia, ao invés, uma simples base ou princípio que carece de mediação do legislador ou do aplicador judicial."[397]

Trata-se de um esforço de contenção, em que o Tribunal, no plano da componente reconstrutiva, se abstém de reparar diretamente o vazio normativo, embora indique um ou vários princípios constitucionais que deverão direcionar a operação reconstrutiva.

Como a sentença, nesse caso, procede à densificação do princípio constitucional orientador, concretizando-o no âmbito da legislação em causa, pode-se dizer que a sentença aditiva de princípio é mais do que um mero apelo ao legislador.[398] Embora careça de uma componente reconstrutiva plena, insere-se no tipo mais amplo das decisões com efeitos aditivos, na medida em que cria condições para a reparação da inconstitucionalidade.

---

[394] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 405.
[395] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 399.
[396] Ibidem, p. 399.
[397] Ibidem, p. 401.
[398] MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do principio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009, p. 247-248.

As sentenças aditivas em sentido estrito

A sentença aditiva em sentido estrito configura técnica de decisão em que não apenas se julga a inconstitucionalidade parcial de uma disposição normativa, mas na qual também se repara imediatamente o silêncio gerador desse quadro de invalidade ou a lacuna criada pela própria componente ablativa da sentença, por meio da identificação de uma norma aplicável.[399]

O que é inconstitucional, na hipótese, é a ausência de previsão textual. Nas palavras de Jorge Miranda, "a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta (e acrescentando, modifica) esse elemento que falta."[400]

Assim, por meio da sentença aditiva, a Corte declara inconstitucional a disposição normativa na parte em que não prevê algo que deveria prever. Hipoteticamente, seria o caso de uma determinada disposição normativa atribuir direitos a um grupo de sujeitos *x*, mas nada dispor sobre o grupo *y*. No entanto, segundo entendimento da Corte, a disposição normativa deveria atribuir direitos a *x* e a *y* para estar em conformidade com a Constituição. Na hipótese, declara-se inconstitucional a disposição normativa na parte em que não prevê *y*, de maneira que a norma atribuída à disposição normativa passe a conferir direitos a *x* e a *y*.[401]

Como se constata, a sentença aditiva tem um caráter bilateral. Primeiro, declara-se a inconstitucionalidade da norma de exclusão deduzida a *contrario sensu* da disposição normativa (componente ablativa). Na sequência, indica-se a norma que faltava para o dispositivo impugnado estar em conformidade com a Constituição (componente reconstrutiva ou aditiva), de modo que o momento inicial é formado por uma declaração de inconstitucionalidade de norma de exclusão ideal, e o momento final é aditivo.[402]

Carlos Blanco de Morais subdivide as sentenças aditivas em sentido estrito da seguinte forma: *i)* sentenças aditivas de garantia e sentenças aditivas de prestação, de acordo com a natureza do bem protegido; *ii)* sentenças aditivas sem redução de texto e com redução de texto, de acordo com a forma revestida pela operação ablativa; *iii)* sentenças aditivas de

---

[399] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 380.
[400] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Tomo VI, p. 79-80.
[401] ISRAEL, Lucas Nogueira. **A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade:** entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. Disponível em: <http://www.repositorio.unb.br/handle/10482/16943>. Acesso em: 21 dez. 2017, p. 21.
[402] Ibidem, p. 22.

caráter corretivo e sentenças aditivas de conteúdo integrativo, conforme as razões que presidem a operação adjuntiva.[403]

As sentenças aditivas de garantia dizem respeito à proteção de direitos e garantias individuais. Na ordem jurídica portuguesa, há o exemplo do Ac. nº 103/87, no qual se declarou a inconstitucionalidade de um artigo da Lei de Defesa Nacional "*na parte e na medida*" em que restringiu o direito de queixa de agentes militares, destinada à tutela dos seus direitos, liberdades e garantias. Declarado inconstitucional o segmento da norma impugnada, passaram a ser aplicáveis aos referidos agentes as garantias constitucionais previstas sobre essa matéria para todos os cidadãos.[404]

As sentenças aditivas de prestação, por outro lado, referem-se à reparação da desigualdade em face de direitos econômicos, sociais e culturais, envolvendo a concessão de direitos de conteúdo patrimonial ou a realização de tarefas pelo Estado. A componente aditiva confere a determinados sujeitos direitos ou prestações até então indevidamente negados, ao sanar a violação ao princípio da igualdade.[405]

Ainda na classificação proposta por Carlos Blanco de Morais, as sentenças aditivas sem redução de texto supõem a eliminação do sentido normativo ideal emergente de uma disposição e a identificação de uma norma ou segmento normativo que faltava, diante da sua imprescindibilidade para tornar o referido preceito conforme à Constituição.[406]

Já as sentenças aditivas com redução de texto não fulminam uma norma ideal ou implícita de conteúdo inconstitucional, mas sim uma norma ou parte dela com caráter explícito, indissociável do texto da disposição impugnada. A distinção, portanto, reside na componente ablativa, já que a parte aditiva é acrescida nas duas espécies.[407]

Por fim, quanto ao tipo de operação reconstrutiva, as sentenças aditivas podem ser de natureza corretiva ou integrativa. No primeiro caso, a componente reconstrutiva transforma o sentido originário do preceito julgado parcialmente inconstitucional, de forma a compatibilizá-lo com a Constituição. No segundo, o caráter integrativo ocorre quando o Tribunal decide apenas colmatar uma lacuna técnica gerada pelo efeito ablativo da própria decisão.[408]

---

[403] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 382-383.
[404] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 384.
[405] Ibidem, p. 385.
[406] Ibidem, p. 385.
[407] Ibidem, p. 389.
[408] Ibidem, p. 390.

A sentença aditiva em sentido estrito está diretamente associada à tutela da omissão relativa. No silêncio não inclusivo e gerador de discriminações inconstitucionais, há, simultaneamente, uma lacuna, porque se trata de uma incompletude no processo de regulamentação que contraria o sistema normativo, e também uma omissão relativa, já que, embora haja uma regulamentação positiva, a sua incompletude não incluiu ou excluiu implicitamente os destinatários que, constitucionalmente, deveriam ter sido incluídos, a fim de assegurar o respeito à igualdade.[409]

A "*figurativamente designada omissão relativa*"[410] fundamenta a componente ablativa da sentença quando julga inconstitucional a norma que, em razão do seu silêncio parcial, afronta o princípio da igualdade de tratamento entre categorias de pessoas que estão em situações iguais.

Com isso, a lacuna sustenta a operação integrativa-reconstrutiva, a fim de permitir a identificação do direito apto a preencher o silêncio normativo inerente à exclusão implícita de certos destinatários e a reparar a inconstitucionalidade ou a insuficiência crítica da disciplina jurídica que antes se encontrava incompleta.[411]

Usualmente, a fórmula utilizada consiste na declaração da inconstitucionalidade da norma *x*, na parte e na medida em que a mesma não prevê y, passando a considerar-se que a eliminação parcial qualitativa de *x* (no seu segmento de norma ideal ou implícita) implica que a regra remanescente preveja *y*.[412]

Na superação da omissão relativa, embora o primeiro impulso, por óbvio, seja a adoção da alternativa que restabeleça a igualdade, sobretudo diante da relevância do princípio da igualdade em nosso ordenamento jurídico, o fato é que, como já ponderado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 525, o alvitre da inconstitucionalidade pela omissão parcial ofensiva à isonomia, se pôde ser efetivado, a partir da Alemanha, em sistemas de monopólio do controle de normas pela Corte Constitucional, suscita questões relevantes de possível incompatibilidade sistemática se transplantado para o sistema brasileiro. [413]

Na realidade, a grande questão que envolve as sentenças aditivas é a dos limites desse componente aditivo. Há, nesse ponto, grandes controvérsias na jurisdição constitucional dos

---

[409] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 386.
[410] Ibidem, p. 387.
[411] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219.
[412] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 388.
[413] ADI-MC 525 DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 02.04.2004.

países em que são admitidas, já que "torna-se difícil determinar onde se situa o limite da actividade jurisdicional e começa a criação legislativa e é sobretudo aqui que a doutrina se debate e divide."[414]

5.2.2 As soluções oferecidas no Direito comparado

Com o intuito de superar a situação de inconstitucionalidade causada pela omissão relativa, as Cortes Constitucionais europeias vêm desenvolvendo técnicas de decisão, a fim de obter o melhor resultado possível na consolidação dos princípios constitucionais, sem eliminar a norma do ordenamento jurídico.[415]

Alemanha, Áustria, Itália e, mais recentemente, Espanha, Costa Rica e Hungria, apesar de não possuírem norma constitucional expressa que institua a inconstitucionalidade por omissão, têm, por meio de suas Cortes Constitucionais, logrado obter resultados que superam essas inconstitucionalidades, em face da adoção de técnicas de interpretação e integração, que resultam em sentenças aditivas.[416]

A Corte italiana, nesse ponto, ampliou significativamente os seus poderes decisórios. Diante de uma lei que confere direitos em termos discriminatórios, o Tribunal Constitucional restringe, frequentemente, a declaração de inconstitucionalidade à parte da lei que expressa ou implicitamente exclui do seu âmbito de aplicação certas categorias de pessoas que se encontram num plano essencialmente igual e, por essa via, alarga o âmbito de aplicação da lei em causa. O Tribunal Constitucional italiano admite, inclusive, diante de uma omissão parcial da lei, invalidar a norma não escrita que exclui da aplicação da lei determinadas pessoas. [417]

Veja-se, por exemplo, a Sentença 190, de 16 de dezembro de 1970, na qual a Corte italiana apreciou a constitucionalidade do artigo 304, parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal, que previu apenas a presença do Ministério Público no interrogatório do acusado. Em atenção aos princípios da paridade de armas e da ampla defesa, declarou-se a

---

[414] MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 252.

[415] XAVIER, Taciana. A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009. p. 374-375.

[416] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público:** em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 133-134.

[417] MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade:** os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Catolica Editora, 1999, p. 462.

inconstitucionalidade do referido dispositivo na parte em que não previu a presença do defensor do réu, o que acabou por implicar a presença obrigatória tanto do defensor como do representante do Ministério Público.[418]

Verificam-se, na jurisprudência italiana, as sentenças aditivas de prestação (*additive di prestazione*), as quais atribuem direitos à prestação de serviços ou direitos de conteúdo patrimonial a determinadas categorias de pessoas excluídas inicialmente, e que são criticadas pela repercussão nas despesas públicas; as aditivas de garantia (*additive di garanzia*), que importam em uma abstenção, um dever de *non facere* ou uma situação de sujeição do Estado; e por fim, as aditivas de princípio, em que o tribunal introduz um princípio em vez de uma regra. [419]

Embora a jurisprudência e a maioria da doutrina italiana reconheçam a existência de limites à admissibilidade desse tipo de decisão, houve muitas críticas no sentido de que a *Corte Costituzionale* escolhia, não raras vezes, entre uma multiplicidade de soluções abstratamente possíveis, de forma absolutamente discricionária. [420]

Já o direito alemão tem uma posição mais restrita que o italiano com relação às sentenças aditivas. A posição do Tribunal Constitucional Federal, diante do dilema que envolve as leis que violam o princípio da igualdade, consiste na mera declaração de incompatibilidade da lei discriminatória. A declaração de incompatibilidade[421] envolve, para o legislador, a obrigação de aprovar nova legislação em consonância com o princípio da igualdade. Além disso, a declaração de incompatibilidade determina, em princípio, desde que seja possível, um bloqueio de aplicação da lei até a aprovação da nova regulamentação. [422]

Quando o legislador não dispõe de uma liberdade de escolha – na hipótese, por exemplo, de a Constituição impor uma determinada forma de correção da desigualdade –, o Tribunal Constitucional Federal aceita lançar mão de uma decisão manipulativa. Havendo

---

[418] ISRAEL, Lucas Nogueira. **A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade:** entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. Disponível em: <http://www.repositorio.unb.br/handle/10482/16943>. Acesso em: 21 dez. 2017, p. 24.

[419] SOUZA, Luiz Henrique Boselli de**. A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas.** Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27012011-112925/pt-br.php>. Acesso em: 15 dez. 2017, p. 141.

[420] MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade:** os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Catolica Editora, 1999, p. 464-465.

[421] Não há aqui, mais uma vez, uniformidade quanto à terminologia utilizada para essa modalidade de decisão de inconstitucionalidade. Fala-se em declaração de inconstitucionalidade, ou mera verificação de inconstitucionalidade ou, ainda, declaração de incompatibilidade.

[422] MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade:** os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Catolica Editora, 1999, p. 466.

uma multiplicidade de escolhas, contudo, o Tribunal se limita à mera declaração da incompatibilidade da lei.[423]

O Tribunal Constitucional alemão também utiliza a técnica das chamadas "sentenças apelativas", nas quais reconhece que, embora regular, a norma se encontra em trânsito para a inconstitucionalidade, realizando-se, por isso, um apelo ao legislador, para adequá-la às novas exigências constitucionais.[424]

Veja-se que, sob o ponto de vista teórico, os critérios utilizados para justificar a admissibilidade de uma decisão aditiva não são tão diferentes na Itália e na Alemanha. Na prática, entretanto, o Tribunal alemão opta preferencialmente pela declaração de incompatibilidade, enquanto o Tribunal italiano não hesita, perante uma omissão relativa, em invalidar a norma não escrita que exclui a aplicação da mesma solução a outros.[425]

Em Portugal, o Tribunal Constitucional português tem proferido decisões com efeitos aditivos, tanto em controle difuso, como em controle abstrato. A matéria relativa a pensões é indiscutivelmente o domínio privilegiado das decisões modificativas portuguesas. O Tribunal Constitucional não hesitou em estender o regime mais favorável aos pensionistas que se beneficiavam do regime menos favorável. Nos Acórdãos nº 203/86 e 12/88, confrontado com as normas que distinguiam o regime de atualização das pensões de acordo com a data fixada, o Tribunal considerou inconstitucional as normas em causa na parte em que mandavam aplicar a disposição menos favorável aos beneficiários de pensões fixadas antes de certa data.[426]

Nos Acórdãos nºs 181/87, 449/87, 191/88 e 231/94, foi julgada inconstitucional, por violação ao princípio da igualdade, a norma referente à pensão devida aos familiares de vítimas de acidentes de trabalho que viessem a falecer, na parte em que estabelecia pressupostos mais gravosos para o viúvo do que para a viúva na atribuição do direito à pensão, igualando, na prática, ambos os regimes na base da regulamentação vigente para as viúvas. [427] Carlos Blanco de Morais classifica a decisão como uma sentença aditiva de prestação com conteúdo integrativo.[428]

---

[423] Ibidem, p. 467.
[424] SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009. p. 422.
[425] MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade:** os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Catolica Editora, 1999, p. 467.
[426] Ibidem, p. 474.
[427] Ibidem, p. 475.
[428] MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do principio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 297.

5.2.3 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

No Brasil, o tema parece ainda não ter sido analisado com a profundidade adequada nem pela doutrina, nem pelo Supremo Tribunal Federal, embora não sejam raras as omissões relativas. Durante muito tempo, o Enunciado nº 339 do Supremo Tribunal Federal, aprovado em 1963 – *"não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia*"[429] – representou o entendimento daquela egrégia Corte sobre a matéria, imbuída do dogma *kelseniano* do legislador negativo. Em 16 de outubro de 2014, o STF converteu o enunciado em Súmula Vinculante, sob o número 37.

Nesse mesmo sentido, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 267, assentou-se que o Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade, "atua como verdadeiro legislador negativo", isto é, exerce apenas "um juízo de exclusão, que consiste em remover, do ordenamento positivo, a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na Carta Política."[430]

Esse mesmo entendimento prevaleceu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 213.201, no qual se discutiu sobre a possibilidade de se estender isenção tributária prevista no artigo 6º, do Decreto-Lei 2.434/88, a determinadas operações de câmbio, que não estavam contempladas expressamente na lei, mas, segundo se alegava, eram materialmente idênticas às previstas. Entendeu-se que, ainda que fosse possível a declaração de inconstitucionalidade da lei por violação ao princípio da isonomia, a extensão pretendida não seria possível, já que o Judiciário não tinha função de legislador positivo.[431]

No julgamento da ADI nº 1.755/DF[432], impugnou-se lei que instituía restrições para a propaganda de bebidas com teor alcoólico maior que treze graus, sob o argumento de que a lei não poderia deixar de abranger as bebidas com teor de álcool inferior a esse limite. A ação, contudo, não foi conhecida, porque entendeu o Supremo Tribunal Federal, naquela oportunidade, que se as restrições fossem estendidas na forma pretendida, também estaria atuando o tribunal como legislador positivo.

---

[429] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Sessão plenária de 13.12.1963. Disponível em: <www.stf.jus.br>.
[430] ADI 267 MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19.05.1995.
[431] RE 213.201, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12.9.1997.
[432] ADI 1.755/DF, Relator Ministro Nelson Jobim, DJ de 18/05/2001.

Mais à frente, no julgamento da ADI 525[433], que tratava da concessão de reajustes diferenciados para servidores civis e militares, o Ministro Sepúlveda Pertence observou que o Tribunal estava diante de uma questão ainda não enfrentada pela Corte, a do controle de constitucionalidade da lei sob o ponto de vista do princípio da isonomia. Embora tenha entendido que para a extensão da lei *"faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, §2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei – seja ela absoluta ou relativa –, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra*", consignou o eminente Ministro, naquela oportunidade, que não haveria que se descartar, de plano, no Brasil, a aplicabilidade da tese da inconstitucionalidade por omissão parcial.

Já em julgamento posterior – Recurso Extraordinário nº 572.052/RN[434] –, o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade de uma lei que concedeu gratificação em patamares distintos para servidores ativos e inativos. Nesse caso, o Tribunal julgou inconstitucional, com base no princípio da isonomia, o dispositivo que causava a discriminação e determinou a extensão aos inativos da mesma vantagem concedida aos ativos, pautando-se também pelo artigo 40, §8º, da Constituição, que assegurava a ativos e inativos o reajustamento dos benefícios, a fim de preservar o valor real. Tirou-se, assim, da própria Constituição a conclusão pela extensão, a exemplo das sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias, ou *"a rime obligate*", preconizadas pela doutrina italiana.[435]

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.652/DF, a Associação Nacional dos Procuradores de Estado – ANAPE – alegava a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 14, do Código de Processo Civil, na parte em que ressalvava os advogados privados, submetidos ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, da imposição de multa por descumprimento de ordem judicial. O fundamento era de que a ressalva contida no dispositivo violava o princípio da isonomia, já que não alcançava os advogados públicos, que estavam submetidos a regime estatutário próprio. O Tribunal acolheu a alegação de violação ao princípio da isonomia e julgou procedente o pedido para "*declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos.*"[436]

---

[433] ADI 525 MC/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 02.04.2004.
[434] Recurso Extraordinário 572.052/RN, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 17.04.2009.
[435] MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do principio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009, p. 269.
[436] ADI 2.652, Rel. Min. Maurício Correa, DJ de 14.11.2003.

No recurso em mandado de segurança n.º 22.307, os impetrantes – servidores públicos civis – requeriam a concessão de reajuste geral de vencimentos no percentual de 28,86 %, que havia sido conferido aos servidores públicos militares pelas Leis 8.622/1993 e 8.627/1993. O Supremo Tribunal Federal, em atenção ao princípio da isonomia e ao artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, acolheu o pleito e reconheceu que os impetrantes tinham direito à revisão de vencimentos, independentemente de lei específica.[437]

Veja-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, apesar de adotar, na maioria das vezes, uma posição de *self restraint*, tem avançado no sentido de buscar novas técnicas de decisão para mitigar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, admitindo, em determinadas hipóteses, a prolação de sentenças com efeitos aditivos.

5.2.4 Óbices e limites

Interferência no campo de atuação do legislador e o princípio da separação dos poderes

A principal crítica à utilização de sentenças aditivas é a de que o provimento aditivo afrontaria o caráter negativo da função de controle da jurisdição constitucional. Para os críticos das sentenças aditivas, ao valer-se de sentenças aditivas, o Tribunal Constitucional estaria ultrapassando seu papel de legislador negativo, teorizado por Kelsen, invadindo, na realidade, a função legislativa.

Nessa linha, em razão do princípio democrático e do princípio da separação dos poderes, o juiz constitucional não deveria agir como legislador ou um "*superlegislador apócrifo*"[438], não podendo, dessa forma, por meio de sentenças aditivas, realizar escolhas valorativas e discricionárias, as quais estariam à margem do controle democrático dos representantes popularmente eleitos [439]

---

[437] RMS 22.307, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 13.06.1997.

[438] MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade:** os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Catolica Editora, 1999, p. 495.

[439] Nesse sentido era a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como exemplifica a ementa do acórdão prolatado em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.063/DF: "A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador."

Não se nega que as sentenças aditivas sejam, efetivamente, um foco de tensão entre o Tribunal Constitucional e o legislador, na medida em que está em causa, no controle abstrato, a aparente "criação" de normas com efeitos gerais por um órgão jurisdicional. Entretanto, esses argumentos reconduzem, na verdade, à discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, que envolve, além da separação dos poderes, a própria função jurisdicional e o seu lugar diante da atividade legislativa.[440]

O que ocorre é que a função da jurisdição constitucional passa não apenas por um controle negativo, de mera verificação de atos normativos conformes à Constituição, mas também por uma concretização e execução de valores constitucionais.[441] Embora caiba aos Tribunais Constitucionais uma função constitucionalmente vinculada, sujeita a limites funcionais, cumpre-lhes também o dever de tornar efetivos os princípios constitucionais. [442]

Nesse sentido, toda decisão judicial envolve criação ou construção normativa. Portanto, uma vez admitida a legitimidade da jurisdição constitucional, a distinção entre legislador negativo e legislador positivo perde sentido, o que não significa, porém, que o Poder Judiciário não deva encontrar limites. Embora se reconheça o elemento construtivo da interpretação judicial, o Judiciário não pode desprezar o texto constitucional e legal, sob pena de deslegitimar a si próprio. Essa, inclusive, é a razão pela qual se impõe a necessidade de estabelecimento de parâmetros para as sentenças manipulativas com efeitos aditivos, ainda que eles possam variar de acordo com as características institucionais de cada país.[443]

Nesse ponto, então, aderimos à posição de Jorge Miranda, que, embora reconheça a necessidade "de divisas estreitas e de se não menosprezarem os condicionalismos financeiros à luz do postulado da reserva econômica do possível"[444], entende que o órgão de fiscalização, ao proferir sentença aditiva, não se comporta como legislador, na medida em que não age por iniciativa própria, tampouco segundo critérios políticos. Age, ao contrário, em processo instaurado pelo legitimado, vinculado aos critérios de interpretação e construção jurídica inerentes à hermenêutica constitucional.[445]

O autor reforça, ainda, que não se deve invocar

---

[440] MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do principio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009, p. 250.
[441] Ibidem, p. 251.
[442] Ibidem, p. 251
[443] ISRAEL, Lucas Nogueira. **A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade:** entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. Disponível em: <http://www.repositorio.unb.br/handle/10482/16943>. Acesso em: 21 dez. 2017, p. 92-93.
[444] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Tomo VI, p. 82.
[445] Ibidem, p. 82.

> [...] a contrario o art. 283º [da Constituição portuguesa] como sinal de preferência pelo legislador, porquanto este preceito se reporta a normas constitucionais não exequíveis por si mesmas ou programáticas e as decisões aditivas (ou modificativas) pressupõem normas exequíveis e a eficácia destas depende do processo em que são emitidas.[446]

Nesse sentido, a aplicação das sentenças aditivas não deve ser vista como uma concessão à Corte Constitucional para fazer escolhas discricionárias. Como distingue Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti:

> Há equívoco em confundir ato de criação de norma inexistente (hipótese da omissão absoluta), com a distinta questão de determinar a aplicação de norma existente a todos aqueles ou a todas as situações que exigiam tratamento isonômico, por força de norma constitucional. Nesse caso, o Judiciário não fixa o parâmetro, não é o legislador positivo, apenas determina a observância do parâmetro fixado pelo legislador a todos aqueles que estiverem em idêntica situação, ou em situação a exigir o mesmo tratamento, por força de imposição constitucional.[447]

Não há motivo, portanto, para se alegar usurpação da função legislativa e ofensa ao princípio da separação dos poderes pela admissibilidade das sentenças aditivas, pois, ao usar essa técnica decisória, adota-se, como parâmetro para a complementação da norma positivada, a parte já produzida pelo legislador. Logo, a adição não é criada a partir do nada. A dúvida que existe, na realidade, não é relacionada à admissibilidade das sentenças aditivas, mas sim aos seus parâmetros e limites.

Reserva de lei e impactos financeiros

Além de críticas relacionadas à usurpação de poderes legislativos, as sentenças aditivas trazem outra questão oriunda do seu caráter reconstrutivo, quando a extensão do regime mais favorável tiver consequências orçamentárias. Na hipótese da sentença aditiva de prestação, que estenda o regime mais favorável de uma lei que concede certo benefício social, o impacto financeiro é ainda maior.

---

[446] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Tomo VI, p. 82.
[447] CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. O Supremo Tribunal Federal e a inconstitucionalidade por omissão parcial. **Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 2, p. 19-26, maio de 2001. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/27480>. Acesso em: 02 dez. 2017, p. 25.

Jorge Pereira da Silva argumenta que o impacto financeiro, por si só, não pode impedir o controle de constitucionalidade de determinada norma inconstitucional. A propósito, afirma o autor:

> E, mesmo em relação às aditivas de prestação, nunca constituiu um verdadeiro obstáculo à acção do órgão fiscalizador da constitucionalidade. Com efeito, de acordo com o Tribunal Constitucional, deriva do artigo 81º um princípio de equilíbrio tendencial do orçamento do Estado, mas daí ´não se segue que exista na matéria um limite absoluto ao poder de cognição do juiz de constitucionalidade da lei.´ O valor constitucional do equilíbrio financeiro, extraível do artigo 81º, não é um pressuposto para a inadmissibilidade do juízo de constitucionalidade, mas representa, pelo contrário, um elemento da complexa ponderação de valores constitucionais.[448]

O autor sugere, quanto a esse ponto, o recurso à dotação provisional para fazer face a eventuais despesas imprevisíveis.[449] Já Carlos Blanco de Morais sustenta que, em último caso, o Tribunal Constitucional poderá reter durante o tempo de vigência de uma lei do orçamento de Estado a publicação de uma decisão de inconstitucionalidade cujos efeitos impliquem, em sede prestacional, um desequilíbrio negativo sensível do orçamento.[450]

Em hipóteses extremas, Luís Roberto Barroso sugere que o Supremo Tribunal Federal poderia estabelecer um prazo, como por exemplo o início do exercício financeiro seguinte, para que se procedesse à inclusão ou à outra solução constitucionalmente legítima. Buscaria, desse modo, uma forma de conciliação entre princípios como o da supremacia da Constituição e da isonomia, de um lado, e os princípios orçamentários, da separação de Poderes e da legalidade, de outro.[451]

É uma questão, portanto, que deve ser valorada pela Corte no momento de julgar a legitimidade e a constitucionalidade de lei, ato normativo ou omissão estatal[452], mas não impede, de pronto, a superação da omissão relativa por meio da sentença aditiva.

Já nas matérias submetidas à reserva legal, estão as sentenças aditivas efetivamente limitadas, por exemplo, ao prejudicar o acusado, em razão do artigo 5º, XXXIX, da

---

[448] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 131.
[449] Ibidem, p. 239.
[450] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 428.
[451] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 319.
[452] LESSA, Alex Alves. **Direitos sociais, omissão inconstitucional e o papel da jurisdição constitucional**. Disponível em: <https://asmego.org.br/2016/02/11/direitos-sociais-omissao-inconstitucional-e-o-papel-da-jurisdicao-constitucional/>. Acesso em: 05 dez. 2017.

Constituição Federal; ou quando importar majoração de tributos e ampliação de fato gerador, por força do artigo 146, III, "a", da Constituição Federal.[453]

5.2.5 A superação da omissão relativa no sistema brasileiro

Compreendida a controvérsia que gira em torno das sentenças aditivas, pode-se analisar, finalmente, o seu cabimento, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, para a reposição da igualdade e da constitucionalidade nos casos de omissão relativa.

Há quem entenda, na doutrina, pela inadmissibilidade das sentenças aditivas. Rui Medeiros, por exemplo, sustenta que, no caso da omissão relativa, cabe ao legislador, e não ao Tribunal Constitucional, optar entre o restabelecimento da igualdade por meio da eliminação da lei ou do alargamento do seu âmbito de abrangência. Defende, na ordem jurídica portuguesa, a invalidação total da norma com limitação de efeitos na hipótese de omissão relativa, a fim de tanto censurar o legislador, como também exercer pressão sobre ele, para que seja editada nova legislação. Segundo o autor:

> Chegados a este ponto – num momento em que se tem por adquirido que as leis discriminatórias, ainda que concretizem normas da Constituição, são inconstitucionais (por acção), que o Tribunal Constitucional não está em regra habilitado a restringir o âmbito da decisão de inconstitucionalidade à norma que expressa ou implicitamente restringe o âmbito de aplicação da lei favorável (obtendo, por essa via, a ampliatio do regime mais favorável) e que não se justifica a importação da solução alemã da simples declaração de incompatibilidade – afigura-se claro que a sanção em princípio aplicável às leis que atribuem direitos em violação do princípio da igualdade passa, na ordem jurídica portuguesa, pela decisão de invalidade total, ainda que com limitação de efeitos.[454]

Já Jorge Miranda, embora entenda ser necessário reconhecer as divisas estreitas entre os poderes, bem como as condicionantes financeiras e o postulado da "*reserva econômica do possível*", sustenta que as decisões aditivas não devem ser recusadas diante de "discriminações ou diferenciações infundadas, frente às quais a extensão do regime mais favorável se oferece, simultaneamente, como a decisão mais imediata para a sensibilidade colectiva e a mais próxima dos valores constitucionais."[455]Defende, assim, que as omissões

---

[453] NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Direito Público,** Porto Alegre, Ano IV, n. 13, p. 64, jul./ago./set. 2006.
[454] MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade:** os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Catolica Editora, 1999, p. 522.523.
[455] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Tomo VI, p. 82.

relativas podem e devem ser superadas pelo Tribunal Constitucional, por meio da extensão do regime mais favorável, com fundamento nos princípios da igualdade, da proporcionalidade e do não retrocesso.

Jorge Pereira sustenta, de forma isolada, que a fiscalização das omissões relativas deve ocorrer em sede de omissão e em controle concreto, superando-se as omissões da mesma forma que as lacunas jurídicas, com aplicação analógica das normas existentes. A operação integrativa seria levada a cabo pelos Tribunais comuns, cabendo ao Tribunal Constitucional a mera declaração de inconstitucionalidade da norma ideal implícita.[456]

Entendemos, de nossa parte, que, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, há espaço para as sentenças aditivas, a fim de superar a inconstitucionalidade gerada pela omissão relativa.

Não nos parece que o uso de sentenças aditivas em sentido estrito seja uma extrapolação das funções jurisdicionais, na linha do que preconizam os críticos dessa técnica de decisão. Nessa modalidade decisória, apenas se adota uma interpretação extensiva para o dispositivo impugnado, a partir de uma perspectiva sistêmica, assim descrita por Elival da Silva Ramos: *i)* primeiro, concentra-se o intérprete-aplicador no exame do enunciado normativo questionado e conclui que nele há, *prima facie*, uma omissão ou lacuna técnica, agressiva a princípios ou normas de porte constitucional, decorrente da falta de extensão da disciplina imposta a outras situações fáticas ou a outros destinatários; *ii)* até esse ponto, articula-se uma simples decisão de procedência, de perfil comum, pela qual o dispositivo, em toda sua textualidade, seria declarado inconstitucional, já que a parte de seu conteúdo prescritivo que se harmoniza com a Constituição demanda complementação; *iii)* na sequência, recorre-se ao pressuposto teorético da unidade do ordenamento e aos princípios que dele derivam, da supremacia da Constituição e do aproveitamento dos atos normativos, bem como aos princípios ou normas constitucionais concretamente ofendidos (isonomia, ampla defesa, entre outros) para, então, estender às situações fáticas ou às categorias de destinatários olvidadas pelo legislador a disciplina por ele traçada de modo ilegitimamente restritivo ou o regime jurídico-legal a que se reporta esse regramento discriminatório, o que acaba redundando na preservação da lei controlada.[457]

---

[456] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 211-212.
[457] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 220.

O que se deve discutir, na realidade, são as hipóteses em que a sentença aditiva se coaduna com o sistema constitucional. Embora os marcos fronteiriços sejam tênues, dois aspectos são fundamentais. Segundo Elival Ramos da Silva,

> [...] o princípio ou norma constitucional especificamente justificante deve gozar de plenitude eficacial, sendo que a disciplina legislativa dele ou dela discrepante deve estar compreendida no seu campo de abrangência; de outra parte, o dispositivo ou o conjunto de dispositivos (regime jurídico) objeto da extensão reconstrutiva deve contar com uma textualidade que a ela dê suporte, vale dizer, que não a coloque, inequivocamente, fora de seu espaço de interpretação.[458]

Entende-se, portanto, que são absolutamente válidas, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, as sentenças constitucionalmente obrigatórias, ou seja, aquelas em que a norma que irá preencher o vazio é uma extensão lógica de um princípio ou de uma norma constitucional preceptiva e exequível por si própria[459], não havendo outras opções também conformes com a Constituição.[460]

Carlos Blanco de Morais afirmava que "as sentenças aditivas ou são constitucionalmente obrigatórias ou são juridicamente ilegítimas"[461], sendo enfático quanto aos riscos de uma atividade jurisprudencial que pretenda substituir-se ao legislador.

Considerava que, havendo uma pluralidade de soluções normativas conformes à Constituição para preencher a omissão relativa, a escolha do Tribunal adentraria em campo reservado ao legislador. O Tribunal Constitucional não deveria, então, em nenhuma hipótese, editar normas inovadoras, criadas *ex nihilo*, devendo a parte reconstrutiva da sentença aditiva decorrer diretamente da Constituição.

Posteriormente, é verdade, o autor alterou de forma singela o seu entendimento, para permitir que fossem proferidas também decisões constitucionalmente obrigatórias de natureza conformadora, nas quais se pudesse legitimamente gizar juízos axiológicos de ponderação

---

[458] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 220.

[459] Nesse sentido, Revorio aduz que "*para que esta técnica sea admisible esa extensión o integración de la norma debe ser consecuencia inmediata y necesaria de la anulación de la norma implícita que, derivada del precepto legal incompleto, excluía su aplicación a los supuestos no expresamente previstos*." REVORIO, Francisco Javier Díaz. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional,** Año 21. n. 61, p. 114, Enero-abril 2001. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/28189358_El_control_de_constitucionalidad_de_las_omisiones_legislativas_en_el_Derecho_Comparado_europeo>. Acesso em: 28 dez. 2017.

[460] SOUZA, Luiz Henrique Boselli de**. A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas.** Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27012011-112925/pt-br.php>. Acesso em: 15 dez. 2017, p. 144.

[461] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 393.

entre um número muito restrito de soluções normativas alternativas e hipotéticas, de que resultasse a exclusão das que revelassem uma natureza desadequada, excessivamente onerosa, pouco equitativa ou pouco afeiçoada aos princípios constitucionais.[462]

Entretanto, o fato é que ainda que haja um número restrito de soluções normativas alternativas, se são todas elas conformes à Constituição, a opção passa a ser do legislador, motivo pelo qual reputamos correta a posição inicial de Carlos Blanco de Morais. No contexto brasileiro, sob a influência da doutrina italiana, a tese da solução constitucionalmente obrigatória também é defendida por José Adércio Leite Sampaio. Para o autor, nessas decisões, a Corte apenas individualiza a norma que já se encontra implícita no sistema, seja a partir de um princípio geral existente, seja da própria disposição constitucional violada.[463]

Nessa linha, portanto, à qual se adere, considera-se que o Supremo Tribunal Federal é competente para proferir sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias. Evidentemente, a aplicação direta de uma norma constitucional para o preenchimento de uma lacuna pode sempre comportar variantes regulatórias mínimas, de modo que deve o Tribunal, ao impor a solução única, motivar a componente reconstrutiva da decisão, demonstrando que essas variações aplicativas são pouco verossímeis ou claramente onerosas em termos de compressão de outros princípios constitucionais.[464]

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, "longe de criar uma regra nova, desamparada de um parâmetro constitucional de referência, enuncia no segmento positivo da sentença um critério de decisão que deriva directamente da Lei Fundamental."[465]

A situação é distinta, contudo, quando, na sequência do efeito ablativo parcial decorrente do juízo de inconstitucionalidade, a decisão opte por uma entre várias soluções normativas conformes à Constituição. Nessa hipótese, entende-se que não há espaço, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, para a prolação de uma sentença aditiva em sentido estrito.

Isso porque ao escolher livremente uma determinada solução normativa e não outra igualmente válida, o Supremo Tribunal Federal, no lugar de sancionar deformidades do ordenamento, estaria conformando-o por meio de "uma liberdade prescritiva, de uma

---

[462] MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009, p. 115.
[463] SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: **HERMENÊUTICA e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 180.
[464] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 853.
[465] Ibidem, p. 429.

inovação política e de um programa normativo que são reserva do legislador e que se encontram subtraídas ao juiz."[466]

Sendo assim, na hipótese em que o Tribunal, diante de uma omissão relativa, se veja diante não apenas de uma solução única, mas de várias alternativas opcionais de integração, conformes à Constituição, qual seria a decisão adequada?

Nesse caso, de acordo com o nosso sistema sancionatório de nulidade, a primeira solução que se coloca é a declaração positiva de inconstitucionalidade da norma, suprimindo-se o tratamento discriminatório incompatível com a ordem constitucional. Com a paralisação de sua eficácia, seria restabelecida a igualdade, não com a melhoria dos excluídos, mas com a generalização da situação menos favorável. Embora tecnicamente possível, não é uma fórmula, na expressão de Luís Roberto Barroso, que "*satisfaça o espírito*."[467]

Francisco Javier Díaz Revorio, ao analisar os instrumentos existentes nos principais sistemas constitucionais europeus para controlar as omissões legislativas relativas, afirma que as soluções encontradas consistem, basicamente, em *sentenças intermédias*, que podem ser divididas em dois grupos: *i)* os remédios unilaterais, que supõem uma reparação imediata da omissão pela própria sentença do Tribunal Constitucional, dentre os quais estaria a sentença aditiva; e *ii)* os remédios bilaterais, que supõem uma necessidade de colaboração entre o Tribunal Constitucional e o legislador. Nesse último grupo, estariam as declarações de mera incompatibilidade ou de inconstitucionalidade sem nulidade, as sentenças apelativas, o diferimento dos efeitos temporais da decisão, para possibilitar a intervenção do legislador, e, ainda, as sentenças aditivas de princípio.[468]

Segundo o autor, na Áustria,

> [...] a opção de postergar a entrada em vigor da anulação da lei se mostra especialmente adequada para resolver o problema criado por uma lei que não é inconstitucional em si mesma, mas sim que omite ou não inclui outras categorias a que corresponderia, constitucionalmente, o mesmo tratamento legal. Como essa solução, a lei continua vigente e segue sendo aplicada, até o transcurso do prazo assinalado pelo Tribunal, quando então perderia sua vigência.[469]

---

[466] Ibidem, p. 422.

[467] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 212.

[468] REVORIO, Francisco Javier Díaz. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 21, n.61, p. 85-66, Enero-abril 2001. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/28189358_El_control_de_constitucionalidad_de_las_omisiones_legislativas_en_el_Derecho_Comparado_europeo>. Acesso em: 28 dez. 2017.

[469] No original: "La opción por retrasar la entrada en vigor de la anulación se muestra como especialmente adecuada para resolver el problema creado por una ley que no es inconstitucional en sí misma, pero sí por lo que omite, o por no incluir a otras categorias a las que constitucionalmente les corresponderia el mismo tratamiento

No sistema de controle de constitucionalidade austríaco, contudo, os efeitos da decisão de anulação de uma norma se produzem, em regra, *ex nunc*. Além disso, a própria Constituição permite que a eficácia *pro futuro* da sentença se qualifique ainda mais, concedendo ao Tribunal Constitucional a possibilidade de diferir os efeitos da anulação da norma, até o máximo de dezoito meses no caso das leis (artigo 140.5 da Constituição, com a reforma de 1992).[470]

Na Alemanha, onde tampouco se tem a nulidade da lei como sanção no controle de constitucionalidade, são usadas as chamadas sentenças de mera incompatibilidade em casos de omissão relativa.[471] Gilmar Ferreira Mendes, ao analisar a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, afirma que, também em relação às leis que consagram obrigações de forma incompatível com o princípio da igualdade, houve por bem a Corte Constitucional abandonar a orientação que recomendava a simples pronúncia de nulidade, limitando-se o Tribunal, nesses casos, a declarar a inconstitucionalidade em pronúncia de nulidade, valendo-se da liberdade de conformação do legislador.[472]

Isso porque a declaração de nulidade da norma acabaria por suprimir o próprio fundamento em que se assenta a pretensão do autor da ação. Seria, na expressão de Ipsen, "uma esquisita compreensão do princípio de justiça, que daria ao postulante pedra ao invés de pão."[473]

No ordenamento jurídico português, Carlos Blanco de Morais sustenta que sempre que da concretização da Constituição decorra uma pluralidade de soluções conformes à Constituição, integrativas de um vazio normativo derivado de uma omissão relativa, deverá ser ditada uma sentença aditiva de princípio, ou seja, ausentes os requisitos para o Tribunal

---

que las previstas em la regulación legal. Con esta solución, la ley continúa vigente y se sigue aplicando (salvo, em su caso, em los Anlabfall) hasta el transcurso del plazo señalado por el Tribunal, momento a partir del cual perderá su vigencia." (REVORIO, Francisco Javier Díaz. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 21. n. 61, p. 88-89, Enero-abril 2001. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/28189358_El_control_de_constitucionalidad_de_las_omisiones_legislativas_en_el_Derecho_Comparado_europeo>. Acesso em: 28 dez. 2017.

[470] REVORIO, Francisco Javier Díaz. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional,** Año 21. n. 61, p. 87-88, Enero-abril 2001. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/28189358_El_control_de_constitucionalidad_de_las_omisiones_legislativas_en_el_Derecho_Comparado_europeo>. Acesso em: 28 dez. 2017.

[471] Ibidem, p. 91.

[472] MENDES, Gilmar Ferreira**. Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 312-313.

[473] Ibidem, p. 311.

Constitucional proferir uma sentença constitucionalmente obrigatória, enuncia-se um princípio constitucional que deverá ser respeitado no ato de integração da lacuna.

No Brasil, entretanto, em razão do sistema sancionatório de nulidade constitucionalmente estruturado, não nos parece compatível o uso das sentenças aditivas de princípio. Na superação da omissão relativa, então, havendo uma pluralidade de soluções conformes à Constituição, que impeçam a prolação de uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória, restaria apenas o diferimento dos efeitos temporais da decisão (eficácia *pro futuro*), nos termos do artigo 27 da Lei n. 9.868/99. [474]

Essa última solução, contudo, também não é ideal, porque possibilita a aplicação de lei inconstitucional, sem qualquer garantia de que a regulamentação seja efetivamente realizada pelo Poder Legislativo, dessa vez em consonância com o princípio da igualdade.

A esse respeito, Gilmar Ferreira Mendes afirma que

> [...] a tese segundo a qual, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, a lei haveria de preservar a sua validade até a promulgação das novas regras [...] não se compatibiliza com a ideia assente no direito brasileiro que considera nula a lei inconstitucional. A Constituição de 1988 não parece fornecer qualquer fundamento para a aplicação indiscriminada da lei inconstitucional.[475]

O sistema brasileiro, portanto, não nos oferece uma solução alternativa, que não seja a declaração de inconstitucionalidade da lei, havendo, assim, premente necessidade de que seja não apenas desenvolvida, mas também sistematizada a forma adequada de decisão para superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão relativa.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes adverte que a identificação, no juízo de constitucionalidade, da exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade é um tema que, de fato, merece atenção. O desprezo votado ao princípio da igualdade, na elaboração das leis, o deferimento de vantagens exclusivas a determinados segmentos da sociedade ou do funcionalismo e a concessão de tratamento tributário diferenciado a pessoas e entidades exigem, na realidade, uma análise mais atenta desse tipo de omissão parcial.[476]

Não se defende aqui a adoção pura e simples da técnica alemã da declaração de inconstitucionalidade sem a consequência da nulidade (*Unvereinbarkeit*), sobretudo diante da

---

[474] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 222.
[475] MENDES, Gilmar Ferreira**. Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 432.
[476] Idem. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 69-70.

impossibilidade de conciliá-la com o sistema difuso vigente entre nós. Não se pode perder de vista, porém, que o desenvolvimento da declaração de inconstitucionalidade sem a consequência da nulidade tem por objetivo evitar, exatamente, a declaração de inconstitucionalidade total, deixando ao legislador a possibilidade de sanar eventuais defeitos, já que a nulidade, além de traduzir possível injustiça com os beneficiados, pode levar a sua situação de ausência de normas, a um vácuo de direito (*Rechtsvakuum*), ou, até mesmo, ao chamado caos jurídico (*Rechtschaos*). [477]

É preciso, portanto, delimitar as hipóteses em que as sentenças aditivas seriam admissíveis no ordenamento brasileiro para a superação da omissão relativa. No caso das omissões relativas definidas, para as quais há uma única opção para restabelecer a igualdade, sustenta-se que é válida, no sistema de controle brasileiro, a sentença aditiva constitucionalmente obrigatória. Nesse ponto, inclusive, a Constituição brasileira, extremamente analítica que é, oferece um grande número de regras a serem aplicadas para sanar inconstitucionalidades.

Por outro lado, nos casos de omissões relativas indefinidas, ou seja, quando não houver uma única via constitucional a ser seguida, a solução possível, que não seja a declaração de inconstitucionalidade da lei, seria o diferimento dos efeitos temporais da decisão (eficácia *pro futuro*), nos termos do artigo 27 da Lei n. 9.868/99. Essa última solução, todavia, não é ideal, já que não garante que, no prazo diferido, o legislador corrigirá a inconstitucionalidade da omissão relativa, sanando a violação ao princípio da igualdade.

A aplicação continuada de uma determinada lei declarada inconstitucional somente se justificaria com fundamento em uma alternativa normativa de hierarquia constitucional.[478] De *lege ferenda*, poderia ser cogitado o estabelecimento de prazos dentro dos quais seria admissível a aplicação da lei inconstitucional, a fim de que pudesse haver nova regulamentação da matéria pelo legislador e, ainda, a definição das responsabilidades de eventuais penalidades cabíveis ao legislador renitente em sanar a violação ao princípio da igualdade.

---

[477] MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 70.

[478] Idem**. Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 432-433.

6 CONCLUSÕES

1. O controle de constitucionalidade das leis, desenvolvido sob os influxos do constitucionalismo moderno, está associado à própria ideia de Constituição, bem como às fases e aos processos que acabaram por assegurar a supremacia das normas constitucionais.

2. A configuração da jurisdição constitucional como mecanismo de defesa da Constituição deu ensejo a uma significativa alteração na relação do Poder Judiciário com os demais Poderes do Estado. Esse acirramento das tensões entre os Poderes, entretanto, é natural ao sistema e decorre do próprio exercício da jurisdição constitucional. Viu-se que, no modelo clássico proposto por Montesquieu, a rigidez do sistema, que parecia absoluta em um primeiro momento – no sentido de que cada Poder desempenha apenas e tão somente uma única função –, dizia respeito, na realidade, à atividade preferencial e primeira daquele Poder. A observância da separação dos poderes, assim, importa na atuação dos órgãos judiciais nos exatos limites da função jurisdicional que lhes foi confiada.

3. A partir do século XX, como reação ao liberalismo clássico e ao individualismo, assistiu-se ao avanço do intervencionismo estatal, com a mudança dos paradigmas liberais para uma atuação mais ativa do Estado, não mais como mero garantidor de direitos, mas sim como instrumento de efetivação de direitos fundamentais. Com essa mudança do "*arquétipo estatal*", foram influenciadas diretamente a configuração do Poder e a forma de seu exercício, sobretudo em relação à jurisdição constitucional.

4. Resultado desse lento aprimoramento histórico, o sistema de controle de constitucionalidade desenhado pela Constituição Federal de 1988 facilitou, visivelmente, a deflagração do controle abstrato de normas, tornando o sistema de controle, no seu todo, mais eficaz. Além disso, preocupado com a omissão de atos legislativos ou administrativo-normativos indispensáveis à atribuição de eficácia plena a disposições constitucionais, o Constituinte de 1988, inspirado pela Constituição portuguesa, introduziu mecanismos jurídicos inéditos relacionados ao controle da inconstitucionalidade por omissão: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no 2º, do art. 103, cuja propositura foi facultada aos mesmos legitimados para a ação direta por inconstitucionalidade comissiva.

5. A omissão legislativa inconstitucional, para ganhar significado autônomo e relevante, deve estar ligada diretamente a uma exigência constitucional de ação, ou seja, apenas é autônoma e juridicamente relevante "*quando se conexiona com uma exigência*

constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional."[479]

6. No caso da omissão legislativa inconstitucional, foram elencados os seguintes elementos para a sua configuração: *i)* a existência de uma norma constitucional de eficácia limitada, impositiva de um específico dever de legislar para que possa gozar de plenos efeitos no plano jurídico; *ii)* a não atuação do Poder Legislativo, incumbido de colmatar o vazio normativo; e *iii)* a ultrapassagem do prazo constitucionalmente estipulado para tanto ou a demora desarrazoada na adoção das providências necessárias.

7. Se essa conclusão se aplica perfeitamente às omissões formais, vê-se, por outro lado, que essa mesma conclusão não se aplica, integralmente, às omissões materiais. Nas omissões relativas especificamente, o legislador, ao regular determinado fato, estabelece direitos, benefícios, deveres ou obrigações para uma dada categoria ou grupo de pessoas, abstendo-se de aplicar o mesmo regime a outra categoria ou grupo de destinatários que esteja em situação igual ou de identidade juridicamente relevante.

8. Nessa hipótese, é o silêncio legislativo relativo de caráter não inclusivo de certos destinatários que cria discriminações injustificadas entre pessoas que estão em situação homóloga e viola, com isso, o princípio constitucional da igualdade, de modo que o parâmetro de controle é diverso e o conceito de omissão relativa, inclusive, destoa, em parte, dos pressupostos utilizados para conceituar as demais omissões.

9. Ao contrário do que ocorre nas omissões absolutas, cuja existência pressupõe a não concretização de norma constitucional não exequível por si própria, podem as omissões relativas não ter relação alguma com essa concretização, dado que decorrem do modo constitucionalmente inadequado de regular o exercício de direitos. As omissões relativas, portanto, podem surgir ainda que determinado ato normativo não seja editado em atendimento a um dever constitucional concreto e específico, isto é, quando se tratar de uma norma decorrente do dever geral de legislar, no âmbito de discricionariedade do legislador.

10. Não se pode assimilar as omissões legislativas relativas e as omissões legislativas parciais como expressões sinônimas. Embora esses dois tipos de omissão possam ser cumulados, o fato é que só haverá omissão parcial quando estiver em causa a concretização de normas constitucionais não exequíveis por si próprias. Isso significa que se houver uma discriminação legal não inclusiva que viole o princípio da igualdade, mas que não

---

[479] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.033.

decorra de determinada norma constitucional não exequível por si própria, estaremos diante de uma omissão relativa apenas, e não de uma omissão parcial.

11. O princípio da igualdade funciona, em seu aspecto material, como ulterior elemento constitutivo de qualquer regulação normativa. Por isso, pode-se considerá-lo não somente princípio constitucional geral, mas também princípio constitucional de imposição concreta.

12. Nas omissões relativas, há sempre uma atuação positiva do legislador. Seja qual for a solução adotada pelo Tribunal quando verificada a inconstitucionalidade nessa hipótese – ou a declaração de inconstitucionalidade da norma que contenha essa omissão, ou a extensão do âmbito normativo, para que seja respeitado o princípio da igualdade –, constata-se que nenhuma delas está abrangida pelo artigo 103, §2º, da Constituição Federal de 1988.

13. Por outro lado, em relação ao mandado de injunção, também não se pode falar em falta de norma regulamentadora, seja ela parcial ou total, se essa norma regulamentadora não decorrer de uma norma constitucional não exequível por si mesma. Se, na omissão relativa, é possível que a regulamentação não decorra de uma imposição constitucional, não há sequer como sustentar a titularidade do impetrante do mandado de injunção nessa hipótese. Por isso, entende-se que não decorre da letra da Constituição a integração das omissões relativas no âmbito das omissões tuteladas pelo mandado de injunção, por suas próprias características. A interpretação que deve ser dada à "*omissão parcial*" contida no artigo 2º da Lei 13.300/2016 é no sentido de que são fiscalizáveis por meio do mandado de injunção as omissões parciais quantitativas ou as omissões parciais que decorram de norma constitucional não exequível por si mesma.

14. As violações ao princípio da igualdade geradas pelas omissões relativas devem ser tuteladas por meio do controle de constitucionalidade por ação, seja em razão da inconstitucionalidade que a norma implícita procede de forma comissiva, seja porque nas omissões relativas não está em debate o descumprimento do dever constitucional de legislar, ou seja, a questão sobre a ausência da norma não diz respeito à medida para tornar efetiva norma constitucional. Essa constatação decorre do próprio conceito das omissões relativas, as quais, não relacionadas à inobservância de alguma norma constitucional sem aplicabilidade direta, estão excluídas no âmbito de cabimento dos instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão.

15. Partindo-se da premissa de que o controle da omissão relativa deve ser feito pela via de ação, se declarada a inconstitucionalidade da lei por desrespeito ao princípio da

igualdade, embora seja eliminado o preceito que violou o referido princípio, também é minado o benefício concedido àqueles atingidos pela norma, retrocedendo-se na conquista já obtida. Nessa hipótese, a simples declaração de inconstitucionalidade da lei acarretaria uma situação mais grave do que a manutenção da própria lei, já que seriam atingidos também aqueles favorecidos pela lei impugnada. Por outro lado, adotada a alternativa oposta, com o reconhecimento da omissão relativa, seria determinada a extensão da norma às categorias de sujeitos excluídos de forma ilegítima, no lugar de excluir do ordenamento jurídico a referida norma e restringir os direitos e benefícios criados.

16. Essa última alternativa é exatamente a sentença com efeitos aditivos, técnica de decisão que tutela a omissão relativa pela via da inconstitucionalidade por ação. As sentenças aditivas são espécies de sentenças manipulativas ou sentenças intermédias, por meio das quais, diante de uma norma que viola o princípio da igualdade, declara-se a inconstitucionalidade da norma ou de um segmento dela, restabelecendo-se a igualdade violada.

17. A sentença aditiva em sentido estrito está diretamente associada à tutela da omissão relativa. A "*figurativamente designada omissão relativa*"[480] fundamenta a componente ablativa da sentença quando julga inconstitucional a norma que, em razão do seu silêncio parcial, afronta o princípio da igualdade de tratamento entre categorias de pessoas que estão em situações iguais, sendo que essa lacuna sustenta a operação integrativa-reconstrutiva, a fim de permitir a identificação do direito apto a preencher o silêncio normativo inerente à exclusão implícita de certos destinatários e a reparar a inconstitucionalidade ou a insuficiência crítica da disciplina jurídica que antes se encontrava incompleta.

18. A prática constitucional estrangeira nos mostra, contudo, que não há acordo quanto à solução mais adequada para a superação da inconstitucionalidade gerada pela omissão relativa, havendo defensores tanto das medidas unilaterais, que supõem uma reparação imediata da omissão pela própria sentença do Tribunal Constitucional, dentre os quais estaria a sentença aditiva, como das medidas bilaterais, que supõem uma necessidade de colaboração entre o Tribunal Constitucional e o legislador. As características próprias de cada sistema constitucional definem as medidas cabíveis, como as declarações de mera incompatibilidade ou de inconstitucionalidade sem nulidade, na Alemanha, ou a opção de postergar a entrada em vigor da anulação da lei, na Áustria.

---

[480] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional:** o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II, p. 387.

19. Entende-se que são absolutamente válidas, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, as sentenças constitucionalmente obrigatórias, ou seja, aquelas em que a norma que irá preencher o vazio é uma extensão lógica de um princípio ou de uma norma constitucional preceptiva e exequível por si própria, não havendo outras opções também conformes à Constituição. Não há, nessa hipótese, usurpação da função legislativa, tampouco ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois se adota como parâmetro para a complementação da norma positivada a própria Constituição.

20. A situação é distinta, contudo, quando, na sequência do efeito ablativo parcial decorrente do juízo de inconstitucionalidade, a decisão optar por uma entre várias soluções normativas conformes à Constituição. Nessa hipótese, entende-se que não há espaço, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, para a prolação de uma sentença aditiva em sentido estrito.

21. Quando a superação da omissão relativa envolver várias soluções normativas conformes à Constituição, a primeira solução que se coloca, de acordo com o nosso sistema sancionatório de nulidade, é a declaração positiva de inconstitucionalidade da norma, suprimindo-se o tratamento discriminatório incompatível com a ordem constitucional. Nesse caso, seria restabelecida a igualdade, não com a melhoria dos excluídos, mas com a generalização da situação menos favorável. Embora tecnicamente possível, não é uma fórmula, na expressão de Luís Roberto Barroso, que "*satisfaça o espírito*."[481]

22. Por outro lado, também em razão do sistema sancionatório de nulidade constitucionalmente estruturado, não nos parece compatível o uso das sentenças aditivas de princípio, de modo que para a superação da omissão relativa, não sendo cabível a prolação de uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória, restaria apenas o diferimento dos efeitos temporais da decisão (eficácia *pro futuro*), nos termos do artigo 27 da Lei n. 9.868/99.

23. Essa última solução, contudo, também não é ideal, porque possibilita a aplicação de lei inconstitucional, sem qualquer garantia de que a regulamentação seja efetivamente realizada pelo Poder Legislativo, dessa vez em consonância com o princípio da igualdade.

24. O sistema brasileiro, portanto, não nos oferece uma solução suficiente, que não seja a declaração de inconstitucionalidade da lei, havendo, assim, premente necessidade de que seja não apenas desenvolvida, mas também sistematizada a forma adequada de decisão para superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão relativa. Apesar do singelo avanço na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na reparação das situações de

---

[481] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 212.

desigualdades, convém imprimir um rigor sistemático mais apurado na sedimentação das técnicas decisórias utilizadas para a superação da omissão relativa.

25. A aplicação continuada de uma determinada lei declarada inconstitucional somente se justificaria com fundamento em uma alternativa normativa de hierarquia constitucional, que pudesse compatibilizar o nosso sistema com a aspiração constitucional de concretização do princípio da igualdade. De *lege ferenda*, poderia ser cogitado o estabelecimento de prazos dentro dos quais seria admissível a aplicação da lei inconstitucional, até que houvesse regulamentação da matéria pelo legislador, e, ainda, a definição das responsabilidades e de eventuais penalidades cabíveis ao legislador renitente em sanar a violação ao princípio da igualdade.

26. O desafio consiste no desenvolvimento de técnicas de decisão aptas a solucionarem os problemas trazidos pelas omissões relativas, na hipótese em que o Tribunal, diante de uma omissão relativa, se veja diante não apenas de uma solução única, mas de várias alternativas opcionais de integração conformes à Constituição.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. In: **AS GARANTIAS do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 1-14.

AMARAL JÚNIOR, José Levi do. Regulamentação do mandado de injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p.152-160

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. In: **O PODER Judiciário *e a* Constituição.** Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 129-149.

BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro, 1958. (Trabalhos Jurídicos, Obras completas de Rui Barbosa), v. XX, Tomo V.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Mandado de Injunção. **Revista de Processo**, v. 56, out./dez. 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAZAN, Victor. Aproximação à problemática acerca da inconstitucionalidade ou inconvencionalidade omissivas. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, Ano 4, n. 15, jul./set. 2010.

BEÇAK, Rubens**.** A separação de poderes, o Tribunal Constitucional e a Judicialização da Política. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, 2008.

BERMUDES, Sergio. O mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, v. 642, abr. 1989.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6126/novas-perspectivas-do-controle-da-omissao-inconstitucional-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRUST, Leo. A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 10, p. 507-526, jul./dez., 2009.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Brasília, Senado Federal, 1978.

CAGGIANO, Mônica. **O controle da omissão legislativa e administrativa**, Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/artigos_2009/monica.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plinio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. O Supremo Tribunal Federal e a inconstitucionalidade por omissão parcial. **Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 2, p. 19-26, maio de 2001. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/27480>. Acesso em: 02 dez. 2017.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos:** elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

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

COITINHO, Jair Pereira. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil do Império à República: protagonismo do STF antes de 1988? **Temas do Pensamento Constitucional Brasileiro**, v. IV, 1, p. 75-85, 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público:** em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIMOULIS, Dimitri. Separação dos Poderes. In: DIMOULIS, Dimitri (Org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. **Revista dos Tribunais**, v. 44, n. 235, maio 1955.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre Poderes:** o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Processos informais de mudança da Constituição:** mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

_____. Inovações na jurisdição constitucional brasileira. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 16, Madrid, 2012.
107-163.
_____. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 89, 1986, p. 49-62.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A repercussão geral e a objetivação do controle concreto. In: MORAIS, Carlos Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (Orgs.). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra, Lisboa, São Paulo: Almedina, 2012. p. 193-208.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves**. Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Princípios fundamentais do direito constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRIFFIN, Stephen M. **American Constitucionalism:** from theory to politics. New Jersey: Princeton University Press, 1998.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ISRAEL, Lucas Nogueira. **A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade:** entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. Disponível em: <http://www.repositorio.unb.br/handle/10482/16943>. Acesso em: 21 dez. 2017.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed. São Paulo: RT, 2013.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LESSA, Alex Alves. **Direitos sociais, omissão inconstitucional e o papel da jurisdição constitucional**. Disponível em: <https://asmego.org.br/2016/02/11/direitos-sociais-omissao-inconstitucional-e-o-papel-da-jurisdicao-constitucional/>. Acesso em: 05 dez. 2017.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1986.

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

MCILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. Trad. Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1991.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade:** os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Catolica Editora, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Tomo 2.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. Tomo IV.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Tomo VI.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por Omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. **Revista de Direito Público.** São Paulo, n. 99, p. 115-127, jul./set. 1991.

MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do principio da igualdade através do controle de constitucionalidade por acção. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009.

MORTATI, Costantino. **Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore.** Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23160065>. Acesso em: 27 nov. 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Tomo II.

_____. **Justiça Constitucional.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. Tomo I.

_____. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de Injunção:** estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

MORASSUTTI, Bruno Schimitt. **O objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão:** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e posicionamento da doutrina. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_2/bruno_morassutti.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2017.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Direito Público,** Porto Alegre, Ano IV, n. 13, p. 45-46, jul./ago./set. 2006.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional Law**. St. Paul: Est Publishing Co., 1991.

OTTO, Ignacio de. **Derecho Constitucional**. Sistema de Fuentes. In: OBRAS COMPLETAS. Oviedo: Ariel, 2010.

PACHECO, Maria Carla de Avelar. O mandado de injunção: aspectos gerais e efeitos da decisão à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Lei n° 13.300, de 23 de

junho de 2016. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 41, n. 2, p. 207, jul./dez., 2016.

PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional:** o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. São Paulo: LTr, 2008.

PINTO, Maria da Glória Ferreira. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Lisboa: Almedina, 2005.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. **Efeitos da decisão em mandado de injunção**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de Injunção:** estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.
_____. **Controle de constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **A inconstitucionalidade das leis:** vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a constituição de 1988**. Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal. São Paulo: Almedina, 2012.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 21, n. 61, p. 114, Enero-abril 2001. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/28189358_El_control_de_constitucionalidad_de_las_omisiones_legislativas_en_el_Derecho_Comparado_europeo>. Acesso em 28.12.2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROMBOLI, Roberto. El control de constitucionalidad de las leyes en Italia**. UNED. Teoría y Realidad Constitucional,** n. 4, p. 179-205, 2º semestre 1999.

SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de; SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SEGADO, Francisco Fernández. El nuevo régimen jurídico de la ação de inconstitucionalidade por omissão: la ley brasileña nº 12.063, de 27 de Octubre de 2009. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, p. 119-182, 2010.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de**. A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas.**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27012011-112925/pt-br.php>. Acesso em: 15 dez. 2017.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder:** uma nova teoria da divisão dos poderes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 94, p. 146-151, abr./jun.1990.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

VALE, André Rufino do. Mandado de injunção: comentários ao projeto de regulamentação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de Injunção:** estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

XAVIER, Taciana. A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro. In*:* MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009.