

Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional

GILMAR MENDES•

I. Introdução. II. O controle de constitucionalidade na Constituição do Brasil de 1988. III. Controle de Constitucionalidade de Omissão do Legislador. III. (i). Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. III. (ii). Mandado de injunção. IV. Conclusões

I. Introdução

A Jurisdição Constitucional possui raízes nas culturas jurídicas formadas nos contextos anglo-americano e europeu-continental. Não parece incorreto dizer que é quase impossível fazer um estudo sobre a temática do controle de constitucionalidade sem fazer referência aos clássicos modelos *difuso*, de origem norte-americana, e *concentrado*, de origem européia (continental).

Mais do que modelos estanques fundados nos clássicos sistemas norte-americano ou europeu-continental, a jurisdição constitucional nos países ibero-americanos é caracterizada por modelos híbridos, construídos de forma criativa de

• Presidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil; Presidente do Conselho Nacional de Justiça do Brasil; Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB (1988), com a dissertação *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Políticos e Jurídicos*; Mestre em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA (1989), com a dissertação *Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der abstrakten Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht* (Pressupostos de admissibilidade do Controle Abstrato de Normas perante a Corte Constitucional Alemã); Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA (1990), com a tese *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, publicada na série *Schriften zum Öffentlichen Recht*, da Editora Duncker & Humblot, Berlim, 1991 (a tradução para o português foi publicada sob o título *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 395 p.). Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Membro do Conselho Assessor do “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional” – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Madri, Espanha. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Internacional de Direito e Economia – AIDE.

acordo com a heterogeneidade cultural que caracteriza a região. Como bem analisou o Professor Francisco Fernández Segado, um dos maiores estudiosos sobre a matéria, os países latino-americanos constituem um verdadeiro “laboratório constitucional” no tocante às técnicas de controle de constitucionalidade¹.

O Brasil não se distancia dessa realidade. Assim como os países ibero-americanos em geral, a jurisdição constitucional brasileira foi construída num ambiente constitucional democrático e republicano, apesar das interrupções causadas pelos regimes autoritários. Se as influências do modelo difuso de origem norte-americana foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, o desenvolvimento das instituições democráticas acabou resultando num peculiar sistema de jurisdição constitucional, cujo desenho e organização reúnem, de forma híbrida, características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade.

A Jurisdição Constitucional no Brasil pode ser hoje caracterizada pela originalidade e diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais, como o *mandado de segurança* – uma criação genuína do sistema constitucional brasileiro – o *habeas corpus*, o *habeas data*, o *mandado de injunção*, a *ação civil pública* e a *ação popular*.

Essa diversidade de ações constitucionais próprias do modelo difuso é ainda complementada por uma variedade de instrumentos voltados ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como a *ação direta de inconstitucionalidade*, a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, a *ação declaratória de constitucionalidade* e a *arguição de descumprimento de preceito fundamental*.

Os tópicos seguintes são destinados a uma breve explanação sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, após a Constituição de 1988.

¹ Cfr.: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la Justicia Constitucional en América Latina*. Bologna: Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Libreria Bonomo; 2005, p. 39.

II. O controle de constitucionalidade na Constituição do Brasil de 1988

A Constituição de 1988 foi promulgada após intensa discussão em uma Assembléia constituinte reunida entre 1º de fevereiro de 1987 e 5 de outubro de 1988. O documento constitucional conta com 250 artigos na parte permanente e 94 artigos nas disposições transitórias. Cuida-se de um texto extremamente detalhado, que, por isso, tem dado ensejo a sucessivas emendas constitucionais. Além das 6 emendas aprovadas no processo especial de revisão realizado nos anos de 1993 e 1994, a Constituição recebeu, até o ano de 2008, 56 emendas.

A nova Carta confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito comparado. Buscou-se assegurar a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. Assegurou-se também a autonomia funcional dos magistrados².

O princípio da proteção judicial efetiva passou a configurar a pedra angular do sistema de proteção de direitos.

A Constituição de 1988 preservou o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário, composto por 11 juízes (Ministros), escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. A nomeação dar-se-á pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (CF, art. 101).

A discussão na Constituinte sobre a instituição de uma Corte

² Conferir, a propósito dos dilemas do Poder Judiciário, ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário: entre a Justiça e a Política*. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung. São Paulo: Fundação Unesp Editora, 2004.

Constitucional, que deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade³, acabou por permitir que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse a sua competência tradicional, com algumas restrições, como adquirisse novas atribuições. A nova Constituição ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle da omissão inconstitucional.

Não há dúvida de que, nessa linha, o STF exerce, inadequadamente, o papel de Corte Constitucional.

De inegável peso político e significado jurídico é a competência do Supremo Tribunal para processar e julgar a *ação direta de inconstitucionalidade* (ADI), a *ação declaratória de constitucionalidade* (ADC), a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF), a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (ADIo) e o *mandado de injunção* (MI). Tais processos – juntamente com o recurso extraordinário – formam hoje o *núcleo do sistema de controle de constitucionalidade e legitimidade de leis ou atos normativos, bem como das omissões inconstitucionais*.

No controle concreto, a Lei n. 10.259/2001 admitiu o encaminhamento de recurso extraordinário das decisões das turmas recursais dos juizados especiais ao Supremo Tribunal, retendo-se os recursos idênticos na origem. A mesma lei reconheceu a figura do *amicus curiae* no âmbito desse processo, afastando-se, dessa forma, de uma perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário.

A fórmula adotada para o recurso extraordinário no âmbito dos juizados especiais federais foi estendida para os recursos extraordinários regulares, nos quais se discutam matérias repetitivas ou os chamados “casos de massa”. Esse novo modelo legal traduz um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Aludido instrumento passa a assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.

³ CORRÊA, Oscar Dias. O 160º aniversário do STF e o novo texto constitucional. In: *Arquivos do Ministério da Justiça* n. 173, 1988, p. 67 (70).

Ademais, consagrou-se, com a reforma do judiciário introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o instituto da **repercussão geral**, segundo o qual “*no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-la pela manifestação de dois terços de seus membros*”. O recurso extraordinário passa, assim, por uma mudança significativa, havendo de sofrer o crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário.

Também introduzida pela Emenda n. 45/2004, a **súmula vinculante** estabeleceu a vinculação dos órgãos judiciais e dos órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial.

Quanto ao controle abstrato, especialmente no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade – a ação mais relevante do sistema de controle de constitucionalidade de normas brasileiro –, constitui importante inovação a autorização para que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades. Positivou-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões. Trata-se de providência que confere caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade.

Ademais, a regulamentação da ADPF introduziu significativas mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Questões, até então excluídas de apreciação no âmbito do controle abstrato de normas, podem ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento. A estrutura de legitimação desse instituto, a exigência de configuração de controvérsia judicial ou jurídica para a instauração do processo, a possibilidade de sua utilização em relação ao direito municipal e ao direito pré-constitucional e o efeito vinculante das suas decisões completaram o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal.

Ainda, o STF passou a considerar admissível a reclamação⁴, em sede de controle abstrato de normas, quando o órgão responsável pela edição da lei declarada inconstitucional persistir na prática de atos concretos que pressuponham a validade da norma declarada inconstitucional. Essa jurisprudência foi positivada com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, na qual ficou estabelecido que “*as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”.

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência.

A amplitude do direito de propositura fez com que até mesmo pleitos tipicamente individuais fossem submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, o processo abstrato de normas cumpre entre nós dupla função: é a um só tempo instrumento de defesa da ordem objetiva e de defesa de posições subjetivas.

Por outro lado, particular atenção dedicou o constituinte à chamada “omissão do legislador”.

Ao lado do mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, c/c art. 102,

⁴ Cf. julgamentos na Rcl. 399, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 07.10.93, *DJ* de 24.03.95 e Rcl. 556, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgada em 11.11.1996, *DJ* de 03.10.1997.

I, q, destinado à defesa de direitos subjetivos afetados pela omissão legislativa ou administrativa, introduziu a Constituição, no art. 103, § 2º, o processo de *controle abstrato da omissão*.

III. Controle de Constitucionalidade da Omissão do Legislador

(i) A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIo)

Sob a égide da Constituição de 1988, a grande mudança verificou-se no âmbito do *controle abstrato de normas*, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, “a” c/c art. 103).

Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) criou-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIo), que, tal como a ADI, não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica. O controle abstrato da omissão poderá ser instaurado pelos mesmos legitimados para a proposição da ADI .

Nos termos do art. 103, § 2º, da Constituição Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa a tornar efetiva norma constitucional, devendo ser dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias. Em se tratando de órgão administrativo, será determinado que empreenda as medidas

reclamadas no prazo de trinta dias.

Objeto desse controle abstrato da inconstitucionalidade é a omissão dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional. A própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se teve em vista aqui não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade de norma constitucional.

Não parece subsistir dúvida de que a concretização da Constituição há de ser efetivada, fundamentalmente, mediante a promulgação de lei. Os princípios da democracia e do Estado de Direito (art. 1º) têm na lei instrumento essencial. Não se trata aqui apenas de editar normas reguladoras das mais diversas relações, mas de assegurar a sua legitimidade mediante a aprovação por órgãos democraticamente eleitos.

A concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei. Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa de construção do Estado constitucional. Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social. A omissão legislativa constitui, portanto, objeto fundamental da ação direta de inconstitucionalidade em apreço.

Esta pode ter como objeto todo o ato complexo que forma o processo legislativo, nas suas diferentes fases. Destinatário principal da ordem a ser emanada pelo órgão judiciário é o Poder Legislativo. O sistema de iniciativa reservada, estabelecido na Constituição Federal, faz com que a omissão de outros órgãos, que têm competência para desencadear o processo legislativo, seja também objeto dessa ação direta de inconstitucionalidade.

Nos casos de iniciativa reservada, não há dúvida de que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão buscará, em primeira linha, desencadear o processo legislativo.

Questão que ainda está a merecer melhor exame diz respeito à *inertia deliberandi* (discussão e votação) no âmbito das Casas Legislativas. Enquanto a sanção e

o veto estão disciplinados, de forma relativamente precisa, no texto constitucional, inclusive no que concerne a prazos (art. 66), a deliberação não mereceu do constituinte, no tocante a esse aspecto, uma disciplina mais minuciosa. Ressalvada a hipótese de utilização do procedimento abreviado previsto no art. 64, §§ 1º e 2º, da Constituição, não se estabeleceram prazos para a apreciação dos projetos de lei. Observe-se que, mesmo nos casos desse procedimento abreviado, não há garantia quanto à aprovação dentro de determinado prazo, uma vez que o modelo de processo legislativo estabelecido pela Constituição não contempla a aprovação por decurso de prazo.

O Supremo Tribunal Federal tem considerado que, desencadeado o processo legislativo, não há que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador⁵.

Essa orientação há de ser adotada com temperamento.

Essas peculiaridades da atividade parlamentar, que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam, todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional.

Não temos dúvida, portanto, em admitir que também a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre questão, declarando, assim, a inconstitucionalidade da omissão.

Nesse sentido, em 9 de maio de 2007 o STF, por unanimidade, julgou procedente a ADI 3.682, Rel. Gilmar Mendes, ajuizada pela Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso contra o Congresso Nacional, em razão da mora na elaboração da lei complementar federal a que se refere o art 18, § 4º, da CF, na redação da EC 15/96 (“*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,*”). Não obstante os vários projetos de lei complementar apresentados e discutidos no

⁵ Cf. nesse sentido: ADI 2.495, Rel. Ilmar Galvão, julgada em 2-5-2002, DJ de 2-8-2002.

âmbito das duas Casas Legislativas, entendeu-se que a *inertia deliberandi* (discussão e votação) também poderia configurar omissão passível de vir a ser reputada inconstitucional, no caso de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre o projeto de lei em tramitação.

No caso, o lapso temporal de mais de 10 anos desde a data da publicação da EC 15/96 evidenciou a inatividade do legislador. Ademais, a omissão legislativa produziu incontestáveis efeitos durante o longo tempo transcorrido, no qual vários Estados-membros legislaram sobre o tema e diversos municípios foram efetivamente criados com base em requisitos definidos em antigas legislações estaduais, alguns, inclusive, declarados inconstitucionais pelo STF.⁶

A omissão inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna⁷ como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação⁸.

Tem-se *omissão absoluta* quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Constatam-se semelhanças com a *omissão total* ou *absoluta* nos casos em que existe um ato normativo, que, todavia, atende parcialmente a vontade constitucional⁹. Trata-se de omissão parcial.

A imprecisa distinção entre ofensa constitucional por ação ou por omissão¹⁰ leva a uma relativização do significado processual-constitucional desses instrumentos especiais destinados à defesa da ordem constitucional ou de direitos

⁶ Informativo STF n. 466, de 16.5.2007.

⁷ BVerfGE, 6, 257 (264); Vgl auch Christian Pestalozza, “Noch verfassungsmässige” und “bloss verfassungswidrige” Rechtslagen, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, v. 1, p. 526; cf., Friedrich Jülicher, *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischen Unterlassen*, Berlin, 1972, p. 13.

⁸ BVerfGE, 56, 54 (70 e s.); 55, 37 (53); Peter Hein, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidrige Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden, 1988, p. 57; BVerfGG, Vorprüfungsausschuss NJW, 1983, 2931 (Waldsterben).

⁹ Peter Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, Zu den “nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen”, AöR, 90 (1965), p. 341 (352); Friedrich Jülicher, *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischen Unterlassen*, cit., p. 33; Stern, *Bonner Kommentar*, 2. tir., art. 93, RdNr., 285; Hans Lechner, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers, NJW, 1955, p. 181 e s.; Schmidt-Bleibtreu, in Maunz et al., BVerfGG, § 90, RdNr., 121.

¹⁰ Hans-Uwe Erichsen, *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., p. 129-170; Christian Pestalozza, “Noch verfassungsmässige” und “bloss verfassungswidrige” Rechtslagen, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, cit., p. 519 (526, 530).

individuais contra a omissão legislativa. De uma perspectiva processual, a principal problemática assenta-se, portanto, menos na necessidade de instituição de determinados processos destinados a controlar essa forma de ofensa constitucional do que na superação do estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa.

Embora a omissão do legislador não possa ser, enquanto tal, objeto do controle abstrato de normas¹¹, não se deve excluir a possibilidade de que, como já mencionado¹², essa omissão venha a ser examinada no controle de normas.

Dado que no caso de uma omissão parcial existe uma conduta positiva, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade, em princípio, da aferição da legitimidade do ato defeituoso ou incompleto no processo de controle de normas, ainda que abstrato¹³. 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 incompletude¹⁴.

É certo que a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão inconstitucional. Uma cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade, tal como já admitido pela Corte Constitucional alemã em algumas decisões.

Evidentemente, a cassação da norma inconstitucional (declaração de nulidade) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio lícitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados.

¹¹ Ernst Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1963, p. 65.

¹² Cf., *supra*, n. I, item 3.3.4.

¹³ Christoph Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 152.

¹⁴ Sobre o tema, *vide* voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do pedido de concessão de medida cautelar na ADI 526, contra a Medida Provisória n. 296, de 1991.

A técnica da declaração de nulidade, concebida para eliminar a inconstitucionalidade causada pela intervenção indevida no âmbito de proteção dos direitos individuais, mostra-se insuficiente como meio de superação da inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa.

Portanto, a questão fundamental reside menos na escolha de um processo especial do que na adoção de uma técnica de decisão apropriada para superar as situações inconstitucionais propiciadas pela chamada omissão legislativa.

É fácil ver, assim, que a introdução de um sistema peculiar para o controle da omissão e o entendimento de que, em caso de constatação de uma ofensa constitucional em virtude da omissão do legislador, independentemente do processo em que for verificada, a falha deve ser superada mediante ação do órgão legiferante, colocaram os pressupostos para o desenvolvimento de uma declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, também no Direito brasileiro.

(ii) MANDADO DE INJUNÇÃO

Tal como observado, a Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada *omissão do legislador*.

O art. 5º, LXXI, da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ao lado desse instrumento destinado, fundamentalmente, à defesa de direitos individuais contra a omissão do ente legiferante, introduziu o constituinte, no art. 103, § 2º, um sistema de controle abstrato da omissão.

Assim, reconhecida a procedência da ação, deve o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis. Se se tratar de órgão administrativo, está ele obrigado a colmatar a lacuna dentro do prazo de trinta

dias.

A adoção do mandado de injunção e do processo de controle abstrato da omissão tem dado ensejo a intensas controvérsias na doutrina. O conteúdo, o significado e a amplitude das decisões proferidas nesses processos vêm sendo analisados de forma diferenciada pela doutrina e jurisprudência.

Alguns nomes da literatura jurídica sustentam que, como as regras constantes do preceito constitucional que instituiu o mandado de injunção não se afiguravam suficientes para possibilitar a sua aplicação, ficava sua utilização condicionada à promulgação das regras processuais regulamentadoras¹⁵. Outros doutrinadores afirmam que, sendo o mandado de injunção instrumento dirigido contra omissão impeditiva do exercício de direitos constitucionalmente assegurados, competiria ao juiz proferir decisão que contivesse regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito subjetivo em questão¹⁶. Uma variante dessa corrente acentua que a decisão judicial há de conter uma regra geral, aplicável não apenas à questão submetida ao Tribunal, mas também aos demais casos semelhantes¹⁷.

Segundo essa concepção, o constituinte teria dotado o Tribunal, excepcionalmente, do poder de editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria fortes semelhanças com a atividade legislativa¹⁸. Para superar as dificuldades que decorrem dessa concepção, procura-se restringi-la, afirmando-se que se o direito subjetivo depender da organização de determinada atividade ou de determinado serviço público ou, ainda, da disposição de recursos públicos, então deverá ser reconhecida a inadmissibilidade do mandado de injunção¹⁹. Assim, não poderia o mandado de injunção ser proposto com vistas a garantir, v. g., o pagamento do seguro-

¹⁵ Manoel Antonio Teixeira Filho, Mandado de injunção e direitos sociais, LTr, n. 53, 1989, p. 323; Barroso chega a afirmar que “No contexto atual do constitucionalismo brasileiro, o mandado de injunção tornou-se uma desnecessidade, havendo alternativa teórica e prática de muito maior eficiência” (Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 112).

¹⁶ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 450-452; Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 123-124.

¹⁷ J. J. Calmon de Passos, Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 123.

¹⁸ J. J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo*, cit., p. 123.

¹⁹ J. J. Calmon de Passos, Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo, cit., p. 112-113.

desemprego²⁰.

A expectativa criada com a adoção desse instituto no ordenamento constitucional brasileiro levou à propositura de inúmeras ações de mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal²¹, o que acabou por obrigá-lo, num curto espaço de tempo, a apreciar não só a questão relativa à imediata aplicação desse instituto, independentemente da promulgação de regras processuais próprias, como também a decidir sobre o significado e a natureza desse instituto na ordem constitucional brasileira.

O mandado de injunção há de ter por objeto o não-cumprimento de dever constitucional de legislar que, de alguma forma, afeta direitos constitucionalmente assegurados (falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania).

Tal como tem sido freqüentemente apontado, essa omissão tanto pode ter caráter *absoluto ou total* como pode materializar-se de forma *parcial*²².

Na primeira hipótese, que se revela cada vez mais rara, tendo em vista o implemento gradual da ordem constitucional, tem-se a inércia do legislador que pode impedir totalmente a implementação da norma constitucional.

A omissão parcial envolve, por sua vez, a execução parcial ou incompleta de um dever constitucional de legislar, que se manifesta seja em razão do atendimento incompleto do estabelecido na norma constitucional, seja em razão do processo de mudança nas circunstâncias fático-jurídicas que venha a afetar a legitimidade da norma (inconstitucionalidade superveniente), seja, ainda, em razão de concessão de benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade).

²⁰ J. J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo*, cit., p. 112-113.

²¹ Em 1990 e 1991 o STF julgou 203 MIs (dados do BNDPJ). Até 16-8-2006 o STF autuou 738 MIs (dados da Secretaria Judiciária).

²² MI 542/SP, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 28-6-2002.

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de apreciar pela primeira vez as questões suscitadas pelo controle de constitucionalidade da omissão na decisão de 23 de novembro de 1989²³.

A inexistência de regras processuais específicas exigia, tal como já enunciado, que o Tribunal examinasse, como questão preliminar, a possibilidade de se aplicar esse instituto com base, tão-somente, nas disposições constitucionais. A resposta a essa questão dependia, porém, da definição da natureza e do significado desse novo instituto.

A Corte partiu do princípio de que a solução que recomendava a expedição da norma geral ou concreta haveria de ser desde logo afastada. A regra concreta deveria ser excluída em determinados casos, como decorrência da natureza especial de determinadas pretensões, v. g., daquelas eventualmente derivadas dos postulados de direito eleitoral²⁴. Tanto em relação a uma norma concreta quanto em relação a normas gerais proíbe-se que a coisa julgada possa vir a ser afetada mediante lei posterior (art. 5º, XXXVI). Como essas decisões judiciais haveriam de transitar em julgado, não poderia a lei, posteriormente editada, contemplar questões que foram objeto do pronunciamento transitado em julgado²⁵.

A opinião que sustentava a possibilidade de o Tribunal editar uma regra geral, ao proferir a decisão sobre mandado de injunção, encontraria insuperáveis obstáculos constitucionais. Tal prática não se deixaria compatibilizar com o princípio da divisão de Poderes e com o princípio da democracia. Além do mais, o modelo constitucional não continha norma autorizadora para a edição de regras autônomas pelo juizado, em substituição à atividade do legislador, ainda que com vigência provisória, como indicado pela doutrina. Portanto, essa posição revela-se incompatível com a Constituição²⁶.

Contra esse entendimento colocar-se-ia, igualmente, o princípio da reserva legal, constante do art. 5º, II, da Constituição, uma vez que essas regras gerais,

²³ MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ*, 133.

²⁴ MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ*, 133/11 e s.

²⁵ MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ*, 133/11 (33).

²⁶ MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ*, 133/11 (34-35).

que deveriam ser editadas pelos Tribunais, haveriam de impor obrigações a terceiros, que, nos termos da Constituição, somente podem ser criadas por lei ou com fundamento em uma lei.

Por outro lado, a opinião dos representantes dessa corrente, que sustentavam a inadmissibilidade do mandado de injunção nos casos em que o exercício do direito subjetivo exigisse a organização de determinada atividade, instituição técnica ou em que fosse imprescindível a disposição de recursos públicos, acabaria por tornar quase dispensável²⁷ a garantia constitucional do mandado de injunção.

Após essas considerações, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, consoante a sua própria natureza, o mandado de injunção destinava-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles derivados da soberania popular, como o direito ao plebiscito, o direito ao sufrágio, a iniciativa legislativa popular (CF, art. 14, I, III), bem como os chamados direitos sociais (CF, art. 6º), desde que o impetrante estivesse impedido de exercê-los em virtude da omissão do órgão legiferante.

Como *omissão* deveria ser entendida não só a chamada *omissão absoluta* do legislador, isto é, a total ausência de normas, como também a *omissão parcial*, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar²⁸.

Ao contrário da orientação sustentada por uma das correntes doutrinárias²⁹, o mandado de injunção afigurava-se adequado à realização de direitos constitucionais que dependiam da edição de normas de organização, pois, do contrário, esses direitos não ganhariam qualquer significado³⁰.

Todavia, o Tribunal entendeu, e assim firmou sua jurisprudência, no sentido de que deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a

²⁷ MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ*, 133/11 (32-33).

²⁸ MI 542/SP, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 28-6-2002.

²⁹ MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ*, 133/11-31.

³⁰ MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ*, 133/33.

determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas³¹.

Após o Mandado de Injunção n. 107, “*leading case*” na matéria relativa à omissão, a Corte passou a promover alterações significativas no instituto do mandado de injunção, conferindo-lhe, por conseguinte, conformação mais ampla do que a até então admitida.

No Mandado de Injunção n. 283³², o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados.

No Mandado de Injunção n. 232³³, o Tribunal reconheceu que, passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a lei referida no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, o requerente passaria a gozar a imunidade requerida.

Percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao mandado de injunção.

As decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 283 (Rel. Sepúlveda Pertence) e n. 232 (Rel. Moreira Alves) e, ainda, no MI n. 284³⁴ (Rel. Celso de Mello) sinalizaram para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial.

O tema do direito de greve do servidor público tem lugar de destaque na jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção.

No Mandado de Injunção n. 20 (Rel. Celso de Mello, *DJ* de 22-11-1996), firmou-se entendimento no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar respectiva, sob o

³¹ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, cit., p. 277.

³² MI 283, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 2.10.1992.

³³ MI 232, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 27.3.1992.

³⁴ MI 284 - Rel. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Celso de Mello, *DJ* de 26.6.1992.

argumento de que o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve constituía norma de eficácia limitada, desprovida de auto-aplicabilidade.

Portanto, nas diversas oportunidades em que o Tribunal se manifestou sobre a matéria, reconhecia-se unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação, sem admitir uma concretização direta da norma constitucional.

Na sessão de 7.6.2006, foi proposta a revisão parcial do entendimento até então adotado pelo Tribunal. Assim, foram apresentados votos que recomendavam a adoção de uma “solução normativa e concretizadora” para a omissão verificada.

Tendo em vista essa situação peculiar, recomendou-se a adoção explícita de um modelo de sentença de perfil aditivo, tal como amplamente desenvolvido na Itália.

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

Identifica-se, pois, no caso, a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina.

Em 25 de outubro de 2007, o Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção ns. 670 e 708³⁵ e, reconhecendo o conflito existente entre as

³⁵ MI 670, Rel. para o acórdão Gilmar Mendes; MI 708, Rel. Gilmar Mendes e MI 712, Rel. Eros Grau.

necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro, bem assim, tendo em conta que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada³⁶.

Assim, o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da omissão legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.

O Tribunal adotou, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo³⁷, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção.

Estamos, portanto, diante de significativa revisão da jurisprudência no que concerne ao direito de greve do servidor público, que poderá ter importantes reflexos na configuração do instituto no Direito brasileiro.

IV. Conclusões

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 manteve o sistema híbrido de controle de constitucionalidade, que abrange tanto o sistema concreto quanto o de ordem abstrata.

³⁶ Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.

³⁷ As sentenças aditivas ou modificativas são aceitas, em geral, quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora solução constitucionalmente obrigatória.

No entanto, a Constituição ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, enfatizando de forma decisiva o controle abstrato, tanto por meio da expansão do rol de legitimados a ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, quanto pelo procedimento, dotado de amplitude, presteza e celeridade necessárias inclusive para absorver pleitos tipicamente individuais.

No âmbito do controle de constitucionalidade, a Constituição deu atenção especial ao problema da omissão do legislador, prevendo instrumentos pertinentes tanto ao controle difuso, como o mandado de injunção, quanto ao controle concentrado de constitucionalidade, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

Nesse aspecto, a jurisdição constitucional brasileira tem desenvolvido, gradualmente, diferentes técnicas de decisão. Se em primeiro momento o STF limitou-se, ao reconhecer a omissão, a emitir determinadas orientações ao legislador, posteriormente foram empregadas técnicas como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e sentenças aditivas.

Em especial, destacam-se os casos de omissão parcial, em que se verifica inequívoca fungibilidade entre os instrumentos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, oferecidos pela Constituição Brasileira no controle abstrato de normas.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, ainda que em desenvolvimento, demonstrou possuir os instrumentos adequados para sanar eventuais inconstitucionalidades, ainda que originadas da omissão do legislador.