

O CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E A TEORIA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Elton Baiocco¹

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares. 2. Caracterização jurídica da omissão inconstitucional. 3. Espécies de omissões legislativas. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 5. Mandado de Injunção. 6. Supressão da falta de lei no caso concreto. 7. As omissões inconstitucionais e a Teoria dos Precedentes. 8. Considerações finais.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Considerado pela contemporânea doutrina de Direito Constitucional como um dos mais tormentosos e também dos mais fascinantes temas de estudo, o *silêncio legislativo* incita discussão em torno de seu conceito, sentido e extensão.

Como distinguir as situações nas quais a inatividade legislativa constitui maneira válida de fazer política daquelas em que viola a Constituição por deixar de dar-lhe concretude ou ainda por criar distinções injustificáveis? Caracterizada a omissão juridicamente relevante, quais são as possibilidades previstas no ordenamento para sua colmatação? Nessas hipóteses, quais são os limites da atuação jurisdicional? A decisão que supre a inconstitucionalidade em determinado caso concreto é apta, à luz da Teoria dos Precedentes Obrigatórios, para ser adotada em situações semelhantes?

Sem pretender exaurir cada uma das questões, este breve estudo pretende demonstrar o tratamento dado ao tema das omissões inconstitucionais pelo ordenamento brasileiro, estabelecendo a correlação com a Teoria dos Precedentes.

1. Mestrando em Direito na UFPR.

2. CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

No início do século XX, para a dogmática alemã, o legislador possuía ampla, irrestrita e incontestável liberdade produtiva. Pressupunha-se, naquela época, que ele atuava unicamente no interesse da coletividade². Eventual falta de atividade em dada matéria era considerada inserida em seu âmbito de discricionariedade.

Com a Lei Fundamental de 1949, porém, a expressa vinculação aos direitos fundamentais e à própria Constituição implicou significativa mudança na concepção até então vigente. Vale dizer, a supremacia constitucional deu novos contornos e instituiu limites à discricionariedade do legislador, cuja omissão tornou-se passível de controle pelo Poder Judiciário.

Cumprido, pois, delinear o que vem a ser uma omissão censurável em razão de desconformidade com a ordem constitucional.

Na aceção de CANOTILHO, há omissão legislativa inconstitucional no “*não cumprimento de imposições constitucionais permanentes e concretas*”. Para o autor, também constituem hipóteses de omissão inconstitucional a não edição de normas com o condão de atribuir exequibilidade prática à comandos constitucionais desprovidos de tal eficácia, e ainda o não cumprimento de ordens constitucionais de legislar³.

Ressoa evidente, já a partir daí, que não é toda atitude silente do legislador que deve receber a pecha de inconstitucionalidade. Segundo MENÉNDEZ, o silêncio legislativo somente se transforma em omissão contrária à Constituição nos casos em que altera o conteúdo normativo desta última. Nas palavras do autor, “*el silencio del legislador se transforma en una omisión inconstitucional si el incumplimiento se convierte en infracción constitucional*”⁴.

2. A esse respeito, Gilmar Mendes anota que, em obra datada de 1911, Hans Kelsen rechaçava a existência de um dever estatal de legislar sobre determinada questão. A concepção vigente à época era no sentido de ser impossível formular qualquer pretensão em face do legislador (MENDES, Gilmar: *O controle da omissão inconstitucional*. p. 140).

3. CANOTILHO, *Direito Constitucional*. p. 1.089-1.091.

4. MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*. p. 3-4. Assevera o autor: “*¿De qué silencios legislativos estamos hablando? Desde luego, ha de quedar claro que no toda actitud silente del legislador constituye un acto inconstitucional. Su silencio no está reglado como el de la Administración Pública, no prohibido em toda ocasión como el de los Jueces y Tribunales. Al legislador Le cabe callar sin por ello contrariar la Constitución ni tener que hacerlo arrojando ciertas consecuencias regladas. El silencio del legislador solo se transforma en una omisión contraria a la Constitución, y este es uno de los pilares de este libro, si el legislador com su silencio desplaza al Pueblo soberano y se transforma en poder constituyente, es decir, si con su silencio altera el contenido normativo de la Constitución. Y esa*

Tomada em consideração a supremacia constitucional, impera reconhecer que ela se manifesta como plena indisponibilidade da Constituição pelo legislador ordinário. Logo, o legislador não pode se valer de seu silêncio enquanto sutil instrumento para frustrar as pretensões normativas da Constituição⁵.

O divisor de águas para a classificação do silêncio legislativo como amissível/irrelevante ou, por outro lado, inconstitucional é justamente a disponibilidade que a Constituição confere ou não ao legislador.

Nas hipóteses em que inexistente decisão constitucional prévia, vale dizer, naquelas em que dada situação jurídica existe se, e somente se, o legislador assim o quiser, o silêncio legislativo é constitucionalmente irrelevante – ou seja, permitido⁶.

Outra, porém, é a situação quando a Constituição impõe ou proíbe essa mesma situação jurídica. Ao passo que a Constituição atribui ao legislador a função de dar concretude ao preceito maior, o silêncio será capaz de gerar ou preservar situações indesejadas, pelo que estará o legislador, neste caso, desrespeitando sua vinculação à norma suprema e descumprindo o dever de não contrariá-la⁷.

A esse respeito, o Ministro Celso de MELLO⁸ destaca que “*revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional (MI 463/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MI 542/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - MI 642/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)*”.

A título exemplificativo, MENÉNDEZ⁹ cita a Constituição que estabelece que compete à lei regular o direito de asilo, impondo, assim, duas normas: a primeira definindo a existência do direito e proibindo que outra norma lhe negue a existência; e a segunda tornando competente uni-

transformación solo tiene lugar cuando la norma constitucional, es decir, la voluntad normativa del Pueblo soberano, ha decidido que determinada realidad se configure jurídicamente de cierta forma y el legislador con su silencio CREA situaciones contrarias a lo querido por el soberano”.

5. MENÉNDEZ, *idem*. p. 3.

6. MENÉNDEZ, *idem*. p. 36.

7. MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*. p. 37.

8. MI 3.322/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-107 de 06.06.2011.

9. MENÉNDEZ, *idem*. p. 38-39.

camente a lei para regular o modo concreto de existência do direito ao asilo. Enquanto não editada referida lei, porém, é possível imaginar que um estrangeiro mesmo amparado pelos motivos que comumente justificariam o asilo poderia acabar expulso do país, já que a falta de lei produz resultado equivalente à inexistência do direito. Em outras palavras, a omissão do legislador produziria resultado oposto àquele desejado pela Constituição, do qual o legislador não poderia dispor, caracterizando assim a inconstitucionalidade.

Na doutrina nacional, colhe-se da lição do Ministro Gilmar MENDES¹⁰ que, no sistema de iniciativa reservada estabelecido na Constituição Federal, eventual omissão do legitimado a desencadear o processo legislativo pode ser sanada pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Outra questão destacada pelo autor refere-se à possibilidade de controle da *inertia deliberandi*, ou seja, da demora do legislador para apreciar a matéria depois de instaurado o processo legislativo. Em que pese o entendimento originário do Supremo Tribunal Federal ter sido negativo, a posição foi revista em 2007 na ADI 3.682, Rel. Min Gilmar Mendes, julgada procedente em razão do decurso de prazo superior a dez anos desde a vigência da Emenda Constitucional nº. 15/96 sem a edição de Lei Complementar por ela exigida, a dispor sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios¹¹.

Nada obstante as linhas traçadas, é assente na doutrina e na jurisprudência que o significado e o conteúdo das omissões legislativas ainda permanecem como questões em aberto, ou, ao menos, sem respostas precisas e definitivas. Essa necessidade de aprimoramento, como é evidente, em nada impede a caracterização de inconstitucionalidades por omissão, as quais podem ser classificadas como *absoluta* ou *parcial*.

3. ESPÉCIES DE OMISSÕES LEGISLATIVAS

Para a doutrina mais tradicional, inexistente um *direito subjetivo dos cidadãos à atividade legislativa*, vez que a concretização dos preceitos constitucionais pelo legislador ordinário depende da luta política e dos instrumentos democráticos. Reconhece-se, mesmo assim, que sobre o referido legislador repousa um *dever jurídico-constitucional* de adotar as medidas

necessárias para tornar exequíveis os direitos prometidos pela Constituição¹².

No sistema brasileiro, ressoa evidente que a concretização da Constituição não pode prescindir da promulgação de leis. A Administração Pública tem sua atividade expressamente vinculada ao princípio da legalidade; a organização e o funcionamento do sistema tributário nacional dependem da lei; há, ainda, o princípio da reserva legal, segundo o qual *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"* (art. 5º, II), tudo isso a demonstrar que a Constituição não basta em si mesma, isto é, que recai sobre o legislador o dever de conformar o ordenamento à realidade social¹³.

Daí a necessidade de controle da inobservância de um dever constitucional de legislar, seja ela decorrente de comandos explícitos ou de decisões fundamentais identificadas no processo de interpretação da Constituição¹⁴; resultando dela omissão *total (absoluta)* ou *parcial (relativa)*.

Por definição, as omissões *absolutas* ocorrem quando há silêncio total do legislador sobre determinada matéria e a falta de norma legal acaba por conservar ou mesmo por criar situações incompatíveis com a Constituição¹⁵.

Questão que ensejou debate doutrinário é a existência ou não de prazo razoável para que o legislador cumpra com seu dever constitucional de legislar. A posição de MENÉNDEZ¹⁶, no sentido de que o juízo de oportunidade pertenceria exclusivamente ao legislador¹⁷, contrasta com a já mencionada decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal em hipótese de *inertia deliberandi*¹⁸. Também neste sentido, Gilmar MENDES assevera que com a previsão de instrumentos destinados à proteção da suprema-

12. CANOTILHO, *Direito Constitucional*. p. 1.089-1.093.

13. MENDES, *idem*. p. 1.237.

14. MENDES, *Curso de Direito Constitucional*. p. 1.239-1.240.

15. MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*. p. 41.

16. MENÉNDEZ, *idem*. p. 44.

17. No mesmo sentido: *"a inconstitucionalidade da omissão legislativa não se conecta necessariamente com os prazos ou tempos dentro dos quais deveria ter havido a interposição legiferante necessária para tornar exequíveis os preceitos constitucionais. De um modo geral, o legislador constituinte fixa prazos quando se trata de ordens de legislar. Na hipótese de omissões derivadas do não cumprimento de imposições constitucionais, os 'momentos' decisivos para a verificação da existência da inconstitucionalidade são mais a importância e indispensabilidade da mediação legislativa para dar operatividade prática às normas constitucionais do que a fixação de eventuais limites ad quem"* (CANOTILHO, *Direito Constitucional*. p. 1.093).

18. ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.09.2007.

10. MENDES, *Curso de Direito Constitucional*. p. 1.239.

11. MENDES, *Curso de Direito Constitucional*. p. 1.239.

cia constitucional (v.g., Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO), o que se fez foi conferir conotação jurídica à questão que tradicionalmente era tida como meramente política¹⁹.

Ainda acerca da questão temporal, há situação diversa quando é a própria Constituição quem determina o prazo no qual o legislador deverá promulgar lei sobre determinada matéria. Findo tal prazo sem a edição da respectiva lei, ter-se-á como inadmissível a mora do legislador, o qual, por força da supremacia normativa da Constituição, não pode dispor livremente do referido dever²⁰.

Por seu turno, há omissão *relativa (ou parcial)* quando, muito embora o legislador empreenda uma conduta com a finalidade de realizar os comandos constitucionais, essa possa ser considerada incompleta ou mesmo defeituosa²¹.

Nos dizeres de CANOTILHO²², a “concretização incompleta tanto pode resultar de uma intenção deliberada do legislador em conceder vantagens só a certos grupos ou contemplar certas situações, violando o princípio da igualdade e cometendo uma ‘inconstitucionalidade por ação’, como derivar apenas de uma incompleta apreciação das situações de facto, mas sem que haja o propósito de arbitrariedade e unilateralmente favorecerem só certos grupos ou situações”. Para o autor, nesta segunda hipótese tratar-se-ia de inconstitucionalidade por omissão e não por ação.

No direito brasileiro, Gilmar MENDES²³ assinala que há omissão *parcial* nos casos em que o ato normativo existente atende somente em parte a vontade constitucional, como também quando em virtude de modificação nas relações fáticas, o legislador seja chamado ao dever de realizar a necessária adequação. Todavia, critica a posição do Supremo Tribunal Federal, o qual tem reconhecido omissão inconstitucional somente nos casos de omissão absoluta. Afinal, não bastasse a previsão constitucional, a partir da Lei nº. 12.063/2009 há previsão expressa de cabimento da Ação Direta por Omissão parcial²⁴.

19. MENDES, *idem*. p. 1.233.

20. MENÉNDEZ, *idem*. p. 47-49.

21. MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*. p. 49-50.

22. CANOTILHO, *Direito Constitucional*. p. 1.091.

23. MENDES, *Curso de Direito Constitucional*. p. 1.232; 1.240.

24. Lei nº. 9.868/1999, Capítulo II-A – “Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão”, art. 12-B, inc. I, inserido pela Lei nº. 12.063/2009: “Art. 12-B. A petição indicará: I - a omissão inconstitucional

Na Corte Constitucional alemã, por seu turno, já no final dos anos 1950 a jurisprudência evoluía no sentido de admitir o cabimento de medida judicial em face de omissão parcial do legislador; evolução esta que deu origem à técnica de decisão denominada *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*²⁵.

Para extirpar do ordenamento as situações nas quais a omissão é incompatível com a ordem constitucional, a Constituição da República prevê a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, ambos examinados individualmente a seguir, sobretudo quanto aos requisitos, legitimados ativo e passivo, e, ainda, a partir de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

4. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Instituto relativamente recente, o controle da inconstitucionalidade por omissão recebeu tratamento ímpar na Constituição de 1988. Para colmatar as lacunas incompatíveis com o Texto Constitucional, foram previstas a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

Quanto ao objeto do controle abstrato empreendido por meio dessa Ação Direta, a formulação adotada pelo constituinte teve em vista não apenas a mora (*total ou parcial*) do legislador na concretização da norma constitucional, mas também a atividade tipicamente administrativa cuja ausência pudesse comprometer a efetividade da norma constitucional²⁶.

Acerca da legitimidade para agir, nada obstante a inexistência de disposição específica no Texto Constitucional, a doutrina já sinalizava por estender a possibilidade aos mesmos titulares da Ação Direta de Inconstitucionalidade (CF, art. 103)²⁷. Assim também passou a entender o Supre-

total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; [...]” (realçamos).

25. MENDES, *idem*. p. 1.231.

26. Quanto ao exercício do poder regulamentar, a “*omissão não tem o condão de paralisar a eficácia do comando legal, devendo ser entendido que, decorrido o lapso de tempo estabelecido pelo legislador para a regulamentação da lei, esta será eficaz em tudo que não depender do regulamento*”. Conquanto pouco verificáveis, as hipóteses de atos administrativos não normativos com o condão de frustrar a eficácia da norma constitucional não podem, segundo Gilmar Mendes, ser excluídas de plano do enfrentamento pela via da Ação Direta por Omissão – nada obstante o entendimento em sentido oposto firmado na ADI nº. 19, Rel. Min. Aldir Passarinho. (MENDES, *O controle da omissão inconstitucional*. p. 149; 162-163).

27. CF/88, Art. 103. “*Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara*

mo Tribunal Federal²⁸, mesmo antes da introdução do art. 12-A na Lei nº. 9.868/1999, que pacificou a questão no plano infraconstitucional (vide Lei nº. 12.063/2009)²⁹.

O procedimento junto ao Supremo Tribunal Federal pode ser considerado relativamente simples. Recebida a petição inicial, a autoridade a quem a omissão é imputada será chamada a prestar informações. Com o recebimento destas, será colhida manifestação do Procurador-Geral da República, seguindo os autos ao Ministro Relator para, procedida a análise, pedir a inclusão em pauta de julgamento. Conforme pode ser observado, por força de interpretação literal do artigo 103, § 3º da Constituição da República, somente as ações de inconstitucionalidade por ação são submetidas à apreciação do Advogado-Geral da União³⁰, o que, para Gilmar MENDES³¹, deveria ser revisto pelo Supremo.

Também em razão das peculiaridades do controle de omissões *parciais*, a doutrina já sugeria a revisão do entendimento segundo o qual não vinha o Supremo Tribunal Federal admitindo a tutela cautelar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Prevalencia o entendimento de que, como a decisão de mérito cingir-se-ia a cientificar o órgão inadimplente para adotar as providências necessárias à superação da omissão³², não haveria lugar para a tutela cautelar.

Sucede que, sendo admitida a possibilidade de ao final da Ação Direta por Omissão ser determinada a suspensão da aplicação da lei eivada de inconstitucionalidade *parcial*, nada impediria, portanto, a suspensão prévia dessa mesma norma, em sede cautelar³³. A crítica acabou por ser acolhida pelo legislador, como se percebe dos artigos 12-F e seguintes da Lei nº. 9.868/1999. Também parece ter sido resolvida a controvérsia

dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional".

28. ADI 3.682/MT; Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.09.2007.

29. Lei nº. 9.868/1999, Art. 12-A. "Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade".

30. ADI 480/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 25.11.1994, p. 32.298.

31. MENDES, *O controle da omissão inconstitucional*. p. 165.

32. A esse respeito: "Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (Cf. art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente" (ADI-MC 1.458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.1996, p. 34.531).

33. MENDES, *idem*. p. 165-167.

acerca da suspensão ou não dos efeitos da lei declarada inconstitucional por motivo de *omissão parcial*³⁴.

Por força do artigo 103, § 2º da Constituição da República³⁵, constatada a omissão inconstitucional, caberá ao Supremo Tribunal Federal cientificar o órgão responsável para a adoção das medidas pertinentes. Acompanhando na literalidade do texto do aludido dispositivo, decidiu o Supremo que nos casos de omissão não lhe compete ditar a norma para o caso concreto nem tampouco expedir norma geral e abstrata³⁶.

A partir do julgamento da ADI 3.682, constata-se, porém, a existência de variante das decisões proferidas em situações análogas. Conquanto mantido o caráter mandamental da decisão, no caso em comento houve por bem o Supremo Tribunal Federal fixar prazo para o Poder Legislativo suprir a omissão inconstitucional³⁷.

Nos termos do artigo 27 da Lei nº. 9.868/1999, é dado também ao Supremo modular os efeitos da decisão que declarar a inconstitucionalidade, desde que por dois terços de seus membros e amparado em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Cogita-se, ainda, sopesadas as características do caso concreto, da aplicação do direito anterior quando a cassação da norma inquinada resultar no agravamento da situação de inconstitucionalidade³⁸.

Também acerca dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, na falta de disposição expressa e a partir do preceito hermenêutico que recomenda adotar a interpretação que maior eficácia atribuir à

34. Lei 9.868/1999, Art. 12-F. "Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias. § 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal. [...] (realçamos).

35. CF/1988, art. 103, § 2º - "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" (realçamos).

36. MI 107, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 28.11.1989.

37. ADI 3.682/MT; Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.09.2007.

38. MENDES, *O controle da omissão inconstitucional*. p. 175-176. A título ilustrativo, o autor menciona que a Corte Constitucional alemã, provocada acerca da (in)compatibilidade entre norma que fixa o salário mínimo e os ditames constitucionais, em que pese o reconhecimento do vício, agravaria o estado de inconstitucionalidade se viesse a cassar a lei inconstitucional, já que neste caso não restaria lei aplicável à espécie.

norma constitucional, assim como sucede nas inconstitucionalidades por ação, tem-se 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.”* (CF/88, art. 102, § 2º, realçamos).

Vale dizer, ao invés de admitir-se a transcendência dos motivos determinantes e fomentar o desenvolvimento de um sistema que devota respeito aos precedentes constitucionais, a opção foi por conferir eficácia *erga omnes* à coisa julgada, ou seja, somente à parte dispositiva da decisão.

5. MANDADO DE INJUNÇÃO

Ao lado da Ação Direta, a Constituição de 1988 previu também para sanar as inconstitucionalidades por omissão que *“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”* (art. 5º, LXXI).

Conforme observa CANOTILHO³⁹, enquanto a ação direta é promovida de forma abstrata, pelo rol de legitimados do art. 103 da Constituição e, portanto, tem característica de garantia da Constituição, o Mandado de Injunção configura-se como *“ação constitucional individual de defesa de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”*.

Quanto ao âmbito de proteção, dada a novidade do instituto e a precariedade das discussões prévias, controvertia-se até mesmo acerca da aplicabilidade da norma constitucional instituidora do Mandado de Injunção. Dependia ela de lei ordinária para dar-lhe concretude? Em questão de ordem suscitada no Mandado de Injunção nº. 107, prevaleceu o entendimento pela aplicabilidade imediata⁴⁰⁻⁴¹.

39. CANOTILHO, *Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos...*, p. 356.

40. MI 107, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 28.11.1989.

41. Por paradoxal que possa parecer, à inexistência de lei ordinária a regular o Mandado de Injunção, soma-se a seguinte disposição da Lei nº. 8.038/1990, art. 24, § único: *“No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”* (realçamos).

Acerca do objeto da impetração, tem-se que consiste no não cumprimento de dever constitucional de legislar que, de alguma forma, afete direitos constitucionalmente assegurados. Nas precisas palavras do Ministro Celso de MELLO⁴², *“o direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa, portanto, que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público, consoante adverte o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (MI 633/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)”*.

Assim como sucede com a Ação Direta, a omissão pode se manifestar em caráter *absoluto (total)* – cada vez mais raro, tendo em vista a gradual edição das leis exigidas pela Constituição – ou mesmo *relativo (parcial)*, quando a norma constitucional é atendida de forma incompleta, quando há mudança nas circunstâncias fático-jurídicas a exigir adequação legislativa, ou ainda na hipótese de concessão de benefício sem a necessária observância ao princípio da igualdade⁴³.

O conteúdo e a amplitude das decisões proferidas também ensejam relevantes discussões, já por ocasião do julgamento do aludido Mandado de Injunção nº. 107. Três foram as correntes verificadas: uma primeira, para quem caberia ao Judiciário editar norma para o caso concreto, possibilitando o exercício do direito obstado em virtude da omissão (com efeito *inter partes*); para a segunda, seria o caso de, excepcionalmente, editar norma geral e abstrata; e, para a última, a atividade judicante estaria limitada a aferir e declarar a existência de omissão⁴⁴.

A edição de norma concreta foi descartada de início, já que quando a decisão a ser proferida transitasse em julgado, não poderia mais ser modificada por lei posterior, justamente aquela que viria a suprir a omissão impugnada. O mesmo ocorreu em relação à edição de norma geral, dados os óbices da divisão dos poderes (princípio democrático) e da reserva legal (art. 5º, II). O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal

42. MI 3.322/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-107 de 06.06.2011.

43. MENDES, *O controle da omissão inconstitucional*. p. 182-183.

44. MENDES, *idem*. p. 179-182.

foi, então, pela constatação da inconstitucionalidade com a determinação ao legislador para adotar as providências necessárias⁴⁵.

Observa-se que não demorou a jurisprudência evoluir e passar a fixar prazo para a colmatação da lacuna, sob pena de, findo o prazo e persistindo o vício, assegurar-se ao postulante a satisfação dos direitos negligenciados, ainda que provisoriamente. Trata-se de solução normativa ou, na denominação do direito italiano, de verdadeira *sentença aditiva*, aceitando a possibilidade de uma regulação provisória da questão pelo Judiciário⁴⁶.

Tal posicionamento permaneceu vigente no Supremo Tribunal Federal por anos, como é possível observar, por exemplo, no Mandado de Injunção nº. 232, Rel. Min. Moreira Alves⁴⁷ em que se determinou o prazo de seis meses para edição da lei a que alude o artigo 195, § 7º da Constituição⁴⁸, sob pena de a impetrante passar a usufruir da isenção se findo o prazo estabelecido persistir a mora; ou também no Mandado de Injunção nº. 562, Rel. Min. Ellen Gracie⁴⁹, garantindo aos anistiados albergados pelo art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a indenização prevista no § 3º, a ser arbitrada judicialmente segundo as regras de direito comum, tendo em vista o decurso do prazo estabelecido pelo Constituinte sem a edição da lei concretizadora⁵⁰.

Já nesta época, porém, havia no Supremo Tribunal Federal vozes que sustentavam a necessidade de solução normativa e concreta, em caráter provisório, até o advento do diploma legal reclamado⁵¹. Foi a partir daí que, deparando-se o STF em 2006 com nova provocação acerca da falta de norma a regular o direito constitucional de greve dos servidores públicos, foi proposta a revisão do entendimento – vide *MI 712/PA, Min. Eros Grau*

45. MENDES, *idem*. p. 186.

46. MENDES, *O controle da omissão inconstitucional*. p. 189-193.

47. MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.03.1992.

48. CF/88, art. 195, § 7º - “São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

49. MI 562, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.06.2003.

50. CF/88, ADCT, art. 8º, § 3º - “Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”.

51. Voto do Ministro Carlos Velloso no MI 631, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02.08.2002: “Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público”.

e *MI 670/ES, Min. Gilmar Mendes* –, no sentido de uma solução normativa e concretizadora. A esse respeito, Gilmar MENDES justifica que “[...] o legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público [...]”, todavia, “[...] ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve”⁵².

Relevante pontuar que o efeito prático acarretado por esta omissão inconstitucional era justamente impedir o servidor público de exercer direito que a Constituição lhe assegura. E mais: as decisões anteriores que haviam declarado a omissão não tinham surtido efeito prático algum, já que o Congresso Nacional, a despeito das determinações judiciais, durante pelo menos quatro legislaturas, nada fez para sanar a omissão.

No julgamento do Mandado de Injunção nº. 670, Rel. Min. Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal adotou novo entendimento, afastando a até então vigente aproximação com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, cujos efeitos são meramente declaratórios da inconstitucionalidade por omissão⁵³. Com efeito, por maioria de votos, decidiu a Corte pela aplicação aos servidores públicos da lei que regula o direito de greve na iniciativa privada, fixando prazo de 60 (sessenta) dias para o Congresso Nacional elaborar lei específica⁵⁴. Em que pese o avanço em termos de eficácia plena das normas constitucionais, há questões que permanecem indefinidas, sobretudo no que tange aos efeitos da decisão proferida nesta ação mandamental⁵⁵.

52. MENDES, *idem*. p. 195/200.

53. Ao que tudo indica, o Supremo Tribunal Federal entendeu que já era hora de restabelecer sua autoridade e, sobretudo, a supremacia da Constituição. Isso porque, a declaração de inconstitucionalidade por omissão por vezes não é respeitada pelo Congresso Nacional, que muito embora instado a suprir a lacuna, permanece inerte, sem sanção ou medida capaz de dar eficácia à decisão do STF. Em seu sítio na internet, o Supremo Tribunal Federal relaciona as decisões proferidas em ADO e MI que ainda aguardam edição de norma concretizadora. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em: 29 mai. 2011.

54. MI 670, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 31.10.2008.

55. Exemplo dessa incerteza é a retroação de efeitos da decisão proferida em Mandado de Injunção. Vale dizer, tem a decisão proferida no MI nº. 670 o condão de atribuir legalidade a eventuais movimentos grevistas realizados por servidores públicos em momento anterior à sua prolação? Nesta hipótese, qual seria o limite temporal? E ainda, seria admissível a ação rescisória embasada em violação literal de lei? Sem pretender exaurir o tema, quer nos parecer não haver óbice para o alcance de situações anteriores, desde que observados os prazos decadenciais e prescricionais fixados em lei. Afinal, a decisão no Mandado de Injunção não inova, senão dá concreção à norma constitucional, ou seja, a direitos instituídos pelo constituinte, porém ainda não regulamentados em razão da mora do legislador ordinário. Quanto ao cabimento da rescisória, conquanto a decisão no Mandado de Injunção afaste os efeitos da omissão nos casos concretos, não pode ser equiparada à lei ainda não editada pelo legislador: Cabe lembrar que a solução oriunda da ação injuncional terá eficácia temporal limitada, até que editada a lei com a finalidade de suprir a omissão inconstitucional.

Perdeu-se, novamente, a oportunidade de conferir eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão, e não simplesmente à parte dispositiva da decisão. Haveria racionalização da prestação jurisdicional, com menos casos (na sua grande maioria, idênticos) chegando ao Supremo, se a eficácia transcendente dos motivos fosse assegurada por meio da Reclamação.

6. SUPRESSÃO DA FALTA DE LEI NO CASO CONCRETO

Por maioria de votos, vencidos os Ministros Maurício Corrêa (Relator), que julgava procedente o Mandado de Injunção nº. 670 apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, os quais, além de fixarem condições específicas para o exercício do direito à greve, limitavam os efeitos da decisão à categoria representada pelo Sindicato impetrante, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido mandamental, fixando prazo de sessenta dias para edição de lei específica, assegurando até o advento desta, em caráter *erga omnes*, a aplicação aos servidores públicos da lei que regula o direito de greve na iniciativa privada.

Houve, pois, declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, com adoção do recurso hermenêutico da analogia para dar ao impetrante o que ele pretendia: a fixação de norma concreta para o caso. De se questionar se seria factível igual solução nos casos em que não existir diploma aplicável por analogia. Ou, mesmo nestes, se em demanda subjetiva que é o Mandado de Injunção pode o Supremo Tribunal Federal estabelecer norma abstrata, aplicável aos casos idênticos. Ao assim agir, estaria o Poder Judiciário invadindo a esfera de competência exclusiva do Legislativo?

Para o Ex-Ministro do Supremo Carlos Velloso, o Mandado de Injunção faz as vezes da norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz. Aludindo à lição de Celso A. Barbi, complementa que tal concepção é harmônica com a função tradicional da sentença, qual seja a de resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário. Percebe-se, contudo, que em razão do caráter substancial do *writ* os autores admitem somente a produção de efeitos *inter partes*⁵⁶.

Gilmar MENDES, por seu turno, sustenta a inexistência de diferenças fundamentais entre as previsões constitucionais da Ação Direta de

56. VELLOSO, *Temas de Direito Público*. p. 170.

Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção, cujas consequências jurídicas seriam equiparáveis. Anota que foi a partir dessa ideia que o Supremo Tribunal Federal afirmou a aplicabilidade imediata do Mandado de Injunção, cujos efeitos, portanto, não estão necessariamente limitados às partes⁵⁷.

A indefinição é atribuível, senão totalmente pelo menos em grande parte, ao déficit do próprio legislador no que concerne a regulação do Mandado de Injunção. A Constituição prevê seu cabimento e a competência para julgamento, conforme a autoridade a quem se imputa a omissão. Já nos primeiros tempos da Constituição Cidadã, verdadeira avalanche⁵⁸ de Mandados de Injunção obrigou o Supremo Tribunal Federal a construir o arcabouço normativo desse *writ*. A única providência legislativa que sobreveio foi a Lei nº. 8.038/1990, a qual, contudo, não foi além de estabelecer que ao Mandado de Injunção aplicam-se as disposições do Mandado de Segurança. Isto é dizer, há verdadeira omissão do Poder Legislativo a quem, segundo nossa tradição jurídica, caberia não apenas prever a existência desse *writ*, como também estabelecer suas diretrizes, procedimento e, sobretudo, os efeitos das decisões⁵⁹.

Diante desse quadro, situação menos desejável seria a continuidade da falta de resultados práticos observada enquanto perdurou o entendimento pela mera declaração da mora e notificação do Legislador para atuar no sentido de supri-la. Como observado pelos Ministros durante os debates orais no julgamento do MI nº. 670, o pior quadro é o de ausência de norma, a implicar verdadeiro desrespeito à Ordem Constitucional. Daí dizer que o novo entendimento firmado é o que melhor confere supremacia à Constituição. Vale anotar que, quando assim o faz, o Judiciário estabelece situação provisória, a ser superada quando o Legislativo finalmente editar a lei que lhe compete. Não há, portanto, falar em superposição deste último.

Ao rejeitar a eficácia *erga omnes*, o Min. Joaquim Barbosa demonstra preocupação com a multiplicação de feitos versando pretensão idêntica, propondo então a edição de Súmula Vinculante⁶⁰. Tanto ele quanto o Min.

57. MENDES, *Curso de Direito Constitucional*. p. 1.312.

58. Entre os anos de 1990 e 1991, o STF julgou 203 Mandados de Injunção. Até 2006, apenas 738 Mandados de Injunção foram autuados na Corte. (MENDES, *O controle da omissão inconstitucional*. p. 182).

59. Ao menos parte da indefinição é contemplada no Projeto de Lei nº. 6.128/2009, ainda em tramitação.

60. Voto do Min. Joaquim Barbosa no MI 670, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 31.10.2008. Sem adentrar ao mérito do requisito constitucional, quer nos parecer que a proposta esbarra na ausência de reiteradas decisões sobre a matéria (CF/88, art. 103-A).

Marco Aurélio restaram vencidos ao limitarem os efeitos da decisão aos postulantes, em razão da natureza subjetiva do Mandado de Injunção.

Tem-se, todavia, que ao propagar os efeitos da decisão o Supremo Tribunal Federal não apenas reafirmou sua missão precípua de examinar apenas as causas de ampla repercussão, como também a necessidade de respeito dos seus julgados pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário, como, aliás, preceitua a Teoria dos Precedentes Obrigatórios. Conforme já sinalizado, todavia, acredita-se que melhor solução seria a adoção da eficácia vinculante dos motivos determinantes, não a coisa julgada *erga omnes*.

7. AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS E A TEORIA DOS PRECEDENTES

Conforme discorrido, o controle da inconstitucionalidade por omissão, nos moldes da Constituição de 1988, ocorre de forma abstrata, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e também de forma concreta, por meio de Mandado de Injunção. Por meio de ambas as medidas, é possível buscar a colmatação de omissões legislativas absolutas ou parciais incompatíveis com a norma constitucional.

No controle abstrato, por expressa disposição do Texto Constitucional, as decisões definitivas de mérito produzem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais Órgãos do Poder Judiciário e também da administração pública (CF/88, art. 102, § 2º). Em decorrência de construção pretoriana, concede-se efeito *erga omnes* também às decisões proferidas em Mandado de Injunção⁶¹. Afinal, tratando-se de vício que afeta a lei ou mesmo a sua inexistência, é correto que a solução da inconstitucionalidade venha a alcançar os destinatários dessa norma, sem distinção.

Há que se reconhecer ainda que os motivos determinantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal num ou noutro caso devem, segundo a Teoria dos Precedentes, possuir força obrigatória. Isso porque, segundo adverte Luiz Guilherme MARINONI⁶², não fosse assim restaria comprometida a própria função do Supremo Tribunal Federal.

Afinal, fere a lógica do sistema admitir que diante de casos idênticos um juiz ordinário possa contrariar a *ratio decidendi* adotada pelo Supre-

61. MI 107, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 28.11.1989 e, recentemente, MI 670, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 31.10.2008.

62. MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*. p. 459.

mo Tribunal Federal, ciente de que é a este que compete a última palavra em termos de interpretação da Constituição. Tal inconsistência afronta o dever de manter a coerência do ordenamento, prejudicando a credibilidade do Poder Judiciário⁶³.

Ou seja, tendo o Guardião da Constituição assentado que a ausência de lei específica ou mesmo sua má formulação estão a impedir a concretização de direitos garantidos pela Constituição Federal, admitir interpretações dissonantes acarretaria violação ao princípio da igualdade perante as decisões judiciais. E mais: sujeitaria indevidamente à demora do processo cidadão em igual posição jurídica, o qual precisaria levar novamente à apreciação do Supremo Tribunal Federal questão por ele já enfrentada e para a qual uma solução já foi construída.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não resta dúvida, nesta ordem de ideias, que também as omissões parciais devem ser objeto de impugnação por meio de Ação Direta ou mesmo de Mandado de Injunção, para, de uma forma ou de outra, reconhecido o vício que acarreta inconstitucionalidade, ser assegurado o exercício do direito até então inviabilizado por motivo de injustificada inércia do Poder Legislativo.

Se é certo que o Poder Judiciário não pode extrapolar seus limites de atuação e chamar para si função que a Constituição da República atribui com exclusividade ao Legislador, também é certo que a regulação provisória empreendida pelo Supremo Tribunal Federal nos casos analisados não implica nessa intromissão.

Vale dizer, ao suprir a lacuna causada pela inatividade do Legislador não há interferência indevida no jogo democrático, mas apenas concretização de direitos assegurados pela Constituição e reafirmação da submissão do próprio legislador à Carta Política, cuja inação não pode ensejar situações indesejadas.

Por fim, tem-se que melhor solução empreenderá o Supremo Tribunal Federal quando optar pela transcendência dos motivos determinantes da decisão.

63. MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*. p. 65.