

**DA INEFETIVIDADE DAS DECISÕES TOMADAS
PELO PODER JUDICIÁRIO EM AÇÃO DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO
E EM MANDADO DE INJUNÇÃO**

**INEFFECTIVENESS OF DECISIONS
OF THE COURTS IN DIRECT ACTION
UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION
AND ORDER OF INJUNCTION**

*Gustavo Henrique Paschoal**
*Marco Aurélio Gomes Barboza***

RESUMO

O presente ensaio apresenta uma discussão sobre a capacidade de as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção modificarem a realidade daqueles que buscam judicialmente a efetivação de direitos previstos, mas não regulamentados por quem de direito. A pesquisa se inicia com noções gerais sobre os institutos da ADIn por omissão e do Mandado de Injunção, trazendo conceitos, requisitos e competências. Por serem temas umbilicalmente ligados, passa-se a analisar a classificação das normas constitucionais, com base nas ideias propostas por José Afonso da Silva. Por fim, o texto trata da

* Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) - Bauru/SP; especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha de Marília (Univem) - Marília/SP; professor do curso de graduação em Direito da OAPEC - Santa Cruz do Rio Pardo/SP; professor do curso de graduação em Administração de Empresas e Gestão de Recursos Humanos da Universidade Estácio de Sá, campus de Ourinhos/SP; professor da pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Araraquara (Uniara) - Araraquara/SP; advogado em Ourinhos/SP. Contato: g.paschoal@hotmail.com

** Mestre em Direito pela ITE - Bauru/SP; professor dos cursos de graduação em Direito da UNIP - Araraquara/SP e IMMES - Matão/SP; Delegado de Polícia em Araraquara/SP. Contato: marcoagbarboza@hotmail.com

inefetividade das decisões proferidas em ADIn por omissão e Mandado de Injunção, em face da conformação dada aos institutos pela Constituição Federal, a qual criou dois instrumentos de suma importância para a efetivação de direitos fundamentais, mas ficou exacerbadamente presa à separação de poderes. São apresentadas, também, algumas mudanças de paradigma dentro da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem buscado dar maior aplicabilidade aos institutos ora discutidos. Ao final, conclui que, apesar de tardiamente, o Supremo Tribunal Federal deu mostras de que tem, como base de sua atuação, o cidadão, e não o Estado, de forma que tem buscado, sobretudo, a efetivação dos direitos fundamentais dos brasileiros.

Palavras-chave: Omissão. Injunção. Inefetividade. Poder Judiciário. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This paper presents a discussion on the ability of the decisions by the judiciary in the Direct Action of Unconstitutionality by Omission and Injunctive Writ alter the reality of those who seek the enforcement of legal rights provided for, but not those regulated by law. The survey starts with general notions about the institutes ADIn default and writ of injunction, bringing concepts, and skills requirements. Because they are inextricably linked issues, is to examine the classification of constitutional norms, based on ideas proposed by José Afonso da Silva. Finally, the text moves on to the ineffectiveness of ADIn judgments in default and a writ of injunction in the face of conformation given to institutions by the Federal Constitution, which created two very important instruments for the realization of fundamental rights, but was exaggeratedly attached to the separation of powers. Are also presented, some paradigm shifts in the jurisprudence of the Supreme Court, which has sought to give it more applicable to the institutes discussed herein. At the end, it is concluded that, although late, the Supreme Court has indicated that it is based on the performance of their citizens, and not the state, so that it has sought, above all, the enforcement of fundamental rights of Brazilians.

Keywords: Omission. Injunction. Ineffectiveness. Judiciary. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

A Constituição traz em seu corpo dois institutos que, a princípio, parecem ser a panaceia contra a inércia do Poder Legislativo brasileiro, o qual se nega veementemente a exercer as atribuições que lhe são dadas pelo Texto Constitucional: trata-se do mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI) e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, *caput* e § 2º).

Diz o art. 5º, LXXI da CF: “[...] 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”.

Já o art. 103, § 2º da CF afirma que, “[...] declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Dessa forma, buscam os mencionados institutos garantir a efetivação e a efetividade dos direitos fundamentais previstos no Texto Constitucional e que, até o presente momento (afinal, são apenas 22 anos de promulgação...), não receberam a necessária complementação por parte do legislador ordinário ou do Poder Executivo, dependendo de quem é a competência para dar executividade aos direitos previstos de forma genérica pelo legislador originário.

Assim, se a Constituição garante um direito e ele não pode ser exercido por se tratar de norma de eficácia limitada, basta propor um mandado de injunção diante do Poder Judiciário e aguardar que o órgão competente garanta o exercício do mencionado direito em sua plenitude. Também é possível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão por qualquer daqueles elencados pelo art. 103 como competentes a fim de garantir a exigibilidade de direitos constitucionalmente previstos.

O grande problema é o resultado prático de tais medidas: *ne-nhum. Nada. Inocuidade total*. De acordo com a previsão constitucional, julgados procedentes o mandado de injunção ou a ação declaratória de

inconstitucionalidade por omissão, o Poder Judiciário decretará a mora do Poder Legislativo e... fim. *C'est fini*. É só isso. Em suma, a decisão dá conteúdo jurídico à inércia legislativa, afirmando publicamente que o Poder Legislativo está em atraso com seu dever constitucional.

Como se pode ver, dois institutos que poderiam ser de grande relevância para a efetivação de direitos fundamentais, por sua conformação, acabaram subutilizados, haja vista que não preveem qualquer sanção para o fato de o Legislativo descumprir a decisão do Poder Judiciário.

Busca, portanto, o presente ensaio, longe de tentar resolver definitivamente o problema, apresentar possíveis soluções para o impasse, retiradas de textos doutrinários e jurisprudenciais e, ao final, tentar dar ao leitor um alento, ou seja, de que existe uma solução (ou quem sabe várias?) para a ineficácia do mandado de injunção e da ação declaratória direta de inconstitucionalidade por omissão.

FUNDAMENTOS E NOÇÕES GERAIS SOBRE AÇÃO DECLARATÓRIA DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO

FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil fixa-se na esteira da efetivação dos direitos fundamentais, prevê direitos e garantias no sentido opostamente ao princípio *ex parte príncipe*, a fim de possibilitar o resgate dos direitos naturais, agora com nova feição, sob o ponto de vista axiológico.

Os direitos naturais, entendidos sob o manto do jusnaturalismo racionalista, são conduzidos à positivação, justificada diretamente por sua maior eficácia e, indiretamente, pela ideologia de vincular o poder ao direito. Os direitos naturais são preexistentes ao direito e dele não dependem para sua existência, mas cria-se um vínculo funcional, cuja consistência pode afrontar novas tendências do exercício do poder. Antônio E. Perez Luño¹ assevera que

[...] los derechos fundamentales no pueden obedecer a ningún reconocimiento (por más que las Constituciones empleen formalmente esta expresión) de exigencias o valores previos al ordenamiento jurídico positivo estatal. Los derechos fundamentales, como todos los restantes derechos, son una creación técnico-jurídica que opera como garantías formales del funcionamiento del sistema político del Estado de Derecho. Los derechos fundamentales actúan como *garantías de la autonomía individual* [...] (grifos do autor).

A despeito de os direitos fundamentais serem anteriores à sua normatização, eles ganharam nova dimensão no momento em que são constitucionalizados. De outra banda, o constitucionalismo não seria o mesmo sem os direitos fundamentais, porque, além de explicitamente protegerem os direitos individuais, estabelecendo direitos e deveres, consagram a forma de Estado e de governo, o sistema, jurídico, social, político, além de muitas outras disposições que definem o modelo constitucional de sociedade, lançando as linhas para sua realização como Estado de Direito (liberal ou social), todos voltados à promoção da pessoa humana em suas dimensões individual e social.

Os direitos fundamentais, em sua significação axiológica, “[...] representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrando a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes”.² Estabelecido o conteúdo axiológico do ordenamento democrático e de obediência, os direitos fundamentais continuam abertos aos influxos da sociedade a fim de corresponder sempre às suas expectativas.

Essa abertura não significa fragilidade, pois os direitos fundamentais são identificados por seus aspectos formal e material. O aspecto formal se relaciona com a consagração constitucional dos direitos e garantias como sendo direitos fundamentais e também porque sua natureza é resistente às mudanças mitigatórias ou supressórias. Sob o aspecto material, significa dizer que os direitos fundamentais têm em sua essência conteúdos axiológicos, que são a proteção constitucional ao ser humano.

Precisa-se estar ciente de que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve se tornar efetivo, para se atingir a plenitude dos seres individual e social, como viabilizado pela Constituição.

A respeito do que é chamado de conteúdo essencial, na Constituição espanhola, Raúl Canosa Usera³ menciona o chamado conteúdo essencial (valor) dos direitos fundamentais:

Desde luego debe reconocerse un margen al legislador, pero, desde luego también, habrá que convenir en ciertos límites a sua tarefa que deriven de la voluntad constituyente, es decir, el contenido constitucionalmente declarado de cada derecho al que necesariamente habrá de plegarse el legislador. Podrá completar ese contenido constitucional pero nunca limitarlo más allá de su contorno constitucional. La garantía del contenido esencial (art. 53.1 CE) opera entonces como límite a la acción potencialmente limitadora del legislador.

Em outras palavras, o que sustenta a diferença desses direitos fundamentais com os demais direitos é que, além de conferirem direitos subjetivos, também são institutos dos quais, objetivamente, os demais direitos extraem seu fundamento material de validade, até mesmo porque neles (direitos fundamentais) estão embutidos valores jurídico-democráticos.

Tão importante quanto verificar que os direitos fundamentais foram positivados, é saber que foram positivados ao serem integrados nas Constituições de quase todos os Estados. Sobre esses direitos, além de previstos, foram criados mecanismos para fazê-los efetivos, já que a violação das prerrogativas sempre foi e será a sombra deles. Esses mecanismos são as garantias que confirmam a existência dos direitos, dando-lhes ainda mais força contra aquele que o transgredir, sendo esse, invariavelmente, o Estado. Aqui reside a necessidade de existência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, pois o Estado Liberal constitucional é o que entrega à Constituição a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos e, complementemente-se, devidamente efetivados.

De acordo com Flávia Piovesan,⁴ a Constituição não deve ser interpretada sob a perspectiva estática.

Ao revés, a unidade da Constituição só pode ser interpretada sob a perspectiva dinâmica, como unidade de atuação, como algo que postula como intenção, algo a que se procura alcançar e constituir, tendo como vetor referencial os princípios constitucionais que consagram os valores essenciais prestigiados pela ordem jurídica.

Ademais, a Constituição deve ser vista como um sistema que firma os princípios constitucionais como referencial, dentre os quais o da dignidade da pessoa humana. Obviamente, não como mera meta a ser seguida por um Estado Constitucional de Direitos como o nosso, mas para que seus propósitos sejam concretizados fazendo com que se atinja expressão máxima do ser individual e coletivo da pessoa humana. Isso é possível pelas ações de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, como propõe o presente estudo.

DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Para Pedro Lenza,⁵ a ADIn por omissão tem por finalidade combater a *síndrome de inefetividade das normas constitucionais*. Objetiva, portanto, “[...] tornar efetiva norma constitucional de eficácia limitada”.⁶

Assim, os requisitos necessários à propositura da ADIn por omissão são: a) a existência de norma constitucional de eficácia limitada garantidora de direitos, liberdades ou prerrogativas; b) a impossibilidade de exercício dos mencionados direitos, liberdades ou prerrogativas por ausência de norma infraconstitucional regulamentadora.⁷

Nessa esteira, escreve Walter Claudius Rothenburg:⁸

Para que se caracterize uma omissão inconstitucional, não basta a mera inação: a omissão precisa ser qualificada: é preciso que haja um dever constitucional específico de agir e uma omissão indevida. Além disso, segundo o entendimento prevalecente, não é qualquer omissão inconstitucional que pode ser objeto de ADI, mas apenas a omissão *normativa*, ou seja, quando haja dever específico de editar uma norma de integração do comando constitucional, com o que o parâmetro para a inconstitucionalidade por omissão (normativa) é o que a doutrina classifica como norma constitucional de eficácia limitada, que não é dotada de imediata aplicabilidade.

A *competência* para julgamento da ADIn por omissão é do STF (CF, art. 102, I, alínea *a*), e o *procedimento* é regulado pela Lei nº 9.868/1999, mais precisamente entre o art. 12-A e o art. 12-H, introduzidos pela Lei nº 12.063/2009.

São legitimadas a propor a ADIn por omissão as mesmas pessoas indicadas no art. 103 da CF para propositura da ADIn genérica, quais sejam: a) o presidente da República; b) a Mesa do Senado Federal; c) a Mesa da Câmara dos Deputados; d) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; e) o governador de Estado ou do Distrito Federal; f) o procurador-geral da República; g) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; h) partido político com representação no Congresso Nacional; i) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, *caput* e Lei nº 9.868/1999, art. 12-A).

A petição inicial da ADIn por omissão indicará: a) a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; b) o pedido, com suas especificações (Lei nº 9.868/1999, art. 12-B). Proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se admitirá desistência (Lei nº 9.868/1999, art. 12-D).

Julgada procedente a ADIn por omissão, o STF poderá tomar dois posicionamentos distintos: a) se o responsável pela regulamentação da medida for o Poder Legislativo ou o Poder Executivo, o STF dará ciência para que tome as providências necessárias a fim de efetivar o direito não regulamentado; b) caso seja responsável pela regulamentação um órgão administrativo, o STF fixará prazo de trinta dias para tomada de providências, podendo tal prazo ser alterado excepcionalmente pelo Tribunal, “[...] tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido” (Lei nº 9.868/1999, art. 12-H, *caput* e § 1º).

DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Em conformidade com o texto constitucional, “[...] 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”.

Sobre o tema escreve José Afonso da Silva:⁹

Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos [mencionados

no inc. LXXI do art. 5º], liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição do art. 5º, § 1º.

Quis o constituinte, ao incluir o mandado de injunção no corpo do inc. LXXI do art. 5º, dar ao cidadão um instrumento eficaz na busca pela efetividade de direitos previstos na CF, mas pendente de regulamentação pelo legislador infraconstitucional.

Para Vidal Serrano Nunes Júnior e Marcelo Sciorilli,¹⁰ “[...] o objeto do mandado é, assim, a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, cuja fruição tenha sido inibida por omissão do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes”.

Por outro lado, observa-se não ser possível a utilização da ação constitucional mandado de injunção para combater qualquer inefetividade, para que seu uso não se prestasse a todo e qualquer assunto. Restringiu-se à sublimação constitucional focada nos direitos e liberdades previstos na Lei Suprema, além do exercício da nacionalidade, soberania e cidadania.

A competência para julgamento do mandado de injunção é do STF, quando a regulamentação da norma constitucional couber ao presidente da República; ao Congresso Nacional ou às suas Casas, individualmente; ao Tribunal de Contas da União; a um dos Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE ou STM); ou ao próprio STF (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 102, I, alínea *q*). Tem, ainda, o STF competência recursal em caso de mandado de injunção julgado pelos Tribunais Superiores (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 102, I, alínea *a*).

Será, no entanto, da competência do STJ (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 105, I, alínea *h*), quando a elaboração da norma regulamentadora depender de ato a ser praticado por órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuadas as hipóteses de competência do STF e da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

O TSE (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 121, § 4º, V) tem competência recursal para julgar mandado de injunção denegado pelo TRE. Nos Estados, a competência para julgar mandado de injunção é do TJ (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 121, § 1º).

Qualquer pessoa pode ser parte ativa no procedimento de mandado de injunção, bastando, para tanto, demonstrar que é titular do direito que está postulando em juízo.¹¹ Pedro Lenza¹² reforça o pensamento acima informando que o STF admitiu, inclusive, a propositura do chamado mandado de injunção coletivo, quando do julgamento do MI 102-PE/1998, com relatoria do ministro Marco Aurélio Mello.

No caso em questão, o STF admitiu a propositura de mandado de injunção por parte de *entidade sindical*, a qual pedia ao STF que garantisse aos membros da classe por ela defendida o recebimento da participação nos lucros e resultados, direito previsto genericamente pelo art. 7º, XI, mas, até aquele momento, não regulamentado.¹³

Importante ressaltar, ainda, que existem dois requisitos necessários para a propositura do mandado de injunção: a) a existência de norma constitucional de eficácia limitada garantidora de direitos, liberdades ou prerrogativas; b) a impossibilidade de exercício dos mencionados direitos, liberdades ou prerrogativas por ausência de norma infraconstitucional regulamentadora.¹⁴

Em caso de procedência do mandado de injunção, o órgão julgador dará “[...] ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”, nos precisos termos do art. 103, § 2º da CF.

Diferentemente da ADIn por omissão, os efeitos do mandado de injunção são interpartes, afetando unicamente as pessoas naturais ou jurídicas envolvidas na relação processual *sub judice*.

Além disso, enquanto, no mandado de injunção, existe uma pessoa estatal no polo passivo da ação, na ADIn por omissão, não há polo passivo identificado na ação, por se tratar do chamado processo objetivo, por não haver – nas palavras de Danielle de Oliveira Cabral Faria¹⁵ – “[...] interesse subjetivo das partes envolvidas no controle abstrato”.¹⁶

DA CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Antes de nos aventurarmos nos mares revoltos em que este ensaio pretende navegar, é preciso que passemos, ainda que rapidamente, pela classificação das normas constitucionais, haja vista que o debate ora proposto guarda estreita relação com o tema que se passará a estudar.

Para tal mister, valer-nos-emos da clássica divisão proposta por José Afonso da Silva,¹⁷ a qual passamos a apresentar nas linhas que seguem.

NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA PLENA

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que estão aptas a produzir, imediatamente, os desígnios que lhes foram dados pelo legislador originário, bem como os frutos que dela espera o aplicador do direito. Não necessitam, portanto, de norma infraconstitucional regulamentadora para garantir direitos, liberdades e prerrogativas.

José Afonso da Silva¹⁸ afirma que as normas de eficácia plena “[...] são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata, [não necessitando de] providência normativa ulterior para sua aplicação”.

Pedro Lenza¹⁹ cita, como exemplos de normas constitucionais de eficácia plena, entre outros, os seguintes artigos do Texto Constitucional:

- a) art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
- b) art. 14, § 2º. § 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.
- c) art. 17, § 4º. É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.
- d) art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou

aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; II - recusar fé aos documentos públicos; III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

- e) art. 45, caput. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.
- f) art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.
- g) art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA CONTIDA

As normas constitucionais de eficácia contida, da mesma maneira que as de eficácia plena, têm aplicabilidade imediata, não dependendo de norma posterior que lhes dê contornos a fim de garantir direitos, liberdades e prerrogativas.

Diferenciam-se, portanto, as normas de eficácia contida por deixarem ao legislador infraconstitucional um espaço para limitação do campo de atuação. Nas palavras de Luís Roberto Barroso,²⁰ “[...] são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses que cogitam, mas prevêm meios normativos (leis, conceitos genéricos, etc.) que lhes podem reduzir a eficácia e aplicabilidade”.

Assim, os direitos assegurados por normas de eficácia contida podem ser exigidos de imediato por seus titulares, sem que tenham que esperar pela ação implementadora do legislador ordinário. Este, no entanto, pode limitar a abrangência da norma constitucional, tecendo-lhe contornos mais exatos do que os dados pela amplitude e vaguidade.

Para José Afonso da Silva,²¹ as normas de eficácia contida possuem cinco características, quais sejam:

- a) solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo remissão a uma legislação futura, a qual servirá para restringir a eficácia e aplicabilidade da norma constitucional;
- b) a eficácia é plena enquanto não for editada norma restritiva pelo legislador ordinário;
- c) a aplicabilidade é direta e imediata mesmo que não sobrevenha norma restritiva posterior;
- d) algumas normas contêm um conceito ético juridicizado, por exemplo, bons costumes, ordem pública, os quais já implicam limitação da eficácia normativa;
- e) sua eficácia pode ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, por exemplo, em caso de estado de sítio ou de defesa.

NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA

Fazendo coro à lição de Pedro Lenza,²² as normas constitucionais de eficácia limitada “[...] são aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São, portanto, de aplicabilidade mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida”.

Em resumo, as normas de eficácia limitada não são de pronto exigíveis por parte do titular do direito nela assegurado, tendo em vista faltarem elementos que permitam a concretização dos direitos, liberdades e prerrogativas nelas transcritos. Sabe-se o que exigir, mas não se sabe como exigir, tampouco quando exigir.

José Afonso da Silva²³ divide as normas de eficácia limitada em normas de princípio institutivo e normas de conteúdo programático.

Por normas de princípio institutivo entendem-se aquelas que “[...] contêm esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, pelo quê poderiam chamar-se normas de princípio orgânico ou organizativo”.²⁴ Como exemplos, podemos citar alguns artigos do Texto Constitucional, quais sejam:

- a) art. 18, § 2º. Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.
- b) art. 33. A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.
- c) art. 90, § 2º. A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República.
- d) art. 109, VI. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira.
- e) art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

A respeito das normas de conteúdo programático escreve Luís Roberto Barroso:²⁵

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

Surgem, assim, disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Estas normas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público.

Podemos, pois, concluir que tais normas se referem a programas, a projetos futuros, a compromissos impostos pelo constituinte originário e que devem ser postos em prática pelo Poder Executivo, dependendo, no entanto, de regulamentação por parte do legislador infraconstitucional. Como exemplos, podemos citar os seguintes artigos da CF:

a) art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

b) art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

c) art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

d) art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

e) art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

DAS DECISÕES “EFEITO ZERO” PROFERIDAS EM ADIN POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO E AS TENTATIVAS DE MUDANÇA DE PARADIGMA

A questão central desta pesquisa é debater sobre os efeitos práticos das decisões proferidas pelo Poder Judiciário em sede de ADIn por omissão e mandado de injunção. O que se pode observar na prática é que a procedência de tais ações em nada modifica a realidade daquele que busca (ou daqueles que buscam) garantir o exercício de um direito não regulamentado.

Dois institutos jurídicos de suma importância para a construção de um Estado Democrático de Direito foram mal aproveitados pelo constituinte originário. O legislador constituinte, utilizando-se de um dito popular, “[...] deu com uma mão, mas tirou com as duas”, ou seja, deu aos cidadãos um instrumento poderosíssimo para protegê-los da ação nociva do Estado, mas não construiu regras capazes de obrigar o Estado a cumprir as decisões proferidas em favor dos cidadãos.

Paulo Bonavides e Paes de Andrade²⁶ comentam que, quando da promulgação da Constituição de 1988, alguns autores chegaram a negar a autoaplicabilidade do mandado de injunção, sob a alegação de que o próprio instituto precisava de regulamentação para ser utilizado. Negava-se, pois, a aplicabilidade do próprio mandado de injunção, que só poderia ser manejado por quem de direito após a devida regulamentação por parte do legislador infraconstitucional. Era, portanto, o próprio mandado de injunção uma norma de eficácia limitada.

Analisemos trechos das redações dos textos da Constituição que falam sobre a ADIn por omissão e sobre o mandado de injunção:

A ADIn por omissão está prevista no art. 103, § 2º da CF: “[...] 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”.

Note-se que, reconhecida a omissão pelo STF, o Poder competente para proceder à regulamentação da norma constitucional de eficácia limitada será notificado para “[...] adoção das providências necessárias”. Lindo. Só que não há fixação de prazo para tomada das mencionadas providências, tampouco penalidade por descumprimento.

O legislador infraconstitucional poderia ter imposto prazo e penalidade, complementando a norma constitucional, quando da edição da Lei nº 9.868/1999 e posterior reforma pela Lei nº 12.063/2009, mas limitou-se apenas a reprisar os dizeres do Texto Constitucional: “[...] art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias (acrescentado pela Lei nº 12.063, de 27.10.2009, DOU 28.10.2009)”.

Se o competente para a regulamentação da norma constitucional for um órgão administrativo, o art. 103, § 2º da CF fixa prazo para cumprimento da medida: trinta dias. Mas qual a penalidade em caso de desrespeito ao mencionado prazo? Nenhuma. E a Lei nº 9.868/1999 não foi capaz de solucionar o problema, mantendo a redação original da CF: “[...] § 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de trinta dias, ou em

prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido (acrescentado pela Lei nº 12.063, de 27.10.2009, DOU 28.10.2009)."

Quanto ao mandado de injunção, diz o Texto Constitucional no art. 5º, LXXI: "[...] 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".

Como o mandado de injunção não tem lei própria que o regulamentamente, aplicam-se a ele, subsidiariamente, os efeitos previstos para as decisões proferidas em ADIn por omissão, ou seja, notificação do Poder competente para tomar as providências necessárias ou, em caso de órgão administrativo, fixação do prazo de trinta dias para a tomada de tais providências.

No quesito livrar o cidadão da dependência da vontade política do Estado, *nota zero* para o constituinte. Proposta uma ADIn por omissão ou um mandado de injunção, após anos (e anos...) de espera por uma decisão, o cidadão tem reconhecida pelo Poder Judiciário a omissão lesiva do Estado e o condena a tomar providências no sentido de regulamentar norma constitucional garantidora de direitos, liberdades ou prerrogativas, necessária para a efetivação de direitos fundamentais.

É a chamada *vitória de Phyrro*, ou seja, no popular, "ganha, mas não leva". Mesmo com uma sentença judicial nas mãos, o cidadão continuará dependendo da *vontade política* do Poder competente ou do órgão administrativo responsáveis pela regulamentação da norma, que é eufemisticamente traduzida por "conveniência e oportunidade".

A título de exemplo, analisemos a ementa abaixo transcrita, referente à ADIn por omissão nº 3.682-MT/2006, de relatoria do ministro Gilmar Mendes:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDACÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. ACÇÃO JULGA-

DA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios (ADI 3682/MT - MATO GROSSO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relator(a): Min. GILMAR MENDES - Julgamento: 09/05/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação DJe-096 DIVULG 05-09-2007 - PUBLIC 06-09-2007 - DJ 06-09-2007 PP-00037 - EMENT VOL-02288-02 PP-00277 - RTJ VOL-00202-02 PP-00583 - Parte(s) - REQTE.(S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO - ADV.(A/S): ANDERSON FLÁVIO DE GODOI - REQDO. (A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA - ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - REQDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL).

No julgado acima, o STF, de maneira tímida, coloca prazo para que o Congresso Nacional regulamente o § 4º do art. 18 da CF, alertando, porém, que “[...] não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável”. Parece-nos que o STF “sugere” o prazo, e não o “impõe”, além de não impor qualquer penalidade em caso de descumprimento do prazo dado, de forma que a decisão, apesar de brilhante, é *ineficaz*.

Escreve Walter Claudius Rothenburg²⁷ que “[...] a injustificável inércia ou inaptidão em realizar determinações constitucionais, nesses casos extremos, configura uma autêntica crise e pode levar a uma quebra da constituição”.

Diante dessas explicações, Walter Claudius Rothenburg²⁸ propõe a *troca de competência constitucional* como sanção pelo descumprimento da decisão do STF que reconhece a mora legislativa. Assim, o STF teria competência para fixar: a) prazo para cumprimento da decisão; b) sanção pelo descumprimento, que seria a mudança do ente competente para cumprir a decisão.²⁹

A título de exemplo, busquemos o art. 7º, I da CF: “[...] são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Na clássica distinção proposta por José Afonso da Silva,³⁰ mencionada nas linhas anteriores, trata-se de uma norma de eficácia limitada, pois sua plenitude depende de uma lei complementar, a qual é aguardada ansiosamente nos últimos 22 anos e que ainda não veio.

Imaginemos que, em decisão proferida numa ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o STF reconheça o dever de o Legislativo cumprir a determinação constitucional e regulamentar o inc. I do art. 7º. Aceita a tese da troca de sujeito, o STF poderia fixar prazo para o cumprimento da decisão e, não respeitado tal prazo, os ministros poderiam autorizar o presidente da República a regulamentar a norma, por exemplo, por decreto ou medida provisória.

Na mesma esteira, o próprio STF poderia, entendendo-se competente, regulamentar a norma, dando a ela eficácia plena e garantin-

do ao cidadão o exercício de seus direitos. Escreve Walter Claudius Rothenburg:³¹ “[...] enquanto o parlamento ostenta uma legitimidade de origem, os juízes possuem uma legitimidade adquirida pelo modo como exercem a jurisdição. Aos parlamentares, a sociedade confere legitimidade pela eleição; aos juízes, pelo controle do seu comportamento”.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco³² explicam que, no concernente ao mandado de injunção, a jurisprudência do STF tem mostrado avanços, como veremos a seguir.

Vidal Serrano Nunes Júnior e Marcelo Sciorilli³³ colocam que os efeitos da decisão injuncional podem ser vistos a partir de duas correntes doutrinárias: concretista e não concretista.

Para a corrente concretista, a decisão do mandado de injunção não é meramente declaratória, mas possui conteúdo *constitutivo*, de maneira que o Poder Judiciário não só decreta a mora legislativa como, *de per se*, implementa o direito não regulamentado postulado em Juízo.

A corrente concretista ainda se divide em *geral*, que abrange aqueles que entendem que a decisão injuncional tem efeito *erga omnes*; e *individual*, a qual entende que a decisão injuncional tem efeitos apenas *inter partes*.

Na visão não concretista, a decisão injuncional, semelhantemente às decisões proferidas em ADIn por omissão, tem conteúdo unicamente *declaratório*, servindo, apenas, para declarar a mora legislativa, e nada mais.³⁴

Durante muito tempo, o STF adotou a posição não concretista, ao julgar mandados de injunção, como se pode notar do julgamento proferido no MI(QO) 107-DF/1989, de relatoria do ministro Moreira Alves:

Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular do direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 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 ou 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 (art.103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível ao Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional (Luís Roberto Barroso, 2009, p. 268-269).

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco³⁵ informam que, no MI 283/1990, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, foi, pela primeira vez, fixado prazo para regulamentação da norma, sob pena de “[...] assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados”.

A mudança para direção diametralmente oposta, com a adoção pelo STF da posição *concretista*, é o julgamento do MI 712, originário do Estado do Pará, no qual o STF reconheceu a inércia legislativa ao não regulamentar o direito de greve do servidor público civil (CF, art. 37, VII). Em decisão paradigmática, o STF decidiu que, enquanto não houver lei própria que regulamente a questão, o exercício do direito de greve do servidor público civil acerrar-se-á das regras da Lei nº 7.783/1989, que regulamente o exercício do direito de greve do setor privado da economia.

Em seu voto, o ministro Celso de Mello consignou:

A hipótese versada nos autos refere-se a uma típica situação de desrespeito à Constituição da República, por inércia normativa unicamente imputável ao Congresso Nacional (e, também, ao Presidente da República), eis que – decorridos quase 19 anos da promulgação da Carta Política – esta, no que concerne ao art. 37, VII, ainda não foi regulamentada, frustrando-se, desse modo, mediante arbitrária omissão, o exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve.

Outra decisão paradigmática, no que se refere a mandado de injunção, foi proferida no MI 758-DF/2007, cuja ementa segue abaixo:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória

de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91 (MI 758/DF - DISTRITO FEDERAL - MANDADO DE INJUNÇÃO - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO - Julgamento: 01/07/2008 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação DJe-182 - DIVULG 25-09-2008 - PUBLIC 26-09-2008 - EMENT VOL-02334-01 - PP-00037 - RDECTRAB v. 15, n. 174, 2009, p. 157-167 - Parte(s) - IMPTE.(S): CARLOS HUMBERTO MARQUES - ADV.(A/S): LUCAS LEITE MARQUES E OUTRO(A/S) - IMPDO. (A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA - ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO).

A decisão acima se refere ao § 4º do art. 40 da CF, o qual trata da possibilidade de aposentadoria especial para o servidor público que exerce suas funções em ambiente insalubre ou perigoso:

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 05.07.2005, DOU 06.07.2005, efeitos retroativos a 31.12.2003)

I - portadores de deficiência; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 05.07.2005, DOU 06.07.2005, efeitos retroativos a 31.12.2003)

II - que exerçam atividades de risco; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 05.07.2005, DOU 06.07.2005, efeitos retroativos a 31.12.2003)

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 05.07.2005, DOU 06.07.2005, efeitos retroativos a 31.12.2003)

Assim, o dispositivo mencionado garantiu ao servidor público que trabalha em condições agressivas à saúde o direito à aposentadoria

especial, mas condicionou a obtenção do benefício aos ditames de legislação infraconstitucional, a qual, até o presente momento, não foi editada.

Diante do impasse, decidiu o STF garantir ao impetrante o direito à aposentadoria especial nos termos do art. 57, §1º da Lei nº 8.213/1991,³⁶ esta aplicável somente aos trabalhadores da iniciativa privada.

CONCLUSÃO

Como se pode perceber do que foi visto até aqui, a falta de efetividade das decisões proferidas em ADIn por omissão e mandado de injunção tem solução, basta querer.

O Poder Judiciário é chamado a suprir a insensibilidade dos demais Poderes e possibilitar a concretização dos direitos fundamentais. Por outro lado, provoca novos debates e conflito com os princípios democráticos e a separação dos poderes. Sim, porque os Poderes Legislativo e Executivo, competentes para legislar ou regulamentar legislação, não o fazem, deixando a lacuna que precisa ser cumprida por alguém, sendo, como nosso entendimento, o STF.

Há o problema da legitimidade (ao menos no Brasil), pois somente os Poderes Executivo e Legislativo possuem representantes eleitos diretamente pelo povo. Pela via inversa, é momento de não se restringir a essa visão fixada nas concepções de Estado liberal e Estado social, a fim de se avançar e de se admitir que o conceito de legitimidade pode, num contexto de efetivação de direitos fundamentais, ser ampliado ao Poder Judiciário, já que este atua quando provocado e nas lacunas deixadas pelos demais Poderes. Ademais, pautado no sistema *Checks and Balances*, ou freios e contrapesos aplicados à separação dos Poderes, cumpre aos Poderes uma convivência independente e harmônica, mas um controle recíproco, cabendo perfeitamente não somente o questionamento, mas também a intervenção do Poder Judiciário sobre os demais, sobretudo quando são trazidos à baila os direitos fundamentais.

Basta que o Poder Judiciário como um todo assuma de vez seu papel de defensor dos direitos do cidadão e garantidor das liberdades e prerrogativas. Chega de juízes cegos aos anseios da sociedade e que se contentam em aplicar a letra fria da lei.

A lei não deve ser apenas lida, mas interpretada e reinterpretada, na busca de seu verdadeiro espírito, como já vaticinava Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, em sua obra *L'esprit de lois*, ou simplesmente *O espírito das leis*.

A efetivação de direitos fundamentais não depende apenas de disposições legais, mas de tomada de decisões e de defesa de pontos de vista, às vezes, contrários aos interesses do Estado. Lembramos de tempos remotos quando se buscava maior efetivação dos direitos fundamentais em frente ao regime que se instalara em várias partes do mundo, em que do dissenso nasceu um consenso: “[...] el consenso que construye la idea de los derechos fundamentales, parte de un disseno anterior sobre la situación de la Monarquía absoluta”.³⁷ De igual modo, espera-se do Poder Judiciário que cumpra o seu papel, a fim de não somente efetivar, mas firmar a existência dos direitos fundamentais.

O trânsito histórico teve inegável importância para o amadurecimento e sedimentação dos direitos fundamentais em suas mais diversas formulações e influências que resultaram na mesma reflexão: afirmação dos direitos humanos sob a perspectiva *ex parte populi*.

A Corte Suprema, como *guardiã da Constituição*, está inserida no sistema constitucional de defesa de direitos fundamentais. O querer talvez dependa de um sentimento constitucional, porque é sabido que a Constituição foi elaborada para atingir o seu máximo de efetividade, inserido num sistema de proteção aos direitos fundamentais. Esse sentimento, que também podemos chamar de consciência constitucional, depende de cada um de nós, brasileiros. No entanto, o Supremo Tribunal Federal não é um ser fictício, nem tampouco construído como se máquina fosse. É formado por cidadãos, com notável saber jurídico e reputação ilibada, mas, acima de tudo, imbuídos do espírito de fazer valer a Constituição.

É certo que o STF tem dado mostras de que acordou para sua função de defensor da Constituição e, por consequência, de todos os cidadãos a ela subordinados, buscando apresentar soluções razoáveis para problemas que atormentam a realidade social.

O STF também mostra que os cidadãos não podem ficar à mercê da vontade política de representantes do Legislativo e do Executivo,

os quais trabalham unicamente para a obtenção de fins nada comuns, visando apenas a objetivos privados e mesquinhos. As ações direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de omissão podem ser vistas, assim, como garantias ou verdadeiros remédios jurídicos constitucionais para firmar os direitos fundamentais que não se tornam efetivos ou efetivados pela inércia dos Poderes competentes para fazê-lo por meio de regulamentação legislativa.

Ainda falta muito, mas é um começo.

NOTAS

- 1 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 121.
- 2 Ibid., p. 20-21.
- 3 SBDAR, Claudia Beatriz. **Amparo de derechos fundamentales: el viaje del derecho constitucional hacia su efectividad: estudio preliminar de Raúl Canos Usera**. Buenos Aires: Ciudad, 2003. p. 11.
- 4 PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 27-28.
- 5 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 245.
- 6 FARIA, Danielle de Oliveira Cabral. Os efeitos das decisões do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso. In: SANTOS, Murilo Angeli Dias; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Org.). **Estudos contemporâneos de direito**. Bauru/SP: Canal 6, 2011. p. 106.
- 7 Cf. Luís Roberto Barroso, 2009, p. 255; Pedro Lenza, 2007, p. 763.
- 8 ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**, São Paulo: RT, 2005. p. 141-142.
- 9 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008a. p. 448.
- 10 NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. **Mandado de segurança**, São Paulo: Verbatim, 2009, p. 232.
- 11 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008a. p. 449.
- 12 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 746.
- 13 O art. 7º, XI da CF foi regulamentado apenas em 2000, por força da Medida Provisória nº 1.982-77, convertida na Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000. O direito previsto na Constituição Federal não é exercido por todos os trabalhadores ou classe de trabalhadores; mesmo assim, não há mais a possibilidade de utilização da ADIn por omissão ou mandado de injunção, porque há a lei regulando a matéria.
- 14 Cf. Luís Roberto Barroso, 2009, p. 255; Pedro Lenza, 2007, p. 763.
- 15 FARIA, op. cit., p. 101.
- 16 "O objetivo desse controle é a preservação da harmonia do ordenamento jurídico-constitucional, excluindo da ordem jurídica, lei ou ato normativo incompatível com a constituição de 1988" (FARIA, Danielle de Oliveira Cabral, 2011, p. 101).
- 17 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008b, p. 88-166.
- 18 Ibid., p. 262.

- 19 LENZA, op. cit., p. 136.
- 20 BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 88.
- 21 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008b, p. 104.
- 22 LENZA, op. cit., p. 137-138.
- 23 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008b, p. 121-164.
- 24 Ibid., p. 123.
- 25 BARROSO, op. cit., p. 114.
- 26 BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**, 9. ed. Brasília: OAB, 2008. p. 515-516.
- 27 ROTHENBURG, op. cit., p. 117.
- 28 ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**, São Paulo: RT, 2005, *passim*.
- 29 “De toda sorte, a atribuição conferida para a realização de determinações constitucionais, ou seja, a investidura constitucional na condição de sujeito de competências, deve estar sempre presa a uma legitimidade. A legitimidade originária, que fundamentou a investidura constitucional (e que remonta ao momento constituinte), pode, no entanto, perder-se total ou parcialmente, temporária ou definitivamente, justificando então uma alteração (troca) de sujeito constitucionalmente competente” (ROTHENBURG, Walter Claudius, 2005, p. 99).
- 30 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008b, *passim*.
- 31 ROTHENBURG, op. cit., p. 127.
- 32 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1.208.
- 33 NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. **Mandado de segurança**, São Paulo: Verbatim, 2009, p. 245-246.
- 34 “Sem nutrir simpatia pela inovação representada pelo mandado de injunção e rejeitando o ônus político de uma competência normativa que não desejava, a Corte esvaziou as potencialidades do novo remédio. Invocando, assim, uma visão clássica e rígida do princípio da separação dos Poderes, promoveu a equiparação do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão [...]” (BARROSO, Luís Roberto Barroso, 2009, p. 268).
- 35 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1.210.
- 36 “Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei” (Redação dada ao artigo pela Lei nº 9.032, de 28-4-1994).
“§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício” (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 9.032, de 28-4-1995).
- 37 PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales: teoria general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial Del Estado, 1999, p. 90.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**, 9. ed. Brasília: OAB, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. DATADEZ, Sapucaia do Sul/RS, v. 55, 2010.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de dezembro de 1999**, dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, DATADEZ, Sapucaia do Sul/RS, v. 55, 2010.

FARIA, Danielle de Oliveira Cabral. Os efeitos das decisões do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso. In: SANTOS, Murilo Angeli Dias; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Org.). **Estudos contemporâneos de direito**. Bauru/SP: Canal 6, 2011. p. 91-116.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales: teoria general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial Del Estado, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. **Mandado de segurança**, São Paulo: Verbatim, 2009.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**, São Paulo: RT, 2005.

SBDAR, Claudia Beatriz. **Amparo de derechos fundamentales: el viaje del derecho constitucional hacia su efectividad: estudio preliminar de Raúl Canos Usera**. Buenos Aires: Ciudad, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008b.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**, 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008a.

Artigo recebido em: 25-10-2011

Aprovado publicação em: 14-02-2012