

Anna Candida da Cunha Ferraz

Sumário

Introdução I – Considerações iniciais II -
Premissas Necessárias 1 A inércia ou omissão
constitucional 2 A omissão constitucional e
a natureza da norma que emite comandos
3 A inércia no plano constitucional e seus
efeitos, ou a configuração da “omissão” dos
poderes constituídos 4 A caracterização da
omissão “inconstitucional” e a proteção de
direitos fundamentais 5 Os instrumentos de
proteção contra a omissão inconstitucional
na Constituição Brasileira de 1988 5.1 A ação
direta de inconstitucionalidade por omissão
5.2 O mandado de injunção III – Controle
da omissão inconstitucional nos Estados-
Membros 1. Considerações gerais 2. O con-
trole jurisdicional da omissão inconstitu-
cional no âmbito dos Estados-Membros
perante a Constituição Federal 2.1 A omis-
são inconstitucional perpetrada pela Consti-
tuição Estadual perante a Constituição Fede-
ral 2.2 O controle da omissão inconstitu-
cional nas leis e atos normativos estaduais
perante a Constituição Federal 2.3 O con-
trole da omissão inconstitucional dos po-
deres municipais frente à Constituição Fe-
deral 3. O controle da omissão inconstitu-
cional frente à Constituição Estadual 3.1
Considerações iniciais 3.2 O sistema de di-
fuso de controle da omissão inconstitucio-
nal: o mandado de injunção 3.3 O controle
abstrato e concentrado da omissão incons-
titucional na Constituição Estadual 4. O
controle por omissão de leis e atos municí-
pais frente à Lei Orgânica do Município
Conclusões Bibliografia

Resumo

O texto versa sobre a inércia constitucional dos poderes constituídos e seus reflexos no exercício dos direitos fundamentais. Examina os instrumentos de controle de constitucionalidade da omissão inconstitucional com vistas particularmente ao tratamento da omissão inconstitucional dos poderes constituídos locais: estaduais e municipais. A Constituição de 05 de outubro de 1988 criou, para o âmbito federal, instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Cuida-se, neste trabalho, do exame da extensão desses instrumentos para o âmbito estadual e municipal. De início, como premissas necessárias, analisa-se a questão da problemática da inércia constitucional e a

conseqüente configuração da omissão inconstitucional e os instrumentos de proteção contra a omissão inconstitucional existentes no plano federal; a seguir, analisar a problemática nos Estados-Membros frente à Constituição Federal (controle externo) e posteriormente a omissão inconstitucional frente à Constituição Estadual (controle interno), com ênfase para o exame da inércia constitucional dos poderes estaduais e municipais e dos instrumentos de proteção contra essa inércia, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais.

Palavras-chave

Tutela jurisdicional. Omissão constitucional. Direitos e garantias fundamentais. Controle da constitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade. Mandado de injunção - Controle.

Abstract

The jurisdictional protection against the unconstitutional omission of the Local Powers

The text analyses the question of the so-called unconstitutional omission of the constitutional powers and its reflexes on the fundamental constitutional rights. It also examines the instruments of protection of the unconstitutional omission of the public power fixed by the Federal Constitution aiming especially at the protection of the fundamental rights against the omission at States and Municipal Levels. The Constitution of the 5th October 1988 has created, for the federal level, instruments of the judicial review for the public power omissions: the direct action of the unconstitutionality omission and the writ of injunction. This work examines

their extension to the State and Municipal Levels. It also analyses both kinds of jurisdictional review: the "extern" one, which analyses the control of the States in view to the Federal Constitutional, and the so-called "intern judicial review" having regard the States Constitution, with especial attention to the omission of States and Municipal powers aiming the respect of fundamentals rights.

Key Words

Jurisdictional protection. Unconstitutional omission. Fundamental rights. Constitutionality control. Direct action of the Unconstitutionality. Writ of injunction - Control.

Introdução¹

O tema a ser desenvolvido volta-se para o exame dos instrumentos de controle de constitucionalidade da omissão inconstitucional com vistas particularmente ao tratamento da omissão inconstitucional dos poderes constituídos locais: estaduais e municipais.

A Constituição de 5 de outubro de 1988 criou, para o âmbito federal, instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Cuida-se, neste trabalho, do exame da projeção desses instrumentos para o âmbito estadual e municipal. De início, como premissas necessárias, analisar-se-á a questão da problemática da inércia constitucional e a conseqüente configuração da omissão inconstitucional e os instrumentos de proteção contra a omissão inconstitucional existentes no plano federal; a seguir, analisar-se-á a problemática nos Estados-Membros frente à Constituição Federal (controle externo) e posteriormente a omissão inconstitucional frente à Constituição Estadual (controle interno), com ênfase para o exame da inércia constitucional dos poderes estaduais e municipais e dos instrumentos de proteção contra essa inércia, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais.

I – Considerações iniciais

O exercício dos direitos fundamentais nos estados e nos municípios depende de as normas constitucionais instituidoras de direito terem condições de plena concretização jurisdicional, o que significa dizer que as normas constitucionais instituidoras de direitos devem ter condições de plena eficácia e aplicabilidade. Um obstáculo que impede o exercício dos direitos fundamentais decorre da chamada “omissão inconstitucional”, que paralisa a produção de efeitos da norma constitucional. A Constituição de 05 de outubro de 1988 prevê instrumentos para corrigir a omissão inconstitucional dos poderes constituídos no plano federal. Nos Estados e Municípios, o tema deve ser analisado sobre o prisma da possibilidade de adoção ou a projeção, para a Constituição Estadual, dos instrumentos criados para a proteção das normas constitucionais contra omissões inconstitucionais no plano federal e como tais instrumentos atuam na proteção de direitos fundamentais. Este trabalho busca examinar, em seus aspectos gerais, tal problemática.

¹ O presente trabalho tem por objetivo analisar um dos aspectos teóricos da problemática suscita no Projeto de Pesquisa n. 3, em andamento no Mestrado em Direito do UNIFIEO, e que versa sobre a concretização jurisdicional dos direitos fundamentais nos municípios, particularmente no Município de Osasco.

II – Premissas necessárias

1 A inércia ou a omissão constitucional

Configura-se a inércia no plano constitucional quando há inatividade consciente na aplicação da Constituição, ou seja, quando uma norma constitucional deixa de ser plenamente aplicada por falta de atuação do poder competente, por um tempo mais ou menos longo que demonstre, com clareza, a intenção desse poder de não cumprir, a tempo e a hora, o comando constitucional².

A inércia, no plano constitucional, constitui, na verdade, um dos males que desgastam a Constituição e corroem a normalidade constitucional de um Estado. A Constituição nasce para ser aplicada e cumprida. No entanto, nem sempre é efetivamente cumprida e aplicada; por vezes é mesmo esquecida, gerando, conforme salienta Karl Loewenstein “a desvalorização da Constituição escrita na democracia ocidental”³.

Com efeito, Loewenstein, com a clareza e acuidade habituais, ao debruçar-se sobre o tema da “desvalorização da Constituição escrita na democracia ocidental”, procura demonstrar como a Constituição escrita perdeu seu prestígio, teve seu “brilho empaldecido” visivelmente. Ressalta o mestre constitucionalista que mesmo nos Estados com tradição normativa a Constituição não é “tão escrupulosamente observada” pelos detentores do poder como era antes, e acentua que o fato é visto com “alarmante indiferença pela massa dos destinatários do poder”⁴.

A necessária correção desse fenômeno exsurge, de modo evidente e até intuitivo, para quantos se detêm a pensar sobre a matéria, seja o estudioso do direito constitucional, seja o cidadão comum que, na realidade, é o principal interessado e beneficiário das normas constitucionais.

Ora, a Constituição, em si, é obra incompleta, inacabada. Não esgota e nem pode pretender esgotar toda a normatividade da matéria que encerra. O seu conteúdo fundamental, por mais minucioso que seja, é sempre forçosamente incompleto, não podendo o Constituinte regular tudo diretamente e nem é oportuno que o faça.

É inevitável, pois, que a Constituição deixe enorme espaço aberto a exigir seu preenchimento e conformação pela atuação dos poderes constituídos. Somente com a efetiva atuação desses poderes será a Carta Magna plenamente aplicada.

² Ver caracterização mais pormenorizada da inércia constitucional in FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. *Op. cit.*, p. 218 e segts.

³ Ver FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 23, n. 89 jan./mar. 1986, p. 49.

⁴ *Apud* FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 217.

Bem por esta razão, fica claro que a Constituição tanto pode ser descumprida por *ação* (lei que contraria normas constitucionais; eleição de Presidente da República que desrespeite preceitos constitucionais etc.), como por *omissão*, com a atitude negativa dos que são incumbidos de atuar e agir para dar a efetivação que a norma constitucional exige e não o fazem.

Na verdade a inércia, no mundo jurídico, particularmente no Direito Constitucional, é fenômeno que está sempre a exigir meios de correção evitando-se que o legislador e o executivo, não cumprindo os comandos constitucionais, tornem a Constituição letra morta, um mero catálogo de intenções.

Isto mesmo afirma Jorge Miranda:

A existência de omissões juridicamente relevantes é um fenômeno que se encontra em diversos setores do ordenamento e, em particular, no Direito constitucional. Ela verifica-se sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem conseqüências mais ou menos adequadas⁵.

2 A omissão inconstitucional e a natureza da norma que emite comandos

Várias e diferentes categorias de normas constitucionais exigem ulterior atuação dos poderes constituídos. Basta lembrar a chamada categoria das normas programáticas, tão freqüente nos textos constitucionais contemporâneos e que desempenha relevante papel na ordem jurídico-constitucional de um País⁶. São programáticas aquelas normas que, indicando fins a serem perseguidos, valores e metas a serem atingidos, exigem e impõem a atuação ulterior de poderes estatais.

Registre-se, pois, por necessário, que a inércia ou omissão constitucional se configura particularmente diante da natureza das normas constitucionais. Nem todas as normas constitucionais são de eficácia plena, ou seja, são normas constitucionais exequíveis por si próprias ou preceptivas. Muitas normas constitucionais *exigem leis* – atuação conformadora do legislador – porquanto são, na classificação das normas constitucionais, consideradas como normas de eficácia limitada; outras *exigem atuação do poder público* –

⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, II. Coimbra: Coimbra, 1986. p. 303-304. Ver também, do autor, A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento constitucional português. In: BAZAN, Victor (Coord.). **Inconstitucionalidad por omisión**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1997. p. 154.

⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. *Op. cit.*, p. 51.

162 *ato administrativo*, diretamente ou por norma interveniente – para se tornarem plenamente eficazes; outras exigem ambos: leis e atuação do poder público.

Destarte, o caso mais complexo, como se depreende pelo acima referido, se coloca ante as chamadas normas programáticas que, para além da lei, exigem a edição de atos materiais – normativos, regulamentares, medidas administrativas ou financeiras, instituição de políticas públicas, financiamentos – tais como as normas que regulam os direitos sociais como saúde, educação, habitação.

Pode haver omissão de atos públicos ou de atos de governo. Entre outras hipóteses, pense-se na não marcação do dia da eleição do Presidente da República ou dos Deputados; na não designação de titulares de cargos constitucionais, ou na não promulgação de leis pela Assembléia da República. Os exemplos são dados por Jorge Miranda em face da Constituição de Portugal⁷.

A história constitucional brasileira revela inúmeros casos de inércia constitucional, com efeitos danosos para a normalidade constitucional. Exemplificando, graças à omissão do Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal permaneceu meses sem poder funcionar por falta do preenchimento de cargos vagos⁸.

Vê-se, pois, que os poderes constituídos – e, note-se, qualquer deles – Legislativo, Executivo ou Judiciário – são freqüentemente incumbidos, pela própria Constituição, de dar efetiva aplicação ao seu comando normativo e impositivo. A norma constitucional traça fins, aponta metas, adota valores, institui órgãos, assegura direitos e deixa, não raro, aos poderes constituídos a tarefa de desdobrar seus preceitos e aplicá-la efetivamente.

3 A inércia no plano constitucional e seus efeitos ou a configuração da “omissão” dos poderes constituídos como “inconstitucionalidade”

A “omissão” (ou a inércia) dos poderes constituídos contraria a Constituição, tanto como a contrariam atos praticados afrontando positivamente seus preceitos e normas. Com efeito, toda ação ou omissão que paralise ou obstaculize a aplicação da norma constitucional são com ela incompatíveis.

Importante observar que a inércia no plano constitucional ou a omissão inconstitucional⁹ – que é a mais grave forma de omissão dos poderes públicos –, quando perduram, configuram processo de mudança informal da Constituição, ou processo de mutação inconstitucional da Lei Maior¹⁰.

⁷ Cf. obra citada, p. 394

⁸ Veja-se este e outros exemplos em FERRAZ. **Processos informais de mudança da Constituição**. 1986, p. 223 e seguintes.

⁹ Sobre a omissão inconstitucional ver também BAZAN, Victor (Coord.). **Inconstitucionalidade por omissão**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1997.

¹⁰ FERRAZ. **Processos informais de mudança da Constituição**, 1986, p. 231

No mesmo sentido Ignacio Villaverde Menéndez, citado por Zeno Veloso¹¹:

No siempre un silencio legislativo cobra relevancia jurídica. Allí donde la norma constitucional esté dotada de eficacia directa no hay omisiones inconstitucionales. Estas solo tienen lugar cuando un silencio legislativo afecta a permisivos constitucionales o a normas constitucionales imperativas, generando una norma implícita contraria a la Constitución. Tal caso sucede porque la ausencia de eficacia directa de la norma constitucional afectada por el silencio permite que el silencio legislativo genere esa norma implícita, cuya aplicación puede resultar inexcusable, singularmente para la Administración Pública, creando una situación jurídica opuesta a la constitucionalmente prevista. Si se permitiese que una norma semejante produjese efectos en el ordenamiento jurídico, habría que reconocer la existencia de una quiebra de la supremacía normativa de la Constitución.

Também Celso de Mello, em brilhante e extenso voto, ao relatar o MI 542/SP, traça, com fidelidade, as conseqüências nefastas da inércia constitucional.

Assim, não sendo elaborados os atos legislativos e administrativos indispensáveis para a concretização de certos preceitos e comandos constitucionais, este comportamento omissivo se reveste do grave *vício de ato inconstitucional omissivo*: está-se diante de uma *inconstitucionalidade*.

4 Caracterização da omissão legislativa ou dos poderes constituídos em geral

A omissão constitucional legislativa (ou administrativa) não é um *simples não fazer* ou mesmo um conceito de negação. *Significa, sob o sentido jurídico-constitucional, o não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado a fazer*¹².

Assim, deriva do não cumprimento de imposições constitucionais, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador ou os poderes constituídos em geral à adoção de medidas legislativas e outras concretizadoras da Constituição.

Neste sentido, Canotilho desenvolve, com maestria, a problemática das omissões legislativas numa constituição dirigente, onde predominam normas programáticas. Diz Canotilho¹³ que “a omissão legislativa inconstitucional” pode ser entendida como o

¹¹ La inconstitucionalidad por omisión *apud* VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade, atualizado conforme as Leis n. 9.868 de 10/11/99 e 9.882 de 03/12/99**. 2. ed. (Revista, atualizada e ampliada). Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 253.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 1100.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 1099-1100.

“não cumprimento de imposições constitucionais permanentes e concretas”. Desta noção deduz o Mestre de Coimbra ilações. Em resumo, são as seguintes as ilações mencionadas pelo Autor:

- (1) “A omissão legislativa não é um simples ‘não fazer’. Em sentido jurídico constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. Não basta, portanto, o simples ‘dever geral de legislar’ para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”.
- (2) “A omissão legislativa inconstitucional deriva do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da constituição e não de *normas-fim ou normas-tarefa* abstratamente impositivas”. Clarifica o Autor a idéia com exemplos: “é diferente dizer que há uma omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não adopta as medidas legislativas necessárias para dar execução aos preceitos constitucionais que, de forma permanente e concreta, impõem, por ex., o estabelecimento e actualização do salário mínimo nacional (art. 59º, 2-a), a organização, coordenação e financiamento de um ‘sistema de segurança social unificado e descentralizado’ (art. 66º, 2/c), a promoção e criação de uma ‘rede nacional de assistência materno-infantil e de uma rede nacional de creches’ (art. 67º 2-b)” etc. “do que não dar cumprimento a normas-fim ou normas-tarefa que, de forma permanente mas abstrata, impõem a prossecução de certos objetivos”, que dependendo de “luta política e de instrumentos democráticos não podem ser objeto de uma ação de inconstitucionalidade nos termos do artigo 283º da CRP”.
- (3) “Existe, ainda, omissão legislativa inconstitucional quando a constituição consagra normas sem suficiente densidade para se tornarem normas exequíveis por si mesmas, reenviando para o legislador a tarefa de lhe dar exequibilidade prática”.
- (4) “Existe também omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não cumpre as *ordens de legislar* constitucionalmente consagradas em certos preceitos constitucionais”. A constituição, no caso, demanda uma ou várias leis necessárias à criação de uma nova instituição, à adaptação das velhas leis a uma nova ordem constitucional etc. e a edição das leis esgota a imposição constitucional.
- (5) Por fim, refere-se Canotilho à doutrina mais recente que “salienta a possibilidade de omissão legislativa pelo não cumprimento da obrigação do legislador em *melhorar ou corrigir* as normas de prognose”. A omissão, neste caso, consiste não na ausência total ou parcial da lei, mas na falta de adaptação ou aperfeiçoamento de leis existentes, das “quais resultem conseqüências gravosas para a efectivação de direitos fundamentais”.

Por sua vez, ensina Jorge Miranda¹⁴ que a caracterização da omissão legislativa se verifica nos casos:

- a) Em que o não cumprimento da Constituição deriva da violação de certa e determinada norma;
- b) Em que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma;
- c) Em que, nas circunstâncias concretas da prática legislativa, faltem as medidas legislativas necessárias para tornar exequível aquela norma.

Aponta a doutrina, ainda, a possível caracterização da omissão legislativa inconstitucional nos casos:

- a) de omissão pelo silêncio – não cumprir o devido constitucionalmente;
- b) pelo agir de modo insuficiente – atuar de modo não completamente devido.

5 Os instrumentos de proteção contra a omissão inconstitucional na Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988

Tão importante quanto fulminar, no texto constitucional, por inconstitucionalidade, as ações contrárias à Constituição, é fulminar igualmente as “omissões” dos poderes constituídos que a tornam letra morta. Assim, ao lado do sistema positivo de controle parece indispensável prever-se o controle de constitucionalidade “negativo”, isto é, o controle das omissões inconstitucionais, particularmente no que diz respeito às omissões legislativas¹⁵.

A primeira Constituição a se preocupar com o tema foi a Constituição comunista da Iugoslávia, de 1974, art. 377.

Posteriormente, a Constituição de Portugal de 1976, em seu artigo 283, também cuida do que rotulou “a inconstitucionalidade por omissão”.

Registra Jorge Miranda¹⁶ que:

Na Alemanha, na Áustria e na Itália, apesar de não haver norma constitucional expressa que institua a fiscalização, os respectivos Tribunais Constitucionais têm conseguido chegar a resultados muito semelhantes, através de técnicas muito apuradas de interpretação e integração (donde, as chamadas sentenças *aditivas, criativas ou apelativas*): a partir da apreciação da inconstituição-

¹⁴ MIRANDA. A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento português. In BAZAN. (Coord.). **Inconstitucionalidad por omisión**. 1997. p. 163.

¹⁵ Não é esta tarefa fácil. Obrigar o legislador a legislar – ferindo sua tradicional discricionariedade no exercício da função legislativa – ou obrigar o administrador a implementar medidas tendentes a corrigir omissões inconstitucionais, não são tarefas simples. Certamente a questão mais complexa diz respeito à omissão legislativa.

¹⁶ A fiscalização da inconstitucionalidade... In: BAZAN. (Coord.). **Inconstitucionalidad por omisión**. 1997. p. 157.

nalidade por acção, fazem verdadeira apreciação da inconstitucionalidade não já por aquilo que prescreve mas sim por aquilo que não prescreve. Algo de semelhança começa a verificar-se, mais recentemente, em Espanha.

Também nos Estados Unidos, os tribunais têm exercido, e com frequência, o poder de solicitar aos órgãos legislativos que aprovelem as leis que consideram necessárias; declarando direitos constitucionais ou fundamentais do cidadão, esperam que o Congresso ou as assembléias legislativas dos Estados adoptem, de seguida, as medidas legislativas destinadas a assegurar o seu exercício. Ou é o próprio Supremo Tribunal que “descobre” um novo direito, ao abrigo do IX Aditamento (numa interpretação criadora, aliás contestada por certa corrente).

A Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988, inspirando-se na Constituição de Portugal de 1976 (e reformas posteriores) e, segundo Jorge Miranda¹⁷, mais fortemente na Constituição da Iugoslávia, procurou cuidar da problemática da inércia ou omissão inconstitucional, no plano federal, por via da criação de dois instrumentos de controle de constitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. A primeira integra o modelo concentrado e abstrato de controle e visa a defesa da Constituição Federal e a integralização da norma constitucional contra omissões particularmente do Poder Legislativo e do Poder Executivo; o segundo constitui remédio constitucional de proteção dos direitos fundamentais contra a omissão dos poderes constituídos, tem por objetivo viabilizar o exercício de um direito fundamental e integra o modelo difuso e de fiscalização concreta de controle de constitucionalidade.

5.1 A ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, assim, como a ação direta de inconstitucionalidade por ação, destina-se à defesa da Constituição e da normalidade constitucional, não visando, ao menos de modo direto, a proteção de direitos fundamentais¹⁸.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi instituída de *modo indireto* no artigo 103, §2º na Constituição Federal:

¹⁷ A fiscalização da inconstitucionalidade... In: BAZAN. (Coord.). **Inconstitucionalidad por omisión**. 1997. p. 158.

¹⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 4, n. 4, 2004, p. 28 e segts e p. 43.

Art. 103. §2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

A disposição acima tem alcance mais amplo que a correspondente na Constituição de Portugal, que somente abriga a omissão legislativa, razão pela qual os autores portugueses tratam com maior ênfase dessa modalidade de omissão. Não obstante, como afirma Lenio Streck, a jurisprudência do Supremo Tribunal “aponta para a ineficácia da ação de inconstitucionalidade por omissão”, lembrando que apenas duas ações indexadas tiveram êxito: a ADInPO nº 889-7, que tratava da omissão constante do artigo 23 do ADCT e outra, mais recente, referente à não observância por parte do Poder Executivo do dispositivo constante do artigo 37, X, da Constituição Federal, que assegura aos servidores públicos a revisão anual de sua remuneração¹⁹.

Assim, conforme dispõe a Constituição de 1988, e consoante interpretação majoritária e jurisprudência fixada pelo STF, cabe a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tanto perante a ausência de leis como perante a omissão de atos administrativos *normativos*.

Neste sentido a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello²⁰:

Desrespeito à Constituição – Modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstando-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 618.

²⁰ Cf. DJ 29/09/96. Fonte STF, via internet, **A Constituição e o Supremo**, Artigo 102, §3º.

O Supremo Tribunal Federal, em vários acórdãos, buscou fixar a extensão do alcance da norma do §2º do artigo 103, dando-lhe, no mais das vezes, alcance restritivo e limitado. Vejam-se os seguintes exemplos que, de um lado, excluem a possibilidade da propositura da ação direta de inconstitucionalidade no caso de a omissão constituir a exigência da emissão de um *ato concreto*, seguindo, aliás, a jurisprudência que o Tribunal aplica com relação à ação direta de inconstitucionalidade prevista no artigo 102, I, “a”; e, de outro, impedem a propositura da ação direta por omissão quando a norma constitucional que necessitava de regulamentação tenha sido revogada (ainda que, muitas vezes, tenha tal norma constitucional criado um direito que restara inerte diante do silêncio legislativo): “Ação direta não pode ser proposta para que seja praticado um ato concreto, mas sim para que se supra a omissão de medida de caráter normativo, necessária para o cumprimento do preceito constitucional”. (RT 645/184). “Prejudicada a Adin por omissão quando revogada a norma constitucional que necessitava de regulamentação”. (ADIN 1836/SP).

Convém destacar alguns aspectos pertinentes à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, necessários para o exame da posterior projeção do instrumento aos municípios. Observe-se que o exame a seguir é feito com vistas à aplicação da ação de inconstitucionalidade por omissão no plano federal, como instrumento de defesa das omissões inconstitucionais perpetradas contra normas da Constituição Federal.

- a) *Objeto*: A ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa corrigir a omissão legislativa ou de ato normativo federal ou estadual, já que se lhe aplica a norma constante do artigo 102, I, “a”. Somente alcança atos normativos, segundo jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal (ADIN 19, Rel. Aldir Passarinho, 1989). Todavia, não é qualquer omissão, de qualquer espécie, que enseja a ação. Somente é objeto da ação a omissão relativa à implementação de normas constitucionais de eficácia limitada, de caráter impositivo. No caso das normas programáticas, nem sempre a omissão pode ser sanada pela ação de inconstitucionalidade por omissão, porque tais normas exigem, como se disse acima, além de medidas legislativas, medidas administrativas de caráter concreto, não cabendo ao Judiciário impô-las (ex. construção de hospitais ou escolas para viabilizar o exercício do direito à saúde ou à educação).
- b) *Quando cabe?* Quando a Constituição impõe, obriga o Poder Público a emitir um comando normativo e este se mantém inerte.
- c) *Tipos de omissão*: parcial ou total, relativa ou absoluta, formal ou material.

A doutrina apresenta vários tipos de omissão inconstitucional: assim Canotilho²¹, Jorge Miranda²², Taveira Bernardes²³ explicitam vários, e a jurisprudência do Supremo

²¹ CANOTILHO. **Direito constitucional**. 1992. p. 1099 e seguintes.

²² A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão em Portugal. In: BAZAN. **Inconstitucionalidad por omisión**. 1997. p. 165.

²³ BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade**. Elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 224 e seguintes.

Tribunal Federal acolhe alguns. Vejamos os mais relevantes adotados pelo STF em suas decisões.

Omissão Parcial – Ocorre quando há cumprimento imperfeito, cumprimento incompleto da norma constitucional. (Fixação de salário mínimo insuficiente. ADI 1442 QO/DF, Relator Celso de Mello; Agr no MS 23809/DF, 2001, ADI 1439/DF, Rel. Celso de Mello); ocorre também quando há exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia – caso de omissão na atribuição de certos benefícios a certas pessoas que também deveriam ser beneficiadas pela lei (extensão a inativos do aumento da remuneração em lei que somente previa aumento para ativos – Agravo Regimental no RE 198.129/SP, 2ª. Turma, Min. Marco Aurélio; também, RMS 22.307/DF).

Omissão Total – ocorre quando não é adotada nenhuma providência no sentido da conformação da norma constitucional para viabilizar sua efetiva aplicação. (MI 541/SP, Relator Ministro Celso de Mello; ADI 2506/Ceará, Relator Ministro Ilmar Galvão, 2002, em que se questionou a falta de iniciativa reservada do Presidente da República ou do Governador²⁴ para dar cumprimento à norma constitucional que determinava a fixação de aumento de servidores públicos inativos).

- d) *Modo de controle* – A ação direta de controle de inconstitucionalidade por omissão caracteriza controle por via principal, controle concentrado, abstrato, em tese, somente exercido pelo Supremo Tribunal Federal, à semelhança da ação direta de controle de inconstitucionalidade genérica.
- e) *Órgão competente* – Embora a Constituição (art. 102, I, “a”) não tenha expressamente mencionado a quem cabe julgar a ação de inconstitucionalidade por omissão, “decorre do sistema que compete ao STF julgá-la, originariamente, até por ser o Excelso Pretório o guardião-máximo da Carta Magna”²⁵, e, acrescente-se, pelo fato de esta modalidade de ação estar prevista exatamente dentre as competências do STF. Assim, em se tratando de omissão inconstitucional frente à Constituição Federal o julgamento da ação é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Observe-se, porém, que por jurisprudência firmada pelo STF, somente cabe o instrumento contra a omissão inconstitucional de leis e atos normativos federais e estaduais. Em outras palavras, a omissão inconstitucional no município, praticada contra a não efetivação de norma constitucional federal que lhe cabia

²⁴ Observe-se que, em pelo menos uma decisão que envolvia a matéria, o STF deu uma prestação satisfativa com relação à pretensão do requerente, entendendo que, no caso, ferido o princípio de isonomia, seria de se estender a legislação a todos os que deveriam ser por ela alcançados e abrigados: ADIN 2.652 na qual o STF corrigiu a omissão relativa que excluía advogados vinculados a entidades estatais da exceção prevista no art. 14 do CPC, na redação dada pela Lei 10.358/2001. Cf. BERNARDES TAVEIRA. *Op. cit.*, 2004. p. 250.

²⁵ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade (atualizado conforme as leis n. 9.868 de 10/11/99 e 9.882 de 03/12/99)**. 2. ed. (Revista, atualizada e ampliada). Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 253.

cumprir, não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade por omissão perante o Supremo Tribunal Federal.

- f) *Natureza e procedimento* – A ação de inconstitucionalidade por omissão obedece às regras determinadas para a ação direta de inconstitucionalidade genérica: tem a mesma natureza, segue o mesmo rito, adota o mesmo procedimento. O processo é objetivo, sem partes.
- g) *Eficácia da decisão* – A decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por definição constitucional atribuída às decisões da ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, §2º, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 8-12-2004) e que se lhe aplica, tem eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. Veja-se, contudo, que a omissão pode recair sobre duas espécies de normas: as normas de conteúdo legislativo e as tipicamente regulamentares, de elaboração administrativa. Quando a norma necessária é primária, ou seja, de essência ou substância legislativa, estamos diante do princípio da independência entre os poderes, e, como já se viu, o Poder Judiciário não pode obrigar o Poder Legislativo a elaborar a lei formal, não podendo o STF atuar como legislador positivo. Com efeito, na ADINMCQO 1063/DF, o Ministro Celso de Mello, em seu Relatório, registrou:

(...) *O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO*. A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o STF, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o STF, a partir da supressão seletiva de fragmento do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador (...).

Também na Representação 1.417/DF, o Relator Moreira Alves, analisando a interpretação conforme a constituição entendeu não ser possível ao STF criar leis. Em virtude desse posicionamento do STF e da disciplina constitucional expressa a decisão proferida na ação de inconstitucionalidade por omissão de medida legislativa se apresenta ineficaz. Se a norma faltante é de natureza administrativa, já se disse, o STF pode fixar prazo para a elaboração da medida administrativa, sendo, no caso de descumprimento da ordem judicial, possível aplicar-se ao omissor desde o crime de responsabilidade à prisão penal ou outras sanções previstas em nosso ordenamento jurídico.

- h) *Legitimação ativa* – Aplica-se à ação direta de inconstitucionalidade por omissão o disposto na Constituição para a ação direta de inconstitucionalidade genérica. Estão legitimados para propor ação direta por inconstitucionalidade por omissão os mesmos entes relacionados no artigo 103, inclusive as autoridades do Distrito

Federal (legitimadas, expressamente, por força da Lei 9.868/99, e do artigo 103, na redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004). As restrições e a amplitude da legitimação, fixadas pelo STF no tocante à ação direta de inconstitucionalidade, aplicam-se à ação direta de inconstitucionalidade por omissão²⁶.

- i) *Legitimados passivos* – Os legitimados passivos na ação de inconstitucionalidade por omissão são os agentes políticos e excepcionalmente os agentes administrativos responsáveis pela elaboração da norma inexistente: Congresso Nacional, Presidente da República, Governador de Estado, Assembléia Legislativa etc. e órgãos administrativos aos quais o texto constitucional atribui função normativa direta.
- j) *Audiência do Procurador Geral da República* – Por definição constitucional (art. 102, §1º. CF), a audiência prévia do Procurador-Geral da República é necessária.
- k) *Audiência do Advogado-Geral da União* – A audiência do AGU não é necessária, segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, porque ao Advogado-Geral da União cabe a defesa do ato ou de lei impugnados por inconstitucionalidade. Tratando-se de inconstitucionalidade por omissão faltam, justamente, o ato ou a norma a ser defendida. Neste sentido a decisão proferida na ADIN 23/2P.
- l) *Efeitos da decisão* – Segundo expressa determinação constitucional e entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao STF apenas cabe, no caso de medida legislativa: (a) declarar a existência da inconstitucionalidade da omissão, considerando a autoridade em mora; (b) dar ciência ao poder competente para que elabore a norma faltante. Em princípio, entende o STF que não lhe cabe fixar prazo para o Poder Legislativo elaborar a lei porquanto não prevê a Constituição a medida, o que leva à conclusão de que não há como obrigar o Legislativo a legislar, em prazo certo, em razão do princípio da separação de poderes e da independência do legislativo²⁷. Todavia, entende a doutrina que, fixada judicialmente a omissão e a mora do legislador, os efeitos produzidos pela decisão *erga omnes* são retroativos, permitindo-se a responsabilização do Poder Público por perdas e danos, se da omissão ocorrer prejuízo. No caso de omissão ou falta de medida administrativa a ser editada por órgão administrativo ao STF cabe (a) declarar a existência da inconstitucionalidade por omissão; e (b) fixar prazo de 30 dias para a adoção da medida ou tomada da providência a que o órgão estava obrigado constitucionalmente. Entende a doutrina que, se não cumprido o prazo fixado pelo STF para a adoção da providência requerida, ocorre

²⁶ Cf. ADIMC 591/DF; ADI MC 947/DF; ADIMC 1479 - RS

²⁷ Posição no sentido de responsabilização do Poder Público por perdas e danos, se da omissão ocorrer prejuízo, é defendida pela doutrina. Ver, a propósito, José Afonso da Silva citado por VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**, 2000. p. 254.

hipótese de descumprimento de decisão judicial, que enseja, inclusive, crime de responsabilidade²⁸.

- m) *Medida Cautelar* – Segundo decisão do STF na ADIN 361/DF, Relator Marco Aurélio, entendeu-se incompatível com a ADIN por omissão a concessão de cautelar. Em outras decisões a orientação foi mantida²⁹. Cabe registrar manifestação acima reproduzida do Ministro Celso de Mello no sentido de que o STF é *legislador negativo e não positivo*. Não lhe cabe fazer a lei faltante, mas, apenas declarar a existência da omissão e a mora do Poder Legislativo.
- n) *Perda de objeto* – Ação por omissão perde o objeto quando revogada a norma que necessitava de regulamentação para sua efetividade³⁰.
- o) *Decurso de prazo para caracterizar a omissão* – A definição do requisito de decurso de prazo para caracterizar a omissão foi questão relevante no início da aplicação da Constituição Federal de 1988, porquanto não se poderia exigir a elaboração de leis ou atos administrativos imediatamente após a promulgação da Constituição. A omissão somente se verifica após prazo razoável para exigir a elaboração da lei ou da medida administrativa. Hoje tal problema está superado, vez que a Constituição Federal tem mais de 15 anos e, por óbvio, o decurso de tão longo tempo é suficiente para caracterizar a omissão inconstitucional em razão de decurso de prazo, no caso de medidas legislativas e administrativas não tomadas para lhe dar completa efetividade.
- p) *Produção de provas* – Não cabe produção de provas na ação direta de inconstitucionalidade por omissão segundo decisão proferida na ADIN 737/DF e conforme parecer emitido pelo Procurador-Geral da República. Não obstante, considerou-se a possibilidade no caso de omissão parcial.

5.2 O mandado de injunção na Constituição de 05/10/1988

Também sinalizado como instrumento destinado à correção da inércia ou omissão inconstitucional, a Constituição de 1988 instituiu, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção.

²⁸ Observe-se que na Alemanha foram instituídas novas técnicas para permitir a supressão das omissões inconstitucionais. Cf. VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, 2000. p. 254-255.

²⁹ Ver ADIN 267/DF

³⁰ ADIN 1836/SP, Rel. Min. Moreira Alves. É o caso da não instituição do regime único pelos estados, que não cumpriram o imposto no artigo 39, caput, da Constituição Federal e o respectivo artigo da Constituição Estadual. Como o regime jurídico, no plano federal, foi revogado por Emenda Constitucional, as ações que versavam sobre o tema perderam o objeto consoante decisão do STF.

Trata-se de instrumento que se inscreve ao lado dos demais remédios constitucionais de proteção de direitos, integrando, portanto, a modalidade de controle difuso, da qual guarda as principais características, ainda que apresente particularidades próprias.

Anota Lenio Streck³¹ ser

relevante deixar assentado que, em termos de controle difuso/incidental/concreto (via de exceção ou defesa, que são outros modos de nominar o instituto), provavelmente o instrumento mais pertinente pensado pelo constituinte para servir como meio de acesso à jurisdição constitucional tenha sido o mandado de injunção.

O mandado de injunção tem sua previsão constitucional estabelecida no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição, nos termos seguintes:

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.

É o mandado de injunção considerado pela doutrina como uma das mais significativas e louváveis inovações da Constituição de 1988, particularmente no que diz respeito à sinalização da concretização ou da efetividade dos direitos fundamentais. Concebido para “conferir proteção à aplicabilidade dos direitos fundamentais contidos na Constituição, e destinado ao suprimento de lacuna regulamentar”³², pretendeu-se, com sua instituição, superar a inércia do legislador infraconstitucional particularmente no que concerne ao efetivo exercício de direitos constitucionais.

Como se sabe, há uma espécie de tradição institucional perversa em nossa história, consistente na sistemática sonegação das condições de exercício dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, pelo expediente da paralisia das instâncias regulamentadoras – ou, quando menos, da lentidão e da insuficiência da regulamentação congressual – cujo exemplo paradigmático é o da resistente ausência de regulamentação do direito à participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, ocorrida tão-somente mediante a edição da Medida Provisória nº 794, no ano de 1994, depois convertida na Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, inobstante sua previsão, em sede constitucional já se fazer presente desde a promulgação da Constituição de 1946 (artigo 257, inciso IV).³³

³¹ STRECK. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2002. p. 421.

³² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 728.

³³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. 2005. p. 728.

Entretanto, em razão do entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção, vem sendo ele fonte de frustrações³⁴.

Convém, em breve análise, traçar algumas linhas sobre a processo e a implantação do mandado de injunção no sistema constitucional brasileiro.

Como questão preliminar, cabe lembrar que o instituto foi objeto de caráter procrastinatório em razão da discussão que se travou em torno de a norma constitucional que o instituiu ser ou não auto-aplicável. Ao cabo de muitos debates doutrinários e jurisprudenciais, a tese da auto-executoriedade do mandado de injunção foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no MI 107-3-DF, orientando-se a Alta Corte pela aplicação das normas processuais do mandado de segurança. Posteriormente, a Lei 8038, de 28 de maio de 1990, que instituiu regras procedimentais para processos específicos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 24, consolidou a posição do STF no sentido de aplicar ao mandado de injunção as normas do mandado de segurança – no que couber – enquanto não editada legislação específica.

- a) *Pressupostos constitucionais* – Constituem pressupostos constitucionais para a impetração do mandado de injunção a “existência de direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania” cujo exercício seja inviável diante da ausência de norma infraconstitucional regulamentadora do direito questionado. A propósito desses pressupostos cabe lembrar, de um lado, que a doutrina e a jurisprudência acabaram por dar interpretação ampla à cláusula constitucional instituidora do remédio constitucional, para nela abranger, de modo geral, todos os direitos constitucionais ou “direitos e liberdades constitucionais de toda espécie” conforme menciona Siqueira Castro³⁵. De outro lado, a norma constitucional a ser o fundamento do mandado de injunção, porque consagradora de direito, há de estar destituída de auto-aplicabilidade, pois somente em tal situação é possível vislumbrar a inércia legislativa. Há vários mandados de injunção com decisões neste sentido³⁶.
- c) *Legitimação ativa* – é legitimado para propor o mandado de injunção todo aquele que se encontre na situação de titular de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional cujo exercício esteja inviabilizado por falta da norma regulamentadora da norma constitucional instituidora do direito. Também legitimadas são as entidades de classe para impetrar mandado de injunção coletivo, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal (MI 20-4/DF, Rel. Celso de Mello).

³⁴ Veja-se decisões proferidas no MI n. 107, em 23.11.89. no MI n. 168 e no MI 238-0, além de outros citados por STRECK. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. 2002. p. 422, que aponta o paradoxo “de um instrumento forjado pelo constituinte para dar eficácia às normas constitucionais ter sido tornado ineficaz pelo Poder Judiciário”, o que tem provocado reações da doutrina (p. 423).

³⁵ CASTRO. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. 2005. p. 728.

³⁶ Para exemplo, MI 182/DF; MI 78 (AG) RJ, 1991.

d) *Legitimação passiva* – Diferentemente do que ocorre no controle difuso e concreto, onde, em princípio, todo juiz é competente para apreciar questões de inconstitucionalidade, a Constituição Federal indica, de modo expresso, órgãos e foro competentes para julgar mandados de injunção no âmbito federal, vale dizer, quando afetado direito estabelecido pela Constituição Federal. Assim, estabelece a Constituição:

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente (Art. 102, I, q) “o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”;

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário (art. 102, II, a) “o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”;

Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente (art. 105, I, h) “o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”.³⁷

Cabe lembrar, todavia, que a Constituição Federal não esgota o rol de órgãos para julgamento do mandado de injunção. Basta lembrar, que por se tratar de controle difuso e concreto frente à Lei Magna, a omissão inconstitucional, seja pela incompletude legislativa, seja diante da ausência de ato regulamentar normativo pode ser impetrada contra órgãos estaduais e mesmo municipais competentes para veicularem e concretizarem o comando constitucional determinado pela Carta Magna. O critério para definir a competência do órgão julgador dependerá, então, da autoridade a quem cabe a prestação jurisdicional, segundo decidiu o STF no MI 176-6-PE, Rel. Marco Aurélio³⁸.

³⁷ Ver Inciso V-A e §5º inseridos no artigo 109 por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, que permitem levar aos juízes federais causas relativas a direitos humanos com a finalidade de assegurar cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte e ao Procurador-Geral da República suscitar incidente de deslocamento de qualquer processo ou inquérito para a Justiça Federal perante o Superior Tribunal de Justiça.

³⁸ Há os que entendam que todo e qualquer juiz pode decidir um mandado de injunção, mas vem prevalecendo a posição do STF, apontada. Cf. CASTRO. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. 2005. p. 736.

e) *Natureza da decisão* – diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a decisão no mandado de injunção, segundo a doutrina, deveria ter natureza satisfativa. Não é esta, todavia, a posição do Supremo Tribunal Federal que decidiu que o mandado de injunção (MI 107-DF) tem a mesma finalidade da ADI por omissão – dar ciência aos poderes competentes para elaborarem a norma ou fixar prazo para providência de natureza administrativa. Observe-se que no MI 283-DF (20 de março de 1991), o ministro Sepúlveda Pertence, certamente sensível às críticas doutrinárias à posição do STF, deu uma abertura ao tema, assinando prazo para a correção da lacuna legislativa que impedia o exercício de direito constitucional alegado pelo impetrante do mandado de injunção. Na hipótese, decidiu que caso subsistisse a lacuna, ficaria facultado, ao titular do direito, obter, em juízo, sentença de liquidação por danos e perdas. Também no MI 232-1-RJ, relatado pelo ministro Moreira Alves, diante da falta de regulamentação do §7º do art. 195, fixou o Supremo Tribunal Federal prazo de seis meses para suprimento da lacuna legislativa. Vencido o prazo sem elaboração da lei o titular do direito passaria a gozar da imunidade requerida. Por sua vez, no MI 124/SP, o ministro Marco Aurélio registra:

A Suprema Corte não é convocada, com a impetração do mandado de injunção, apenas para certificar que o Congresso Nacional continua omissivo. Não! Ela é convocada para lançar no mundo jurídico um provimento que viabilize o exercício do direito previsto constitucionalmente. Buscou-se, com a garantia constitucional do mandado de injunção, conferir instrumentalidade suficiente à eficácia dos direitos previstos na própria Carta.

Em sentido diverso os ministros Carlos Velloso e Ilmar Galvão:

O Supremo Tribunal não se substitui ao legislador ou administrador que se hajam absterido de exercer sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder (MI 107-3-DF).

f) *Tipo de provimento da sentença* – Em conseqüência, duas posições se formaram: a) o mandado de injunção tem função no caso concreto. O juiz criaria uma norma para o caso concreto. É a corrente majoritária na doutrina e conta com apoio de ministros do STF; b) a outra corrente entende que a concretização individual, no caso concreto, constituiria violação do princípio da separação de poderes³⁹.

³⁹ Ver MI 107, Questão de Ordem, já citado. No MI 238-0, o Ministro Celso de Mello diz: “O novo *writ* não se destina, pois, a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A

- g) *Omissão Parcial* – Admite-se, tanto em doutrina como na jurisprudência, que pode ocorrer a impetração do mandado de injunção quando a omissão do poder competente for apenas parcial⁴⁰.
- h) *Natureza da ação* – Segundo Moreira Alves trata-se de ação mandamental, que tem a finalidade de declaração da ocorrência da omissão com mora na regulação do direito, das liberdades ou das prerrogativas outorgados pela Constituição.
- i) *Alcance da norma quanto aos direitos consagrados*. A esse propósito existem posições extremadas e moderadas: o mandado de injunção protege todos os direitos constitucionais ou direitos fundamentais, nenhum pode ser excluído. No Supremo Tribunal Federal prevalece a posição no sentido de o mandado de injunção ter alcance amplo, abrangendo todos os direitos constitucionais⁴¹.
- j) *Efeitos* – A decisão em mandado de injunção produz efeitos para as partes
- k) *Execução da decisão* – O Judiciário emite comunicação ao poder, órgão ou autoridade competente para cumprir a ordem judicial ou suprir a lacuna.

III Controle da omissão inconstitucional nos Estados-Membros

1 Considerações gerais

O sistema de controle da omissão inconstitucional nos Estados-Membros é complexo e amplo. Tanto atua no plano interno, vale dizer, perante a omissão decorrente do descumprimento de norma consagrada na Constituição Estadual, como no âmbito externo, ou seja, frente à Constituição Federal, relativamente ao descumprimento de norma integrante da Lei Maior pelos órgãos estatais do Estado-Membro e dos Municípios.

Assim:

- a) Em primeiro lugar, os órgãos estaduais e municipais (Poder Constituinte Decorrente, Poder Legislativo, Executivo, Judiciário Estadual, poderes Executivo e Legislativo Municipal) se submetem ao controle perante a Constituição Federal, cuja observância lhe é imposta. Trata-se do exercício da jurisdição constitucional ante a Constituição Federal, que é, pois, o parâmetro do controle. Configura-se tal controle como controle externo.
- b) De outro lado, sendo a Constituição Estadual a Lei Suprema no Estado-membro, no âmbito dos poderes e competências que lhe são atribuídas pela Constituição Federal, é ela dotada de um sistema de defesa de suas normas, de uma jurisdição

própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão do Poder” *apud* STRECK. *Op. cit.*, p. 422.

⁴⁰ Quando há quebra da isonomia, por exemplo. Ver, para exemplo, MI 79 e 83. Neste último admitiu-se a extensão do benefício a funcionário não integrante da norma impugnada.

⁴¹ MI 197-DF, Questão de Ordem. Liminar

constitucional estadual, cujo modelo, segue, em sua maior parte, o modelo federal ou por imposição ou por livre opção do constituinte estadual. No plano interno, esse controle consiste num “conjunto integrado de ações, procedimentos, de órgãos judiciais e políticos destinados a garantir a supremacia e a eficácia da Constituição Estadual”⁴² em seu âmbito pessoal, temporal e territorial de validade, diante das leis ou atos normativos estaduais positivos ou omissivos que contrastem com o texto estadual, alcançando no Brasil também as leis e atos positivos ou omissivos municipais por expressa disposição CF⁴³. Isto significa dizer que a Constituição Estadual é o parâmetro para aferição da inconstitucionalidade por omissão no controle interno.

2 O controle jurisdicional da omissão inconstitucional, no âmbito dos Estados-Membros, perante a Constituição Federal

2.1 A omissão inconstitucional perpetrada pela Constituição Estadual

A Constituição Estadual pode ferir a Constituição Federal por ação e por omissão.

Incide sobre a Constituição Estadual omissa tanto o modelo federal difuso, como o modelo concentrado, abstrato e direto.

O Estado-Membro de um Estado Federal é dotado de autonomia, cujo principal conteúdo é a capacidade de auto-organização por intermédio de uma Constituição por ele mesmo elaborada. A Constituição de 5 de outubro de 1988 consagra tal autonomia, de modo expreso, no artigo 25: “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

Por se tratar de entidade autônoma, a Constituição central do Estado Federal traça limites a tal autonomia. Assim, ressalta Raul Machado Horta⁴⁴:

A Constituição total, no sentido em que preconizamos o emprego do termo, deve ser entendida como o setor da Constituição Federal formado pelo conjunto das normas centrais, selecionadas pelo constituinte, para ulterior projeção no Estado-membro, sem organizá-lo integralmente.

A Constituição total é parte da Constituição Federal e não dispõe de existência autônoma fora desse documento.

⁴² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Jurisdição constitucional estadual **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – Revista dos Tribunais, ano 12, n. 49, p. 66, out./dez.2004.

⁴³ Ver, para exemplo, art. 125, §2º, Cf.

⁴⁴ *Apud* LEONCY. **Normas de observância obrigatória no controle abstrato de leis e atos normativos em face da Constituição do Estado-Membro**. 2002. Dissertação. Faculdade de Direito da UnB, Brasília, 2002, p. 18.

.....

As normas centrais da Constituição total pré-ordenam o Estado-membro, sem destruir a inerente capacidade de auto-organização do poder constituinte estadual.

As normas da chamada Constituição total vinculam, pois, os Estados-Membros à sua observância.

Assim considerando, a Constituição Estadual tem um conteúdo que, em parte, é “obrigatório”, uma vez que decorre de princípios, normas e preceitos, expressos ou implícitos, positivos ou negativos, de observância obrigatória pelos Estados⁴⁵, conteúdo que o constituinte estadual deve recepcionar *ipsis litteris* ou “adaptar” dentro dos limites permitidos, sob pena de intervenção ou de inconstitucionalidade. A esse respeito Raul Machado Horta observa, com propriedade, que “o ordenamento autônomo do Estado-Membro é misto: parcialmente derivado e parcialmente originário”⁴⁶. De outro lado, íntegra, ainda, a Constituição Estadual conteúdo material que pode ser taxado de “próprio” ou “autônomo”, pois resulta do uso discricionário que o constituinte estadual faz dos poderes e competências que a Constituição Federal lhe outorga ou não lhe veda⁴⁷.

Ante o exposto, se a Constituição do Estado deixar de incorporar ao seu texto as normas de observância obrigatória que lhe cabe incorporar ou adaptar incorrerá em inconstitucionalidade por omissão, que tanto poderá ser objeto de controle concentrado, direto e abstrato como de controle difuso, caso a omissão fira direitos fundamentais.

Destarte, a Constituição Estadual que venha a ferir, por omissão, preceitos, princípios ou normas que consagrem direitos estabelecidos na Constituição Federal e que devam obrigatoriamente ser incorporados no texto estadual, pode ser objeto do controle difuso, legitimado qualquer detentor de direito violado pela omissão questionada e perante a jurisdição competente, no caso concreto, por intermédio do mandado de injunção. Por se tratar de matéria constitucional federal a ação pode chegar ao Supremo Tribunal Federal pela via do Recurso Extraordinário.

Por outro lado, a omissão de qualquer norma, inclusive as definidoras de direitos, se de observância obrigatória pelo constituinte estadual, ou a adoção de norma constitucional imperfeita ou incompleta (omissão parcial) podem ser objeto do controle

⁴⁵ Conferir em LEONCY, Léo Ferreira. **Normas de observância obrigatória no controle abstrato de leis e atos normativos em face da Constituição do Estado-Membro**. 2002. Dissertação. Faculdade de Direito da UnB, Brasília, 2002; também FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Poder constituinte do Estado Membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979 e União, Estado, município na nova Constituição: enfoque jurídico-formal. **A Nova Constituição Paulista – Perspectivas**. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, Fundação do Desenvolvimento Administrativo – FUNDAP, 1988, p. 56-80.

⁴⁶ *Apud* LEONCY. **Normas de observância obrigatória...** Dissertação, 2002, p. 18.

⁴⁷ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. União, estado e município.... **A Nova Constituição Paulista – Perspectivas**, 1988, p. 57.

concentrado, direto, abstrato, pela via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com fundamento nos artigos 102, I, “a” e 103, §2º. São legitimados para propô-la os entes e autoridades relacionados no artigo 103, guardado o requisito de pertinência temática fixado pelo Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, a omissão inconstitucional perpetrada por determinada Constituição Estadual pode ser proposta pelos entes com legitimação universal (incisos I a IV, VI, VII, VIII) e pelos entes estaduais pertencentes ao Estado cuja impugnação se pretenda fazer. A propositura desta ação diante de Constituição, lei ou ato normativo de Estado diferente daquele que pretenda impugnar a norma deverá observar o requisito da “pertinência temática”.

A questão da pertinência temática instaurada pelo Supremo Tribunal Federal com relação a certos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade e que se aplica à ação direta de inconstitucionalidade por omissão restringe o campo de atuação dos mesmos. Dentre os legitimados que devem comprovar pertinência temática encontram-se as Mesas das Assembléias Legislativas e os Governadores do Estado.

É a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal:

A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembléias Legislativas e Governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. Precedentes do STF: ADI 305 (RTJ 153/428), ADI 1.151 (DJ de 19.05.95); ADI 1.096 (LEX-JSTF, 211/54); ADI 1.519, julgada em 06/11/96; ADI 1.464, DJ 13/12/96. Inocorrência, no caso, de pertinência das normas impugnadas com os objetivos da entidade de classe autora da ação direta.^{48 49}

Questão polêmica, que poderia ensejar a identificação de omissão inconstitucional da Constituição Estadual é a relativa à enumeração, pelos constituintes estaduais, dos princípios constitucionais estaduais que podem provocar a representação interventiva para fim de intervenção estadual nos municípios.

A Constituição Federal, em seu artigo 35, inciso IV estabelece:

⁴⁸ ADI 1.507-MC-AgR, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 06/06/97 (“site” STF. A Constituição e o Supremo, art. 103).

⁴⁹ A exigência de pertinência temática, no caso de legitimação de Governador para propor ação direta de inconstitucionalidade contra lei de outro Estado pode ser superada diante do caso apresentado. Veja-se a seguinte decisão do STF: “Lei editada pelo Governo do Estado de São Paulo. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Goiás. Amianto crisotila. Restrições à sua comercialização imposta pela legislação paulista com evidentes reflexos na economia de Goiás, Estado onde está localizada a maior reserva natural do minério. Legitimidade ativa do Governador de Goiás para iniciar o processo de controle concentrado e pertinência temática”. ADI 2.656, Relator Ministro Maurício Corrêa. DJ 01/08/03.

Art. 35 – O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

.....

IV – O Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios *indicados* na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial. (n.g.)

De início cabe lembrar que a Constituição Federal enuncia, de modo expresso, em seu artigo 34, VIII, os princípios a serem observados pelos Estados sob pena de intervenção federal, precedida de representação interventiva a ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República.

Não enumera o texto federal, como se lê acima (na forma prevista pelo artigo 34, VIII, no tocante à intervenção nos Estados), os princípios constitucionais estaduais a serem observados pelos municípios sob pena de intervenção, deixando a matéria, como é próprio, à Constituição Estadual.

Ora, a norma referida no inciso IV, acima transcrito, parece levar à conclusão de que se trata, na espécie, de norma de observância obrigatória pelos Estados, que deverão, em suas constituições, *indicar* os princípios de observância obrigatória pelos Municípios sob pena de intervenção estadual precedida da representação interventiva⁵⁰.

Poucas Constituições estaduais, no entanto, indicam ou arrolam tais princípios: dentre essas, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (art. 15) e a Constituição do Estado de Pernambuco (art. 91. A maioria das constituições estaduais limitou-se a repetir fórmula genérica, registrando que cabe a intervenção no Município “para assegurar a observância dos princípios estabelecidos nesta Constituição”).

Ora, a não enumeração dos princípios, na fórmula determinada pelo Texto Federal, além de constituir omissão dificulta e, de certa forma, inibe o exercício da representação interventiva. De se cogitar, portanto, no caso da omissão das constituições estaduais, da possibilidade e oportunidade de impetração de ação direta de inconstitucionalidade por omissão a ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal, já que se trata de desrespeito a norma constitucional federal expressa.⁵¹

⁵⁰ Sobre o tema consultar FONTES, Telma de Freitas. **A intervenção estadual no município no direito brasileiro**. 2001. Dissertação mimeo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001. p. 194 e segts.

⁵¹ É certo que, como afirma Telma de Freitas Fontes (**A intervenção estadual no município no direito brasileiro**. Dissertação, 2001, p. 203), a representação interventiva, mesmo no âmbito municipal, tem pouca utilidade após o advento da Constituição de 1988, ante a possibilidade de os Estados-Membros instituírem, na forma do disposto no artigo 125, da CF, a ação direta de inconstitucionalidade, de espectro muito mais amplo e abrangente. Não obstante, anota referida Autora sua importância,

Parece relevante observar ainda, que, via de regra, as normas constitucionais federais definidoras de direitos fundamentais são, por óbvio, de observância obrigatória pelo constituinte estadual, mas, como parte da Constituição Federal, não precisam, obrigatoriamente, ser repetidas na Constituição Estadual, salvo expressa determinação constitucional. Nada impede, todavia, que, no âmbito que concerne à sua aplicação pelos Estados, sejam elas reproduzidas pela Lei Maior do Estado-Membro, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal⁵². Várias constituições estaduais contemplam um título sobre direitos fundamentais. Veja-se, a exemplo, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais (artigos 8º e seguintes) e a Constituição da Bahia (art. 4 e seguintes). Claro está que tais constituições podem até inovar na matéria (vale dizer, introduzir novos direitos), mas não podem contrariar o que está estabelecido na Constituição Federal.

É certo que em se tratando de normas constitucionais federais de observância obrigatória estadual, mas não necessariamente incorporáveis ao texto da Constituição estadual, o constituinte estadual se limita a transpor

... as normas da Constituição Federal sobre uma dada matéria, de modo a também torná-las normas constitucionais estaduais, formal e materialmente idênticas àquelas, dando origem, assim, às chamadas normas constitucionais estaduais de reprodução, ou simplesmente, normas de reprodução.

O fundamento de validade dessa transposição está em que, ainda que não se transpusessem essas normas para a Constituição estadual, teriam elas vigência em todo o território do Estado-membro e vinculariam os Poderes Públicos locais, independentemente de sua absorção pelo ordenamento constitucional local, na medida em que se enquadram entre aquela categoria de normas diretamente aplicáveis aos entes federativos integrantes da Federação como um todo.

Trata-se, no dizer de Ruy Barbosa,

... das instituições, ou disposições que, estabelecidas constitucionalmente no organismo da União, são igualmente indeclináveis na organização constitucional dos Estados (...). O Estado, que na sua Constituição e nas suas leis não reproduzir e organizar lealmente essas instituições constitucionais da União, terá desrespeitado os seus “princípios constitucionais” de que cogita a Constituição Federal no art. 63⁵³.

ainda presente, porque, ao contrário da ação direta de inconstitucionalidade, somente admissível contra lei e atos normativos, a representação interventiva pode ter como objeto omissões e atos sem conteúdo normativo.

⁵² Conferir Recl. 383, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 21/05/93, dentre outros.

⁵³ LEONCY. **Normas de observância obrigatória**. 2002. Dissertação. p. 27. Ver Recl. 383. Rel. Min. Moreira Alves, citada.

No caso, em não se tratando de norma necessariamente incorporável ao texto estadual, não se configurará omissão inconstitucional do constituinte estadual ante a ausência de qualquer norma constante no texto federal (salvo se expressa a obrigatoriedade de incorporação) pelo que não caberá questionar, por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, perante o Supremo Tribunal Federal, a omissão da Constituição Estadual que da matéria não tratar.

2.2 O controle da omissão inconstitucional nas leis e atos normativos estaduais perante a Constituição Federal

A inércia dos Poderes estaduais quanto ao cumprimento de comandos imperativos da Constituição Federal, particularmente no que respeita à edição de leis ou atos normativos, pode ser objeto de controle de constitucionalidade por omissão perante a Constituição Federal tanto pelo modelo difuso, por intermédio do mandado de injunção, como pelo controle concentrado, este, com fundamento no artigo 102, I, “a” a ser provocado perante o Supremo Tribunal Federal, pelos legitimados arrolados no artigo 103.

A arguição do incidente de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, no controle difuso, poderá ser proposta perante juiz ou Tribunal competente com relação à autoridade omissa, ou, em outras palavras, que tenha competência para sanar a omissão e editar o ato questionado. A decisão produzirá os efeitos do mandado de injunção acima expostos, com abrangência apenas para as partes e possibilidade de remessa do feito ao Supremo Tribunal Federal pela via do Recurso Extraordinário.

No controle concentrado, direto e abstrato, a omissão de lei ou ato normativo estadual (ou *na* lei ou ato normativo estadual – omissão parcial) em confronto à Constituição Federal poderá ser questionada mediante ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ser proposta, perante o Supremo Tribunal Federal com fundamento no artigo 102, I, “a” da CF, por qualquer dos titulados indicados no artigo 103, também aqui guardado o critério da pertinência temática⁵⁴.

Para exemplo, praticamente em todos os estados da Federação⁵⁵, pelas autoridades competentes (art. 103) foram propostas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão perante o Supremo Tribunal Federal contra omissão do Governador do Estado em

⁵⁴ Cf. item 2.1 retro.

⁵⁵ ADI 2061/Df – Distrito Federal, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 29-06-2001, órgão julgador Tribunal Pleno; ADI 2.504/MG – Minas Gerais, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 19/04/2002, Tribunal Pleno; ADI 2.519 / RR – Roraima, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 19 – 04 – 2002, Julgamento 18 – 03 – 2001. Requerente, em todas ações citadas, o Partido Social Liberal – PSL e requerido o Governador do respectivo Estado.

provocar projeto de lei de sua iniciativa privativa para cumprir preceito da Constituição Federal, tendo o STF decidido conforme ementa a seguir transcrita:

Ementa – Art. 37, X, da Constituição Federal (Redação da EC nº 19, de 4 de junho de 1998). Estado de Roraima. Norma constitucional que impõe ao Governador do Estado o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores estaduais, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, §1º, II, a, da Carta da República. Mora que, no caso, se tem verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho de 1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC nº 19/98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 102, §2º, *in fine*, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação.

2.3 O controle da omissão dos poderes municipais frente à Constituição Federal

Os poderes municipais podem contrariar a Constituição Federal por inércia, não cumprindo ou cumprindo apenas parcialmente mandamentos impositivos à esfera municipal pela Carta Magna.

Assim, é possível o controle da omissão inconstitucional existente na Lei Orgânica dos Municípios ou diante da ausência de lei municipal e de ato municipal, normativo, ou não, evitados do vício da inconstitucionalidade por omissão total ou parcial perante a Constituição Federal. O parâmetro desse controle será sempre a Lei Magna Federal.

Todavia, cabe ressaltar, de início, que no tocante aos atos municipais somente incide o controle difuso de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, em várias decisões, proferidas em ação direta de inconstitucionalidade genérica, não admitiu o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal por ofensa à Constituição Federal. Tal posicionamento se estende ao controle concentrado por omissão. Assim, decidiu o STF:

Em se tratando de lei municipal, o controle de constitucionalidade se faz, pelo sistema difuso – e não concentrado – ou seja, apenas no julgamento de casos concretos, com eficácia *inter partes* e não *erga omnes*, quando confrontado o ato normativo local com a Constituição Federal. O controle concentrado, nesse caso, somente será possível em face da Constituição dos Estados,

se ocorrente a hipótese prevista no §2º do art. 125 da Constituição Federal⁵⁶.

Não se admite ação que se intitula ação civil pública, mas, como decorre do pedido, é em realidade, verdadeira ação direta de inconstitucionalidade de atos normativos municipais em face da Constituição Federal, ação essa não admitida pela Carta Magna⁵⁷.

O controle dos atos municipais, pelo sistema difuso, segue as normas fixadas para essa modalidade de controle incidente sobre os demais atos do ordenamento jurídico brasileiro na forma indicada acima.

Desta forma, é possível o titular de um direito constitucional, assegurado pela Carta Magna, impedido de exercê-lo por falta de norma regulamentadora do direito, no âmbito municipal, impetrar no foro competente o respectivo mandado de injunção. Algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal exemplificam a questão: o pressuposto do mandado de injunção é a ausência de lei ou ato normativo regulamentador que obstaculize o exercício de um direito constitucionalmente previsto.

No Recurso Extraordinário 173252/SP – São Paulo⁵⁸, em processo que se discutia a omissão de lei por ofensa ao princípio da isonomia, o Supremo Tribunal Federal proferiu a seguinte decisão:

Ementa: Servidor Público. Isonomia. Art. 39, §1º, da Constituição Federal. Súmula 229 do STF – Esta Corte, como demonstram os precedentes invocados no parecer da Procuradoria-Geral da República, tem entendido que continua em vigor, em face da atual Constituição, a súmula 339 (“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia”), porquanto o §1º do artigo 39 da Carta Magna é preceito dirigido ao legislador, a quem compete concretizar o princípio da isonomia, considerando especificamente os casos de atribuições iguais ou assemelhadas, não cabendo ao Poder Judiciário substituir-se ao legislador. Contra lei que viola o princípio da isonomia é cabível, no âmbito do controle concentrado, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão que, se procedente, dará margem a que dessa declaração seja dada ciência ao Poder Legislativo para que aplique, por lei, o referido princípio constitucional; já na esfera do controle difuso, vício dessa natureza só pode conduzir à declaração de inconstitucionalidade da norma que infringiu esse princípio, o que, eliminando o benefício dado a um cargo quando deveria abranger também outros com atribuições iguais ou assemelhadas, impede

⁵⁶ ADI 209, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11/09/98.

⁵⁷ AI 189.601 – AgR. Rel. Moreira Alves, DJ 03/10/97.

⁵⁸ Relator Ministro Moreira Alves, Julgamento 05/11/1998, Tribunal Pleno. DJ 18-05-2001, Recorrente Município de São Bernardo do Campo, Recdo. Hélcio da Silva Moutinho.

a sua extensão a estes. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

Há, na Constituição Federal, vários dispositivos que demandam a atuação do Poder Público Municipal para viabilizar o exercício de direitos fundamentais. Assim, exemplificando:

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, §2º.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente 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-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão.

§1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental.

§2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

.....

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

.....

§2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos.

Acopladas as normas acima transcritas às competências comuns dos entes políticos federativos estabelecidas no artigo 23 da CF, destinam-se elas, sem dúvida, em sua

maior parte, à atuação dos Municípios. É certo que algumas das normas referidas podem ser consideradas programáticas, o que dificulta a possibilidade do controle da eventual omissão municipal no tocante a tais matérias. Não obstante algumas delas exigem atuação positiva do Município (§2º do art. 227, §2º art. 230, art. 244) pelo que é de se admitir, na ausência da lei instituidora do direito consagrado no texto federal, a impetração do mandado de injunção contra a autoridade municipal competente com base na omissão inconstitucional diante da Constituição Federal⁵⁹.

Nesses casos, onde a norma constitucional federal é impositiva poder-se-á admitir a impetração de mandado de injunção pelo titular do direito que não pode exercitá-lo porquanto falta o ato municipal que viabilize seu exercício.

3 O controle da omissão inconstitucional frente à Constituição Estadual

3.1 Considerações gerais

A despeito de gozar de autonomia constitucional⁶⁰ – o que poderia indicar maior liberdade na composição, pelos Estados, do sistema de controle de constitucionalidade da obra do Poder Constituinte Estadual - o sistema de defesa da Constituição Estadual, via de regra, não inova com relação ao modelo federal⁶¹. Assim é que, nos Estados, há o controle difuso e o sistema concentrado a proteger as normas constitucionais estaduais contra a omissão dos poderes constituídos.

O parâmetro do controle da omissão inconstitucional nos estados e municípios frente ao texto da Lei Constitucional Estadual é somente a própria Constituição Estadual, entendimento reiterado pelo Supremo Tribunal Federal várias vezes⁶².

⁵⁹ Via de regra, a Lei Orgânica Municipal reproduz as competências comuns do Município e as competências destas decorrentes, como as indicadas nos artigos transcritos. A propósito, ver LO do Município de Osasco, art. 170.

⁶⁰ Entendendo que não basta existir modelo federal, mas que é preciso que a Constituição Federal outorgue aos Estados competência para criar modelo de controle MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle de constitucionalidade do direito estadual e municipal na Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=...>>. p. 2-3.

⁶¹ Anotação ESPINDOLA, Ruy Samuel. Jurisdição constitucional estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 12, n. 49, p. 72-73, out./dez. 2004, que “A doutrina nacional entende possível, no plano do Estado membro, a adoção de todos os instrumentos processuais adotados pela Constituição da República para proteção do texto fundamental federal (ação declaratória, arguição de descumprimento de preceito fundamental)” e entende, ainda, que é possível a adoção, inclusive, de instrumentos não adotados no plano federal. Dentre os exemplos cita o autor a possibilidade de o Estado criar ação direta de inconstitucionalidade com legitimação universal, *quisque de populo*.

⁶² ADIMC 409, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 134:106.

3.2 O sistema difuso de controle

O controle difuso de proteção da Constituição Estadual, tal como o existente no plano federal, será exercido mediante o mandado de injunção previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal que, desta forma se transporta para o âmbito estadual. No que respeita a tal transposição não podem surgir quaisquer dúvidas. É que a Constituição Federal elege o mandado de injunção como instrumento de proteção de direitos fundamentais constitucionais. Como os Estados são dotados de Constituições por expressa previsão constitucional, devem eles, também, estabelecer em sua Lei Maior, a proteção dos direitos constitucionais que eventualmente consagrem. Nesse caso, o mandado de injunção abrangerá todos os direitos constitucionais previstos na Constituição do Estado, pois como afirma Lênio Streck⁶³, comentando o mandado de injunção no âmbito federal: “nenhum direito constitucional pode ser excluído da tutela do mandado de injunção, desde que previsto no bojo da Carta, cujo exercício seja obstaculizado pela falta de norma regulamentadora”. Assim, o parâmetro do controle da omissão inconstitucional no sistema difuso será a Constituição Estadual⁶⁴.

Caberá o mandado de injunção diante da omissão de lei estadual ou municipal, ou *na* lei estadual ou municipal, ou de ato normativo estadual ou municipal que implique em impossibilidade do exercício de direito constitucional previsto na Constituição do Estado pela falta da norma que venha a regulamentar este direito. Trata-se, pois, de omissão diante de um caso concreto, veiculado pelo titular do direito não passível de exercício pela falta da norma regulamentadora ou pela regulamentação imperfeita da norma constitucional.

A definição de direitos constitucionais pelas Constituições estaduais não segue regra uniforme: algumas se remetem aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de modo genérico e acrescentam, ao rol, novos direitos; outras transcrevem os direitos constitucionais federais e inserem novos direitos no texto constitucional estadual; outras não fazem qualquer menção expressa a direitos fundamentais, sejam os direitos fundamentais federais, seja direitos constituídos na Lei Fundamental Estadual etc. De outro lado, tal como na Constituição Federal os direitos constitucionais estaduais nem sempre estão indicados em um único Capítulo, havendo direitos constitucionais estaduais albergados em tópicos variados ao longo do Texto Constitucional Estadual.

Exemplificando:

⁶³ STRECK, Lênio. **O mandado de injunção no direito brasileiro: análise crítica e perspectivas políticas**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991. p. 32

⁶⁴ Ver MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle de constitucionalidade do direito estadual e municipal na Constituição Federal**, cit. p. 3.

A Constituição do Piauí contempla um Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (arts. 5º a 9º), dentre os quais estabelece:

Art. 5º - O Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição federal confere aos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

§1º - Incorre na penalidade de destituição de mandato administrativo, de cargo ou função de direção, em órgão da administração direta ou indireta, o agente público que, dentro de noventa dias do requerimento do interessado, deixar, *injustificadamente, de sanar omissão inviabilizadora do exercício de direito constitucional*. (n.g)

§2º - São assegurados a todos, independentemente do pagamento de taxas:

I – o direito de petição e representação aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

II – a obtenção de certidões de repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

§3º - Ninguém será prejudicado ou de qualquer forma discriminado pelo fato de litigar com órgão estadual, no âmbito administrativo ou judicial.

.....

Art. 6º - Todos têm direito a tomar conhecimento gratuitamente de informações que constarem a seu respeito nos registros, bancos ou cadastros de *entidades estaduais, municipais e particulares* com atuação junto à coletividade e ao público consumidor, bem como do fim a que se destinam essas informações pessoais, podendo exigir, a qualquer tempo, judicial ou administrativamente, além do exame destes dados, a retificação e a atualização dos mesmos. (n.g)

Parágrafo único – Não podem ser objeto de registro individualizado os dados referentes a convicções filosóficas, políticas ou religiosas, a filiação partidária ou sindical, a punições administrativas ou a condenações judiciais, de natureza penal ou civil, que não houverem transitado em julgado.

Art. 7º - O consumidor tem direito à proteção do Estado.

Parágrafo único – A proteção ao consumidor se fará, dentre outras medidas criadas em lei, através de:

I – gratuidade de assistência jurídica independentemente da situação social e econômica do reclamante;

II – criação de organismos para a defesa do consumidor no âmbito dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário;

.....

Art. 8º - É gratuita, para os reconhecidamente pobres, na forma da lei, além dos atos previstos no Art. 5º, LXXVI, da Constituição federal, a expedição de cédula de identidade.

.....

A Constituição do Estado do Paraná dispõe, no Título I (Da organização dos Estados e dos Municípios), no Capítulo I (Da Organização do Estado) e na Seção I (Disposições Preliminares):

Art. 1º - O Estado do Paraná, integrado de forma indissolúvel à República Federativa do Brasil, proclama e assegura o Estado democrático, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e tem por princípios e objetivos:

I – o respeito à unidade da Federação, a esta Constituição, à Constituição Federal e à inviolabilidade dos direitos e garantias por ela estabelecidos;

II – a defesa dos direitos humanos;

III – a defesa da igualdade e o conseqüente combate a qualquer forma de discriminação;

IV – a garantia da aplicação da justiça;

V – a busca permanente do desenvolvimento e da justiça social;

VI – a prestação eficiente dos serviços públicos, garantida a modicidade das tarifas;

.....

Art. 4º - A organização político-administrativa do Estado compreende os Municípios, regidos por leis orgânicas próprias, observados os princípios da Constituição Federal e desta.

.....

A Constituição da Bahia contempla, em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, o artigo 4º, no qual, dentro outros, elenca os seguintes direitos:

Art. 4º - Além dos direitos e garantias, previstos na Constituição Federal ou decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, é assegurado, pelas leis e pelos atos dos agentes públicos, o seguinte:

I – ninguém será prejudicado no exercício de direito, nem privado do serviço essencial à saúde e à educação;

II – as autoridades são obrigadas a adotar providências imediatas a pedido de quem sofra ameaça à vida, à liberdade e ao patrimônio, sob pena de responsabilidade;

III – as autoridades policiais garantirão a livre reunião e as manifestações pacíficas, individuais ou coletivas, sem armas, somente intervindo para manter a ordem ou coibir atentado a direito;

.....

VI – comprovada a absoluta incapacidade de pagamento, ninguém poderá ser privado dos serviços públicos de água, esgoto e energia elétrica;

VII – são gratuitos para os comprovadamente pobres, na forma da lei:

a) os registros civis de nascimento, casamento e óbito e as respectivas certidões;

b) a expedição de cédula de identidade;

.....

XII – às presidiárias e detentas serão proporcionadas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

.....

XVII – é livre o acesso de ministro de confissão religiosa para prestação de assistência espiritual nas entidades civis e militares de internação coletiva.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro consagra, em um Título II, Direitos e Garantias Fundamentais, arrolando num Capítulo I “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (art. 8º a 38), dentre os quais, a título de exemplo, transcrevemos os seguintes:

Art. 8º - Todos têm o direito de viver com dignidade.

Parágrafo único – É dever do Estado garantir a todos uma qualidade de vida compatível com a dignidade da pessoa humana, assegurando a educação, os serviços de saúde, a alimentação, a habitação, o transporte, o saneamento básico, o suprimento energético, a drenagem, o trabalho remunerado, o lazer e as atividades econômicas, devendo as dotações orçamentárias contemplar preferencialmente tais atividades, segundo planos e programas de governo.

Art. 9º - O Estado do Rio de Janeiro garantirá, através de lei e dos demais atos dos seus órgãos e agentes, a imediata e plena efetividade dos direitos e garantias individuais e coletivos, mencionados na Constituição da República, bem como de quaisquer outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota e daqueles constantes dos tratados internacionais firmados pela República Federativa no Brasil.

§1º - Ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental, por ter cumprido pena nem por qualquer particularidade ou condição.

§2º - O *Estado e os Municípios* estabelecerão sanções de natureza administrativa, econômica e financeira a quem incorrer em qualquer tipo de discriminação, independentemente das sanções criminais previstas em lei. (n.g.)

.....

Art. 10 – As *omissões do Poder Público na esfera administrativa*, que tornem inviável o exercício de direitos constitucionais, serão supridas, no prazo fixado em lei, sob pena de responsabilidade da autoridade competente, após requerimento do interessado, *sem prejuízo da utilização do mandado de injunção, da ação de inconstitucionalidade e demais medidas judiciais.* (n.g.)

Art. 11 – Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade na qual o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

.....

Art. 13 – São gratuitos para os que percebem até 1 (um) salário mínimo, os desempregados e para os reconhecidamente pobres, *na forma da lei.* (n.g.)

I – o registro civil de nascimento e respectiva certidão;

II – o registro e a certidão de óbito;

III – a expedição de cédula de identidade individual;

IV – a celebração do casamento civil e a respectiva certidão;

.....

Art. 22 – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação de qualquer daqueles direitos.

.....

A Constituição do Estado de São Paulo não contempla Título ou Capítulo específico relativo a direitos fundamentais ou constitucionais, salvo algumas disposições, dentre as quais:

Artigo 2º - A lei estabelecerá procedimentos judiciais abreviados e de custos reduzidos para as ações cujo objeto principal seja a salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais.

Artigo 3º - O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que declararem insuficiência de recursos.

Artigo 4º - Nos procedimentos administrativos, qualquer que seja o objeto, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do despacho ou decisão motivados.

Como se vê, pelos exemplos pinçados acima, não há uniformidade no tratamento da matéria nas Constituições estaduais.

Alguns pontos, a partir desses enunciados, merecem exame: quais os direitos constitucionais estaduais passíveis do mandado de injunção no âmbito estadual e municipal; se as Constituição estaduais repetem direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, qual o parâmetro do controle da inconstitucionalidade por omissão, no âmbito estadual e municipal, desses direitos – a Constituição Estadual ou a Constituição Federal; e, por fim, o rol de direitos constitucionais fixados pelo constituinte estadual obriga os Municípios, ou seja, impõe-se sua observância pelos poderes municipais para o fim de fundamentarem a impetração de mandado de injunção quando não regulamentada a norma constitucional estadual?

Como visto, o parâmetro para a o controle de constitucionalidade por intermédio do mandado de injunção é a Constituição. Assim, apenas os direitos constitucionais es-

194 tabelecidos na Constituição Estadual poderão ser objeto de mandado de injunção no âmbito estadual e municipal, quando ocorrer o pressuposto do remédio constitucional, qual seja a falta de norma reguladora do direito. Na hipótese, há que se verificar, ao longo do texto estadual, quais direitos constitucionais são assegurados e, que, ante a falta de norma regulamentar a ser expedida pelos poderes estadual ou municipal, podem ensejar a propositura do mandado de injunção.

Neste sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, examinando mandado de injunção⁶⁵ fundamentado na Constituição Federal, decidiu:

MANDADO DE INJUNÇÃO – Alegação de falta de regulamentação da Lei Estadual n. 7.854/04. Inexistência de ato de omissão por parte do Tribunal – Campo de utilização restrito à ausência de regulamentação a preceitos constitucionais – Inexistindo previsão legal a respeito das especificações dos níveis da carreira, não há o que regulamentar – Preliminar de impossibilidade jurídica acolhida.

1 – O mandado de injunção objetiva regulamentar os direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas decorrentes, previsto no texto da constituição, sempre que se verifique a ausência de norma regulamentadora obstaculizando a eficácia plena daqueles direitos e liberdades.

2 – O objeto do mandado de injunção é restrito a assegurar o exercício de qualquer direito constitucional não regulamentado, tendo seu campo limitado aos preceitos constitucionais e não legais como se pretende nos autos. (n.g.)

3 – Inexiste nos autos nenhum direito elencado na Carta Magna Federal, que não esteja regulamentado, fugindo a pretensão ao objeto do instituto, inexistindo possibilidade jurídica do pedido.

.....

Também o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decide no mesmo sentido:

Mandado de Injunção. Legitimação. Poder Executivo Municipal em face do Legislativo. O Município não tem legitimidade para impetrar Mandado de Injunção contra a Câmara Municipal, pleiteando a aprovação de projeto de lei que visa à criação de empregos públicos na área da saúde que, no aspecto, se encontra em situação caótica, ou autorização judicial para contratar pessoal. Em que pese ser lamentável a omissão de Vereadores que não

⁶⁵ Processo 100.05.001404-0, Mandado de Injunção – Tribunal Pleno, 29/08/2005 – DJ 21/09/2005, In: Portal do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo.

se sensibilizam com precária prestação de serviços de saúde, à população, não se pode corrigir tal abuso pela via eleita pelo impetrante que não ostenta legitimidade para se valer *de um remédio constitucional, somente acessível aos que sejam titulares de interesses diretamente prejudicados por ausência de norma que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à cidadania, soberania e nacionalidade*⁶⁶. (n.g.)

Na mesma esteira, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Mandado de Injunção 594102634, Rel. Desemb. Cacildo de Andrade Xavier:

Ementa: Mandado de Injunção; A primeira condição de admissibilidade deste remédio previsto na Constituição Federal é a inexistência de regramento necessário à efetividade do direito constitucionalmente garantido.....

Em se tratando de direitos constitucionais estabelecidos na Constituição Estadual, e inovadores com relação à Constituição Federal, o parâmetro do controle é a Constituição Estadual e a decisão proferida pelo órgão de cúpula do Judiciário Estadual – o Tribunal de Justiça – é terminativa. Ressalve-se, todavia, que se o direito, mesmo inovador, tiver por fulcro norma da Constituição Federal ou competências fixadas pela Constituição Federal, a decisão poderá ser levada ao crivo do Supremo Tribunal Federal mediante o Recurso Extraordinário.

Por outro lado, se a norma constituidora de direitos estabelecida pela Constituição Estadual for norma de mera reprodução da Constituição Federal, é de entender que se aplica a regra já consagrada pelo Supremo Tribunal Federal: o mandado de injunção pode ser impetrado perante a Constituição Estadual, mas a decisão final, no âmbito estadual, ficará sujeita ao recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal; ou, é possível a impetração do mandado de injunção também com fulcro na Constituição Federal e a impetração, nesse caso, impede o uso simultâneo do remédio constitucional perante a jurisdição estadual.

Os direitos constitucionais, previstos na Constituição Estadual, por caracterizarem desdobramentos de princípio do Estado Democrático de Direito e, por igual, desdobramentos de princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, dentre os quais o respeito à dignidade humana e a efetividade dos direitos fundamentais, se aplicam ao âmbito municipal, por força do que dispõem os artigos 25 e 29 da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

.....

⁶⁶ Apelação Cível 2004.001.13742, Desemb. Marco Antonio Ibrahim. Terceira Câmara Cível.

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara de Vereadores, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

.....

Cumpre, todavia, fazer uma ressalva. Como os Municípios são dotados de autonomia constitucional e têm competências próprias, igualmente fixadas pela Constituição Federal, não poderá a Constituição Estadual fixar direitos que eventualmente limitem ou sejam incompatíveis com a autonomia municipal, o que demanda exame de cada hipótese *de per se*.

O sujeito passivo do mandado de injunção, como se viu de início, é a autoridade estatal que tem obrigação de editar a norma para viabilizar o exercício desse direito, o que definirá, também, mesmo no plano estadual, o órgão jurisdicional competente para seu julgamento.

Via de regra, as Constituições Estaduais estabelecem os órgãos competentes para o julgamento dos mandados de injunção impetrados com fundamento em suas disposições.

Impõe-se observar que a disciplina da matéria, nas Constituições dos Estados, não é, também neste particular, uniforme: algumas tratam da competência originária do Tribunal de Justiça para julgar mandados de injunção contra determinadas autoridades, relegando aos Regimentos dos Tribunais estabelecer a competência para julgamento de mandados de injunção contra autoridades menores; outras esgotam, na própria Constituição, a designação de tal competência.

Assim, por exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 74, inciso V, dispõe:

Artigo 74 – Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:

.....

V – os mandados de injunção, quando a inexistência da norma regulamentadora estadual ou municipal, de qualquer dos poderes, inclusive da administração indireta, torne inviável o exercício dos direitos assegurados nesta Constituição;

A seu turno, A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul estabelece:

Art. 95 – Ao Tribunal de Justiça, além do que lhe for atribuído nesta Constituição e na lei, compete:

.....

XII – processar e julgar:

.....

c) os mandados de segurança, os *habeas data* e os mandados de injunção contra atos ou omissões do Governador do Estado, da Assembléia Legislativa e seus órgãos, dos Secretários de Estado, do Tribunal de Contas do Estado e seus órgãos, dos membros do Ministério Público e do Procurador-Geral do Estado;

d)

e) os mandados de injunção contra atos e omissões dos Prefeitos Municipais e das Câmaras de Vereadores;

Art. 92 – Compete aos Tribunais de segunda instância, além do que lhe for conferido em lei:

.....

V – processar e julgar:

.....

c) os mandados de segurança, mandados de injunção e *habeas data*, contra atos do próprio Tribunal, de seu Presidente, de suas Câmaras ou Juízes;

A Constituição do Piauí dispõe:

Art. 123 – Compete ao Tribunal de Justiça:

.....

III – processar e julgar originariamente:

f)

g) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade estadual, da administração direta ou indireta;

.....

Art – 126 – Além da competência definida em lei, cabe ao juiz de direito processar e julgar:

.....

II – o mandado de injunção, quando a norma regulamentadora for atribuição de órgão, ou entidade municipal, da administração direta ou indireta;

Como se vê, o parâmetro para a aferição da ausência de norma regulamentar pressuposta para a impetração do mandado de injunção é sempre a Constituição Estadual, mas o órgão julgador, também a ser determinado pela Constituição Estadual, varia de Estado para Estado. Anotem-se os seguintes julgados:

Mandado de Injunção – Lacuna legal municipal – Concessão em primeiro grau – Competência originária do Tribunal de Justiça – Inteligência do artigo 74, V, da Constituição Estadual – Nulidade do processo decretada (Apelação Cível n. 235.673-1 – Jundiá – 5ª. Câmara Cível 05-10-95 – VU – TJ/SP).

Mandado de Injunção – Ementa n. 38982 – Competência Recurso: MI 12097 0 Origem SP: OESP Relator Odyr Porto 17/10/90 Lei: CR102 – Competência – Mandado de Injunção – Hipótese de autoridade estadual – disciplina a ser fixada pelas Constituições Estaduais – art. 125, § - Competência atribuída ao Tribunal de Justiça, de acordo com o disposto no art. 74, Inciso V da CE. As dos órgãos que o integram será fixada por atos normativos regimentais, de acordo com o art. 69, Inc. II, “a” da mesma Carta. Atribuição pelo regimento Interno do Tribunal de Justiça de competência para julgamento dos mandados de injunção ao seu órgão especial (art.) Inexistência de preceito definindo a competência interna para tais julgamentos justificadora da atribuição ao órgão especial (art. 11, Inc. I da LC 225/79). Competência especial reconhecida.

No julgamento do mandado de injunção, os tribunais estaduais têm aplicado as técnicas de decisão desenvolvidas no plano da jurisdição constitucional federal, compatíveis com o instrumento, como por exemplo, a admissão da inconstitucionalidade por omissão parcial.

Ao mandado de injunção incide a Lei Federal n. 8.038/1990, que determina que se lhe aplique o rito do mandado de segurança (art. 24).

As constituições estaduais observam o quorum para decisão de matéria constitucional fixado pela Constituição Federal. Assim, no processo de controle difuso e incidental, que envolve matéria constitucional estadual, a decisão somente pode ser tomada pela maioria absoluta de votos pelo órgão jurisdicional competente para exame da matéria⁶⁷, observando-se a regra da CF (art. 97).

Os efeitos da decisão são *ex tunc* e para o caso concreto, tendo o Supremo Tribunal Federal que o mandado de injunção produziria os mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, o Poder Judiciário, em se tratando de ausência de norma legal, se limita a comunicar ao legislativo ou órgão competente, a mora

⁶⁷ Para exemplo conferir artigo 90, §§ 5º e 6º da Constituição do Estado de São Paulo e § 5º do art. 124 da Constituição do Piauí.

existente; no caso de ausência de medida administrativa, o Poder Judiciário fixa prazo para o seu cumprimento.

As decisões do Tribunal de Justiça, que envolvem o objeto específico acima enunciado, são terminativas e têm o mesmo efeito das decisões proferidas em sede de controle concentrado. Para exemplo, conferir-se o disposto no artigo 90, §4º da Constituição do Estado de São Paulo, que, à semelhança do disposto na Constituição Federal, em sede de controle da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, estabelece a

comunicação da decisão do Tribunal de Justiça ao órgão competente para a adoção das providências necessárias à prática do ato que lhe compete ou início do processo legislativo e, em se tratando de órgão administrativo, para a sua ação em trinta dias, sob pena de responsabilidade⁶⁸.

Não obstante, em pelo menos uma decisão, julgou o STF diferentemente: com efeito, no mandado de injunção n. 283, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu pelo deferimento da medida para:

a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, §3º, do ADCT, comunicando-a ao Congresso Nacional e ao Presidente da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;

De outro lado, no plano federal, vem sendo admitida a possibilidade de indenização por omissão legislativa, efeito que, parece, se impõe admitir também no plano estadual com vistas a dar alguma eficácia ao remédio constitucional em exame⁶⁹.

Cumprе mencionar que parcela da doutrina entende que, em se tratando de mandado de injunção, é possível ao Poder Judiciário, sem violar o princípio da separação de poderes, fixar prazo para a elaboração da norma legal.

⁶⁸ Conferir artigo 113, §1º da Constituição do Estado do Paraná; também art. 124, §3º da Constituição do Piauí.

⁶⁹ Veja-se decisão proferida no Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, em Embargos Infringentes em AC n. 2002.71.04.001708-S/RS, Porto Alegre, 11 de abril de 2005. Tomada a propósito da omissão do Executivo em regulamentar o art. 37, X, da Cf.

3.3 O controle abstrato e concentrado da omissão inconstitucional na Constituição Estadual

De um modo geral, seguindo as regras de observância obrigatória, as de simetria ou de mera reprodução de normas da Constituição Federal, ou mesmo usando o poder discricionário para disciplinar o conteúdo material da Constituição e conferir tratamento à disciplina do controle de constitucionalidade como sistema de defesa da Constituição Estadual, nota-se verdadeiro paralelismo de formas entre o sistema de proteção da Constituição Federal e o de proteção da Constituição Estadual, inclusive no controle da inconstitucionalidade por omissão.

Via de regra, todos os Estados brasileiros adotaram, em suas Constituições, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão para proteção da omissão inconstitucional praticada pelos poderes estaduais e municipais⁷⁰.

Como acentuado de início, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se destina precipuamente à defesa da Constituição, da efetividade das normas constitucionais.

Não obstante, conforme registrado em trabalho anterior⁷¹,

... ante o fato de a positivação constitucional dos direitos fundamentais constituir o núcleo normativo por excelência da Constituição de 1988 e ainda por decorrência da larga abrangência dos legitimados para a propositura dessa ação, que engloba inclusive entidades de classe ou de categorias e direitos coletivos, o fato é que tal instrumento vem sendo utilizado em larga escala com o objetivo de proteção de direitos fundamentais individuais e coletivos. Desse modo, quando veiculada com essa finalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se revela, também, como poderoso instrumento de proteção desses direitos, pelas características de que se reveste a modalidade do controle concentrado de constitucionalidade.

Destarte, não se pode desprezar o papel que tal instrumento acaba por exercer na proteção da omissão inconstitucional, no âmbito municipal.

Discutiu-se, num primeiro momento, sobre a possibilidade de se transpor, para o nível da Constituição Estadual, a ação direta por omissão, não expressamente contemplada no artigo 125 da Constituição Federal, que se refere apenas à ação direta de inconstitucionalidade nos Estados, nos termos seguintes:

Artigo 125...

⁷⁰ CE São Paulo, art. 90, caput e §4º; CE Rio de Janeiro, art. 159, §2º; CE Santa Catarina, art. 85, §3º; CE Piauí, art. 124, §3º, dentre outras.

⁷¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 4, n. 4, p. 43, 2004.

§2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão.

Pacificou-se, na doutrina⁷², e, ao que parece, também na jurisprudência a projeção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão aos Estados.

Conforme acentua Léo Ferreira Leony⁷³:

A viabilidade da instituição de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão no plano estadual é reconhecida entre alguns doutrinadores pátrios, e já foi admitida perante o Supremo Tribunal Federal.

Citando Cléve aduz, ainda, que ficariam os Tribunais de Justiça impossibilitados de resolver adequadamente um número significativo de questões constitucionais

{e}specialmente aquelas em que o Legislador , tendo editado ato normativo, agride a vontade constitucional, não pelo seu ato, mas porque (i) não satisfaz integralmente o dever constitucional de legislar (inconstitucionalidade absoluta parcial); (ii) ou feriu o princípio da isonomia em virtude de exclusão de benefício com ele incompatível (omissão relativa ou material).

No plano jurisprudencial, indica o mesmo Autor, “esta questão foi apreciada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 148.283. No voto que proferiu no referido julgamento, o Min. Ilmar Galvão, relator do processo acentuou”:

{...}é de confirmar-se que se está diante de ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida destinada a tornar efetiva norma constitucional estadual (art. 9º, §2º, do ADCT – fls. 97v.), que a Constituição do Estado do Maranhão, na conformidade do art. 125, §2º, da CF, acertadamente, incluiu na competência do Tribunal de Justiça (cf. art. 80, §1º, I-II – fls. 88), não havendo que se falar em competência do STF para a causa.

Também os Tribunais de Justiça estaduais se manifestaram a respeito. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, n. 593002934, Rel. Desemb. Adroaldo Furtado, decidiu, pelo Tribunal Pleno, em 28/02/1994:

⁷² Ver CLEVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 267; MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade de direito estadual e municipal na Constituição Federal de 1988. **Revista Jurídica Virtual**, n. 3, p. 23; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 422.

⁷³ **Normas de observância obrigatória no controle abstrato de leis e atos normativos em face da Constituição do Estado-Membro**. 2002. Dissertação mimeo. Faculdade de Direito da Unb, Brasília, 2002. p.67-69.

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Admissibilidade no âmbito estadual. Não é inconstitucional frente à Carta Política Federal a norma estadual que, em simetria com aquela, institui na esfera desta o remédio processual em causa...

Copia-se, nesse caso, o modelo federal, dando à ação os mesmos efeitos, (*erga omnes* e vinculantes) da ação direta genérica.

O controle da omissão inconstitucional de atos locais (estaduais ou municipais) deverá ser exercido exclusivamente pelo Tribunal de Justiça do Estado, órgão da cúpula do Judiciário Estadual, mediante processo objetivo, nos moldes adotados pelo sistema federal.

Cabe às Constituições Estaduais estabelecer os órgãos ou entidades legitimadas para proporem a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por ação. A Constituição Federal, como regra restritiva, tão somente impede que a legitimação seja deferida pelo texto estadual a um único órgão.

Algumas questões surgiram a propósito deste ponto: a primeira delas diz respeito ao alcance da autonomia do constituinte estadual nessa matéria. Em outras palavras, deve o constituinte estadual seguir o modelo federal ou pode inovar na matéria?

Ensina José Afonso da Silva⁷⁴:

Está igualmente previsto que cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada, porém, a atribuição de legitimação para agir a um único órgão. O que se quer, com isso, é abrir o leque da legitimação, tal como se fez em relação à ação direta de inconstitucionalidade prevista no art. 102 da Constituição. Não é obrigatório seguir o paralelismo do art. 103, mas certamente ali se oferece uma pauta que pode orientar o constituinte estadual, prevendo que serão partes legítimas para a ação de inconstitucionalidade referida, por exemplo, o Governador do Estado, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Procurador-Geral do Estado, o Procurador-Geral da Justiça, o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados, partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa, federação sindical e entidade de classe de âmbito estadual, bem como, especialmente em relação a leis ou atos municipais, o Prefeito do Município interessado, o Procurador-Geral do Município, onde houver, e os partidos políticos com representação na Câmara do Município. É lícito a Constituição estadual estender essa legitimação aos cidadãos estaduais⁷⁵, e no referente

⁷⁴ **Curso de direito constitucional positivo**, 18. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 27, de 21.3.2000). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 516.

⁷⁵ A legitimação a cidadãos, como expressamente não admitida no plano federal, não poderá, salvo melhor juízo, ser outorgada pela Constituição estadual. Neste sentido, MENDES, Gilmar Ferreira.

a leis e atos municipais, só os do Município interessado. Pode-se prever também (talvez se deva) a *ação de inconstitucionalidade por omissão* em face de determinações da Constituição estadual.(g. do autor)⁷⁶.

A questão foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na ADIMC 558, Relator Sepúlveda Pertence, quando se impugnava o artigo 159 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, na qual o rol de legitimados para propositura da representação de inconstitucionalidade frente à Constituição Estadual é bastante amplo.

Entendeu nossa Corte Suprema, em sede cautelar, não haver afronta, no caso, ao art. 125, §2º da CF. O Relator considerou que não se devia exigir do constituinte estadual “a imitação servil da CF”, alterando, portanto, entendimento dantes consagrado, afastando-se, pois, a regra de simetria de legitimação como obrigatória.

No entanto, a maioria das Constituições Estaduais acabou por seguir, adaptando a regra de legitimação, o rol contido no artigo 103 da Constituição Federal⁷⁷.

O objeto do controle pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no âmbito estadual, é a omissão de (ou na) lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual.

Em se tratando de normas estaduais que reproduzem, genericamente, normas constitucionais federais, particularmente relativas a direitos fundamentais, entendeu a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em caso suscitado perante a Constituição Estadual da Bahia, não caber controle direto em face da norma estadual perante o Tribunal de Justiça do Estado⁷⁸.

Em julgamento posterior, como tese subjacente, na RECL 733, Relator o Min. Ilmar Galvão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que se as proposições remissivas, apesar de dependentes e incompletas, mantêm condição de proposições jurídicas, então a Constituição Estadual pode ser parâmetro para ADIN perante o Tribunal de Justiça do Estado, (como é o caso do Piauí), mudando assim a posição anterior, assumindo a norma constitucional estadual, neste caso, a natureza de norma de recepção⁷⁹.

Nos Estados e Municípios que prevêem, em seus processos legislativos, diferentes modalidades de leis: leis complementares, ordinárias, delegadas, medidas provisórias

Jurisdição constitucional, p. 78 e 278. LEONCY. **Normas de observância...**, 2002, p. 56; CANOTILHO. **Direito constitucional**, p. 194.

⁷⁶ Em sentido contrário PINTO FERREIRA. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 544. v. 4. Para quem a simetria com o artigo 102 da CF deve ser observada pelos Estados-membros.

⁷⁷ Para exemplos, as constituições: do Estado de São Paulo, art. 90; do Piauí, art. 124 etc. A Constituição do Rio Grande do Sul amplia o número dos legitimados (art. 95, §§1º e 2º), bem como a do Rio de Janeiro, examinada pelo STF.

⁷⁸ Problema suscitado no julgamento do RE 213.120, Rel. Min. Maurício Corrêa, *apud* LEONCY. *Op. cit.*, p. 77.

⁷⁹ *Idem supra*.

etc., não questionadas perante o Supremo Tribunal Federal, todas essas modalidades podem ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por via de omissão inconstitucional⁸⁰.

De um modo geral, os Tribunais de Justiça aplicam ao controle concentrado por omissão as técnicas, limitações e posições usadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado direto e por via de omissão.

Assim, por exemplo, Estados há que não admitem ação direta de inconstitucionalidade por omissão contra ato concreto. Nestes termos, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 596165993

Relator: Antonio Janyr Dall'Agnol Junior

Ementa: ADIN Inconstitucionalidade por omissão. Exoneração de servidores lotados em cargos de comissão. Ato administrativo concreto. Posto que múltiplo. Inviabilidade do especial remédio Jurídico. Não é prevista, no sistema positivo pátrio, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão senão para aquelas espécies em que a autoridade Pública se demite do dever constitucional de genérica e abstratamente dispor, quer por lei, quer por regulamento.15/03/1999.

Em se tratando de norma constitucional federal, de observância obrigatória pelos Estados, estabelecida na Constituição Estadual, o controle da omissão da lei ou ato normativo inconstitucional estadual tem como parâmetro a própria Constituição Estadual, salvo se a norma transposta na Constituição Federal puder ser questionada de inconstitucional, quando, então, o parâmetro da omissão inconstitucional poderá ser a Constituição Federal.

De outro lado, se o constituinte estadual reproduz normas da Constituição Federal poderá ocorrer questionamento simultâneo, mediante ação direta de inconstitucionalidade, de omissão de lei ou ato normativo estadual perante o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça do Estado, o que significa dizer que se estará diante de uma duplicidade de parâmetros de aferição da inconstitucionalidade por omissão. Nesse caso, a decisão do Tribunal de Justiça poderá não ser definitiva, vez que permite a proposição do Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal e, de outro lado, a tramitação e a decisão proferida na Corte Superior provocará suspensão da tramitação da ação perante o Tribunal de Justiça do Estado, já que a decisão do Supremo Tribunal

⁸⁰ Na ADIMC 812, Relator o Min Moreira Alves, indeferiu pedido de suspensão liminar de Medida Provisória editada pelo Governador do Estado de Tocantins.

Federal irá repercutir na da Corte Estadual. Todavia, se se tratar de lei ou ato normativo municipal, a provocação do controle mediante ação direta somente poderá ocorrer perante o Tribunal de Justiça do Estado, com a possibilidade de Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

4 Controle por omissão de leis e atos municipais frente à Lei Orgânica Municipal

Consoante se mencionou, o parâmetro do controle de inconstitucionalidade por omissão de leis e atos estaduais ou municipais é a Constituição do Estado.

Não obstante há autores que admitem ser possível tal controle perante a Lei Orgânica do Município que, segundo entendem, gozaria da natureza de uma “Constituição Municipal”.

Assim, para Sérgio Bermudes, o mandado de injunção deve ser admissível sempre que falte norma regulamentadora de direito, não apenas para assegurar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, como, ainda, para dar efetividade a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mesmo quando essas prerrogativas não emanem, diretamente, da Constituição, mas sejam asseguradas em outras leis de menor hierarquia – regras infraconstitucionais⁸¹. Também Espindola admite tal possibilidade, invocando outros autores favoráveis à tese⁸².

Não parece possível, ante o texto Constitucional Federal e seus dispositivos (art. 25, art. 11, caput e parágrafo único do ADCT, art. 29, art. 35, IV. Art. 125, §2º), reconhecer-se, de um lado, a natureza de “Constituição Municipal” à Lei Orgânica do Município, já que um dos principais requisitos para tanto é exatamente a existência de previsão constitucional de um controle de constitucionalidade, próprio e autônomo, de suas normas, o que não está previsto na Constituição Federal, já que o Município não

⁸¹ Entende parcela da doutrina, consoante pontifica Sérgio Bermudes, que o mandado de injunção deve ser admissível sempre que na falta de norma regulamentadora, não apenas para assegurar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, como, ainda, para dar efetividade a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mesmo quando essas prerrogativas não emanem, diretamente, da Constituição, mas sejam asseguradas em outras leis de menor hierarquia – regras infraconstitucionais. O mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 642, p. 21-25, abr. 1989 *apud* SILVEIRA, Haydée. **Mandado de injunção**. 2004. Dissertação mimeo. (Mestrado) UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, Osasco, 2004. p. 121-122. O problema é complexo, na medida em que o controle de constitucionalidade, inclusive da lei e de atos municipais, deve ter por parâmetro, no âmbito dos Estados, a Constituição Estadual, segundo estabelecem, expressamente, as constituições estaduais. Constituição do Estado de São Paulo, art. 74, V.

⁸² Concordamos com ESPINDOLA. Jurisdição constitucional estadual. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, 2004, p. 78, que invoca, a propósito, outros autores.

206 tem sequer Poder Judiciário próprio; e, de outro, a falta de previsão, no texto federal, particularmente, no artigo 125, §2º, da possibilidade aventada.

Assim, o controle de omissão na Lei Orgânica do Município reveste-se da natureza de um controle de legalidade em tese, para o qual não há instrumentos constitucionais processuais específicos previstos no sistema constitucional brasileiro.

Daí porque a competência para criar instrumentos de fiscalização abstrata, concentrada ou em tese, embora não decorra de simples outorga federal por se tratar de poder ínsito à defesa da Constituição Estadual e de sua supremacia⁸³ não se estende à Lei Orgânica Municipal, permanecendo o enquadramento da Constituição Estadual como parâmetro exclusivo do controle de leis e atos municipais perante o Tribunal de Justiça do Estado, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal⁸⁴.

Conclusões

A inércia ou a omissão inconstitucional dos poderes estaduais e municipais, no sistema constitucional brasileiro, realiza-se em dois planos de controle de constitucionalidade: no plano externo e no plano interno.

No plano externo, a inércia constitucional dos poderes referidos é coibida frente à Constituição Federal. Isto significa dizer que o parâmetro único desse controle de constitucionalidade é a Constituição Federal. Incide nesse plano tanto o modelo concentrado de controle como o modelo difuso.

No modelo concentrado, o objeto de controle da omissão inconstitucional é a ausência de norma na Constituição Estadual ou da inexistência de lei (incluídas todas as modalidades de lei nela previstas) e atos normativos, de qualquer dos poderes estaduais e que demandem elaboração normativa por exigência da Constituição Federal. O controle se faz por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, instrumento criado pela Constituição Federal por força da disposição contida no art. 103, §2º, que pode ser proposto perante o Supremo Tribunal Federal pelas autoridades e entidades legitimadas para o controle por via da ação de inconstitucionalidade genérica, na forma prevista pelo artigo 103 *caput*. As omissões dos poderes municipais, isto é, a ausência da LOM ou de norma na Lei Orgânica dos Municípios, a inexistência de leis, de qualquer espécie prevista na Lei Orgânica Municipal, ou de atos normativos municipais cuja previsão decorra do texto constitucional federal não enseja controle

⁸³ FERRAZ. **Poder constituinte do Estado-Membro**. p. 198, lembra que “a prática desse controle implica a preservação e a permanência do Direito Constitucional Estadual”, afirmação também endossada por LEONCT, p. 71-72.

⁸⁴ ADIMC 409, Rel. Min. Celso de Mello.

direto, concentrado, perante o Supremo Tribunal Federal pela ação direta de inconstitucionalidade, segundo reiteradas decisões de nossa Corte Superior.

O modelo difuso de constitucionalidade da omissão inconstitucional face à Constituição Federal incide sob a Constituição Estadual, as leis e atos normativos estaduais, a Lei Orgânica Municipal e as leis ou atos normativos municipais. O controle se faz mediante o mandado de injunção, remédio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXXI, CF, para a proteção de direitos e liberdades constitucionais consagrados no texto da Lei Magna, passível de ser impetrado pelo titular de direito ou interesse inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora do direito em questão.

No plano interno, a inércia constitucional dos poderes estaduais e municipais é coibida frente a Constituição Estadual. Em outras palavras, o parâmetro do controle da inércia dos poderes estaduais e municipais é, com exclusividade, a Constituição Estadual. Nesse plano incidem as duas modalidades de controle, o controle concentrado e o controle difuso.

O controle concentrado se faz mediante a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja transposição para o plano estadual não mais oferece dúvidas. Esta ação deve ser proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado, que é a mais alta Corte do Poder Judiciário nos Estados. O objeto da ação é a inexistência de lei ou ato normativo, estadual ou municipal, previstos na Constituição do Estado como necessários para regulamentar norma da respectiva Constituição, inclusive aquelas relativas a direitos constitucionais consagrados no texto da Lei Maior do Estado. Cabe à Constituição Estadual estabelecer os legitimados para propor a ação, independentemente de seguir, ou não, o princípio da simetria com relação ao modelo constitucional federal; tão somente lhe é vedado legitimar um único autor para impetrar a ação, segundo determina a Constituição Federal (art. 125, §2º, CF). A decisão do Tribunal de Justiça é terminativa; os efeitos, cujo conteúdo é exatamente o mesmo veiculado na ação direta de inconstitucionalidade proposta no âmbito federal, que também se transporta para o plano estadual, são vinculantes e *erga omnes* projetando-se, por igual, as normas disciplinadoras da matéria, existentes no plano federal, e inclusive as estabelecidas na própria Constituição (art. 102, §2º) por via da Emenda Constitucional 45/2004, para o controle concentrado.

Em se tratando de norma constitucional federal, de observância obrigatória pelos Estados, estabelecida na Constituição Estadual, o controle da omissão da lei ou ato normativo inconstitucional estadual tem como parâmetro a própria Constituição Estadual, salvo se a norma transposta na Constituição Federal puder ser questionada de inconstitucional, quando, então, o parâmetro da omissão inconstitucional poderá ser a Constituição Federal.

De outro lado, se o constituinte estadual reproduz normas da Constituição Federal poderá ocorrer questionamento simultâneo, mediante ação direta de inconstit-

ucionalidade, de omissão de lei ou ato normativo estadual perante o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça do Estado, o que significa dizer que se estará diante de uma duplicidade de parâmetros de aferição da inconstitucionalidade por omissão. Nesse caso, a decisão do Tribunal de Justiça poderá não ser definitiva, vez que permite a proposição do Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal e, de outro lado, a tramitação e a decisão proferida na Corte Superior provocará suspensão da tramitação da ação perante o Tribunal de Justiça do Estado, já que a decisão do Supremo Tribunal Federal irá repercutir na da Corte Estadual. Todavia, se se tratar de lei ou ato normativo municipal, a provocação do controle mediante ação direta somente poderá ocorrer perante o Tribunal de Justiça do Estado, com a possibilidade de Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

A Lei Orgânica Municipal não se reveste das características substanciais de uma Constituição, pelo que não pode servir de parâmetro de controle de constitucionalidade das leis a atos municipais omissivos dos poderes públicos municipais.

Referências

- BAZAN, Victor (Coord.). **Inconstitucionalidad por omisión**. Santa Fé de Bogota: Temis, 1997.
- BERNARDES, Julio Taveira. O controle abstrato omissivo. In: **Controle abstrato de constitucionalidade**. Elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 1992.
- CASTRO, Carlos de Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ESPÍNDOLA, Rui Samuel. Jurisdição constitucional estadual: notas para compreender a problemática no âmbito da Federação Brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – IBDC – Revista dos tribunais, ano 12, n. 49, p. 50-98, out./dez. 2004.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. União, Estado, Município na nova Constituição: enfoque jurídico-formal. **A Nova Constituição Paulista – Perspectivas**. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, Fundação do Desenvolvimento Administrativo – FUNDAP, p. 56-80, 1988.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Poder constituinte do Estado Membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. **Processos informais de mudança da Constituição**. Mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

_____. Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 4, n. 4, 2004.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4.

FONTES, Telma de Freitas. **A intervenção estadual no município no direito brasileiro**. 2001. Dissertação mimeo. (Mestrado). FADUSP, São Paulo, 2001.

LEONCY, Léo Ferreira. **Normas de observância obrigatória no controle abstrato de leis e atos normativos em face da Constituição do Estado-Membro**. 2002. Dissertação mimeo. (Mestrado) UnB, Brasília, 2002.

MAUÉS, Antonio G. Moreira. O federalismo brasileiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (1988-2003). In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coord. e Co-autores). **Direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 65-86.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle da omissão inconstitucional. In: **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2000. p. 79-106; 519-689.

_____. O controle abstrato de constitucionalidade do direito estadual e do direito municipal. **Revista virtual**.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional II**. Coimbra: Coimbra, 1986.

_____. A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento português. In: BAZAN, Victor (Coord.). **Inconstitucionalidad por omisión**. Santa Fè de Bogotá: Temis, 1997.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A jurisdição constitucional estadual e as normas constitucionais federais reproduzidas nas Constituições dos Estados Membros. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 19-36.

MOTTA; DOUGLAS. Ação de inconstitucionalidade por omissão. In: **Controle de constitucionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2004.

SILVA, José Afonso. **Direito constitucional positivo**. 18. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 27, de 21.3.2000). São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Haydée. **Mandado de injunção**. 2004. Dissertação mimeo. (Mestrado) UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, Osasco, 2004.

- 210 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002
- VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade.** Atualizado conforme as leis 9698, de 10/11/99 e 9.882, de 03/12/99. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey , 2000.