

**O CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS
NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO:
UM ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E COLÔMBIA¹**

CONTROL JUDICIAL DE LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES EN EL NUEVO
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: UN ESTUDIO COMPARATIVO
ENTRE BRASIL Y COLOMBIA

Eric Baracho Dore Fernandes²

Siddharta Legale Ferreira³

Sumário: 1. Introdução. 2. O controle das omissões no novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem comparada. 3. O controle das omissões inconstitucionais no Brasil: A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção (MI). 4. Omissões inconstitucionais na América Latina: o caso colombiano. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

Resumo: O aprimoramento dos dois instrumentos de controle jurisdicional das omissões inconstitucionais no Brasil ainda constitui um dos maiores desafios para conciliar democracia e jurisdição constitucional, separação de poderes e efetividade da Constituição. Seja diante da inefetividade da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão quanto aos seus efeitos, seja diante da ausência de regulamentação legislativa do Mandado de Injunção, é certo que os estudiosos da matéria frequentemente ainda buscam no direito comparado reflexões capazes de inspirar soluções mais adequadas aos problemas nacionais. O debate comparado sobre o tema, todavia, tende a ignorar a experiência latino-americana, um celeiro aparentemente fértil em reflexões sobre os problemas da realidade brasileira que possui dilemas sociais e econômicos comuns aos países da América Latina. No contexto do que já vem sendo chamado de “novo constitucionalismo latino-americano”, em razão das peculiaridades do movimento constitucional em países como Colômbia, Equador, Bolívia e Venezuela, o presente texto reflete mais detidamente se o controle judicial das omissões inconstitucionais adquire contornos próprios nesses países, comparando em especial essa modalidade de

¹ Agradecemos ao nosso amigo e colega de mestrado, Adriano Correa de Sousa, que nos apresentou a textos importantes do “*novo constitucionalismo latino-americano*”, além de nos ceder gentilmente parte do material que vem investigando para sua interessante dissertação de mestrado sobre o tema. Agradecemos também a nossa colega, Ilana Aló, que traduziu para o espanhol o resumo do texto.

² Mestrando em direito constitucional pela Universidade Federal Fluminense.

³ Mestrando em direito constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Professor substituto do departamento de direito público da UFF. Membro da Associação Colombiana de Direito Processual Constitucional.

controle judicial no Brasil e na Colômbia, de modo a fomentar um maior diálogo entre essas culturas jurídicas na busca de soluções para os atuais dilemas institucionais comuns.

Palavras-chave: Constitucionalismo latino-americano. Jurisdição constitucional. Inconstitucionalidade por omissão. Poder Judiciário.

Resumen: *El perfeccionamiento de los dos instrumentos de control judicial de las omisiones inconstitucionales en Brasil todavía constituye uno de los mayores desafíos para conciliar la democracia y la jurisdicción constitucional, la separación de los poderes y la efectividad de la Constitución. Frente a la ineficacia de la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) en relación a sus efectos, o ante la ausencia de regulación legislativa de el “Mandato de Injunção”, los estudiosos en la materia aún siguen buscando, en el derecho comparado, reflexiones capaces de inspirar soluciones más adecuadas a los problemas nacionales. El debate comparado sobre el tema, sin embargo, suele ignorar la experiencia latinoamericana, que es terreno aparentemente fértil en reflexiones sobre los problemas de la realidad brasileña, ya que posee dilemas sociales y económicos comunes a los países de Latinoamérica. En el contexto del llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, de acuerdo a las peculiaridades del movimiento constitucional en países como Colombia, Ecuador, Bolivia y Venezuela, este texto busca plantear de manera detallada si el control judicial de las omisiones inconstitucionales posee características propias en esos países. Para ello, se compara especialmente esa modalidad de control judicial en Brasil y en Colombia, para que se pueda fomentar un diálogo más grande entre esas dos culturas jurídicas buscando una solución para los actuales dilemas institucionales comunes.*

Palabras clave: *Nuevo Constitucionalismo latinoamericano. Jurisdicción constitucional. Inconstitucionalidad por omisión. Poder Judicial.*

1. Introdução.

Não apenas a violação material de um texto constitucional por *ação*, mas também a falta de determinação política em dar cumprimento à realização de um projeto constitucional também constitui uma das mais graves disfunções do direito constitucional contemporâneo: a omissão inconstitucional. Tão grave quanto à violação da Constituição por *ação*, é ver-se diante de um direito constitucionalmente reconhecido, porém incapaz de ser exercido devido à *omissão* do poder público em cumprir o comando constitucional de regulamentá-lo e torná-lo aplicável em sua máxima extensão. Justamente por isso, a Constituição brasileira de 1988

inovou ao prever dois remédios aptos a enfrentar o problema: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Todavia, é certo que a aplicação de tais instrumentos ainda se depara com diversos problemas teóricos e práticos.

O Mandado de Injunção, a despeito de sua intensa reconstrução pela jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos da decisão de mérito, ainda carece de adequada regulamentação infraconstitucional quanto aos seus aspectos processuais. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, cuja decisão tem natureza meramente *mandamental*, mostra-se incapaz quer de garantir a autoaplicabilidade dos dispositivos constitucionais carentes de regulamentação, quer de subordinar a vontade política das autoridades responsáveis pela edição da norma, em especial do Congresso Nacional. As soluções normalmente propostas tendem a dois extremos igualmente indesejáveis: de um lado a total inefetividade do instrumento em questão e, do outro, propostas de um ativismo judicial por meio do qual o Judiciário se imiscuiria da função de legislador positivo para suprir as lacunas normativas, solução criticável sob o prisma democrático e da separação de poderes.

Diante das controvérsias ainda existentes, os debates acadêmicos em torno da inconstitucionalidade por omissão frequentemente recorrem ao *método comparativo*, buscando em outros ordenamentos ideias supostamente capazes de aprimorar o atual desenho institucional. Instrumentos de países como Alemanha, Itália e Portugal são normalmente apontados como análogos ou fontes de inspiração para o Brasil no controle abstrato das omissões inconstitucionais. Todavia, é certo que a despeito dos modelos de tais ordenamentos guardarem maior ou menor grau de semelhança com a experiência brasileira, o debate comparado sobre o tema tende a não dar a merecida importância à experiência latino-americana que, acreditamos, possa ser um celeiro fértil em reflexões sobre os problemas de nossa realidade, o que se torna especialmente evidente diante do surgimento de um gradual movimento de integração regional que vem sendo chamado por alguns de um “novo constitucionalismo latino-americano”.

Dois problemas fundamentais guiarão a elaboração do presente trabalho: É possível reconhecer um contorno próprio para o controle judicial das omissões no Brasil e na Colômbia? Esse tipo de controle judicial nesses países insere-se numa experiência própria do “*novo constitucionalismo latino-americano*”? A Constituição brasileira data de 1988 e a colombiana de 1991, logo, as respostas a esses problemas serão investigadas a partir desses marcos temporais até os dias de hoje. A hipótese ou resposta preliminar a tais perguntas - não há razão para suspense - é que estamos sob a égide do “*novo constitucionalismo latino-americano*” e, ainda, a sensibilidade da jurisdição constitucional com as omissões em efetivar

direitos fundamentais básicos, se não é um traço característico desse movimento, pelo menos parece uma preocupação comum do constitucionalismo latino-americano, devido à realidade comum de carência de efetivação de direitos humanos fundamentais vivenciada pelos países em desenvolvimento, como o Brasil e a Colômbia (CANOSA, 2010, p. 24 e 25).

O plano de trabalho para enfrentar o tema estrutura-se desta forma: (i) identificar os principais problemas inerentes ao controle de constitucionalidade por omissão no Brasil a justificar uma análise comparada em busca de reflexões capazes de aprimorar o panorama atual; (ii) uma explicação breve do novo constitucionalismo da América Latina, destacando o sistema colombiano; (iii) delimitar algumas experiências e elementos paradigmáticos da jurisdição constitucional desses países, com objetivo de fomentar que experiências comuns sejam compartilhadas.

2. O controle das omissões no novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem comparada.

Pretende-se abordar, aqui, os pressupostos teóricos utilizados para comparação do controle das omissões no Brasil e na Colômbia, mais precisamente, o seguinte: (i) o que é o novo constitucionalismo latino-americano, problematizando como o controle judicial das omissões inconstitucionais insere-se ou é influenciado por esse movimento; e (ii) a comparação como método útil para a interpretação constitucional.

O *novo constitucionalismo latino-americano* é mais um produto dos movimentos sociais do que de formulações teóricas dos professores de direito e, justamente por isso, não possui sistema fechado de análise ou a proposição de um determinado modelo constitucional. Por outro lado, a ausência de precisão não significa que não existam traços comuns aptos a identificar o movimento. Um primeiro traço característico é a transposição de mecanismos de relação entre a soberania e a Constituição, buscando recuperar uma origem revolucionária do constitucionalismo, por exemplo, implementando referendos e plebiscitos. Daí se falar que o novo constitucionalismo latino-americano representa uma teoria democrática da constituição para transformar o *status quo*, cuja principal preocupação é a desigualdade social e a proteção da dignidade humana ou com o bem viver. É em linhas gerais dentro desse quadro teórico que desejamos refletir, posteriormente, sobre a tensão entre jurisdição constitucional e democracia, particularmente no controle das omissões na América Latina em geral e, em particular, no Brasil e na Colômbia.

Desde meados dos anos 80 e início dos anos 90, importantes mudanças constitucionais têm ocorrido na América Latina, seja pela promulgação de novas cartas constitucionais, seja pela introdução de reformas constitucionais profundas (UPRIMNY, 2010). Em linhas gerais, a preocupação é romper com a lógica liberal-individualista e eurocêntrica das constituições tradicionalmente operadas, reinventando o espaço público. A expressão “novo” agregada ao “constitucionalismo latino-americano” adquire um caráter emancipatório ou transformador. Antonio Carlos Wollkmer e Lucas Machado Fagundes propõem três ciclos sociais para compreender esse novo constitucionalismo emergente (WOLLKMER e FAGUNDES, 2011). São eles: (i) Um primeiro ciclo social de caráter descentralizador, previsto nas Constituições do Brasil (1988⁴) e Colômbia (1991), ao qual talvez pudéssemos acrescentar a do Paraguai (1992); (ii) Um segundo ciclo social orienta-se para um constitucionalismo participativo e pluralista do qual a Constituição da Venezuela de 1999 é o exemplo mais emblemático (DALMAU e PASTOR, 2008); (iii) O terceiro ciclo pode ser representado pela Constituição do Equador (1998 e 2008) e da Bolívia (2009), que expressam um constitucionalismo plurinacional comunitário no qual coexistem diversas sociedades interculturais, como a indígena, comunais, urbanas e camponesas.

Reformas constitucionais importantes, como a da Costa Rica (1989), México (1992) e Argentina (1994) aconteceram. No entanto, as Constituições apresentadas acima é que parecem possuir as características centrais do novo constitucionalismo latino-americano. As características desse movimento podem ser divididas em aspectos formais e materiais (DALMAU, 2010). Do ponto de vista formal ou procedimental, chama-se atenção para o contraste entre a simplicidade linguística das novas Constituições com a existência de uma complexidade institucional e dos processos constituintes democráticos. Essa normativa constitucional mais complexa pode ser percebida em mecanismos de participação e controle do poder constituído pelo poder constituinte, seja por meio de referendos, plebiscitos ou iniciativa popular de lei ou reforma constitucional em Constituições como a da Bolívia⁵,

⁴ Ainda demanda estudos mais aprofundados saber em que medida é ou não possível inserir o Brasil e a Colômbia no bojo do novo constitucionalismo latino-americano ou no curso do neoconstitucionalismo. De qualquer forma, nesse estudo, partiremos dos ciclos sociais propostos do Wollkmer que insere o Brasil nesse movimento. Em sentido contrário, Cf. OLIVEIRA, Fabio Correa Souza de; GOMES, Camila Beatriz Sardo. O novo constitucionalismo latino-americano. In: CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas (Orgs.). **Desafios da Constituição: Democracia e Estado no século XXI**. Rio de Janeiro: UFRJ-FAPERJ, 2011, p.334 e seguintes.

⁵ **Constituição da Bolívia**. “Artículo 11. I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1 Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a

Equador⁶ e Venezuela⁷, seja pela ampliação dos direitos humanos de forma não apenas retórica, mas pela previsão de garantias para efetivação desses direitos, como *Ombudman* e *Defensores del Pueblo*.

Do ponto de vista material, por outro lado, sobressai a busca por integração de grupos marginalizados historicamente, como negros, mulheres e, em especial, os indígenas. Isso está inserido em uma proposta de Estado social e democrático de direito com constituições dirigentes e analíticas (OLIVEIRA e GOMES, 2011, p. 349). Impele-se, com isso, a uma ruptura com a lógica de direitos individuais e coletivos, exigindo também ações afirmativas e a previsão da participação nesse cenário, bem como uma valorização do pluralismo, nações pluriétnicas ou pluriculturais. A valorização pode ser constatada, por exemplo, em razão da constitucionalização de tradições indígenas, como, por exemplo, o regime do bem viver ou a “*Pachamama*”⁸ (mãe terra, por analogia, pode ser traduzido também por Gaia), que simboliza uma regra ética básica do “*sumak kawsay*”, que é um expressão linguista de origem quéchua que significa “bem viver” ou o “viver pleno” (ZAFFARONI, 2012, p. 111). Outro exemplo de constitucionalização desse tipo é de reconhecimento da jurisdição indígena de estados pluralistas ou pluriétnicos em diversas Constituições⁹ (UPRIMNY, 2010). Ainda do ponto de vista material, há quem afirme a superação de características confessionais (católicas), porque

Ley. 2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley. 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley.”

⁶ **Constituição do Equador:** “Art. 103.- La iniciativa popular normativa se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa. Deberá contar con el respaldo de un número no inferior al cero punto veinte y cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente.”

⁷ **Constituição da Venezuela:** “Artículo 70. ° Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad. La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.”

⁸ **Constituição do Equador:** “Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.”

⁹ Exemplificativamente, podemos citar os seguintes dispositivos da **Constituição Equador:** “Art. 1. - El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. (...)” **Constituição da Bolívia:** “Art. 1° Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.”

as constituições, quando não se declaram laicas, pelo menos reconhecem uma igualdade religiosa, inclusive em relação aos grupos indígenas. Uma abertura ao direito internacional dos direitos humanos também ganha força e adquire uma feição especial na América Latina.

Especificamente no caso colombiano, podemos encontrar algumas características desse novo constitucionalismo presentes em sua Constituição. Em primeiro lugar, há a definição da Colômbia como um estado democrático e social de direito, que constitui uma república participativa (art.1º¹⁰). A Constituição colombiana de 1991, em seu artigo 40¹¹, garante o direito de todo cidadão de participar para conformar ou fiscalizar o poder político. Para tanto, o art. 41¹² considera obrigatório o estudo da Constituição nos estabelecimentos de ensino de caráter público ou de caráter privado. No mesmo sentido, o art. 103¹³, prevê uma série de mecanismos de participação popular, tais como plebiscito, referendo, consulta popular, iniciativa legislativa, revocatória de mandato e “*cabildos abiertos*” (CALLE, 2008, p. 131 e ss.)¹⁴. Chega-se, por isso, por exemplo, a prever a necessidade de um referendo para revogar leis de iniciativa popular (377). Vale enfatizar a possibilidade de iniciativa popular para aprovar uma lei ou reforma à Constituição (art.155)¹⁵, bem como a de revogação do mandato - recall- como uma forma de controle do poder político (art.40).

¹⁰ “Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

¹¹ É interessante destacar do dispositivo, além da participação do cidadão em geral, o papel da mulher nesse processo democrático exigido em sede constitucional: “Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. (...) Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.”

¹² “Artículo 41. En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la Instrucción Cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución.”

¹³ “Artículo 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.”

¹⁴ Os “*cabildos abiertos*” são uma espécie de reunião extraordinária e pública de um conselho municipal ou administração local para participar de assuntos de interesse da comunidade. Para mais detalhes sobre esse e outros mecanismos de participação direta na Colômbia. Cf. CALLE, Humberto de la. Instrumentos de democracia directa. El caso de Colombia. In: LISSIDINI, Alicia; WELP, Yanina; ZOVATTO, Daniel (Org). **Democracia directa en latinoamérica**. Buenos Aires: Prometeo libros, 2008, p. 131 e ss.

¹⁵ “Artículo 155. Podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país. La iniciativa popular será tramitada por el Congreso, de conformidad con lo establecido en el artículo 163, para los proyectos que hayan sido objeto de manifestación de urgencia. Los ciudadanos proponentes tendrán derecho a designar un vocero que será oído por las Cámaras en todas las etapas del trámite.”

Em segundo lugar, a estruturação do estado colombiano é pluralista, como é declarado logo no art. 1º da Constituição da Colômbia. Diversos mecanismos na Constituição também revelam igual finalidade, como o art. 10 que reconhece os dialetos de grupos étnicos como oficiais em seus territórios¹⁶. É instigante o art. 171 da Constituição Colombiana que prevê um número adicional de senadores eleitos por uma circunscrição territorial especial pelas comunidades indígenas, cuja exigência é ter exercido um cargo de autoridade tradicional ou de liderança em uma organização indígena¹⁷. O art. 176, com mesmo espírito, dispõe que a lei poderá estabelecer uma circunscrição especial para assegurar a participação de grupos étnicos e minorias políticas¹⁸. Há inclusive a previsão de que os territórios indígenas, assim como os municípios, são entidades territoriais com autonomia para gestão política e tributária (art.286)¹⁹. Isso significa resguardar direitos e privilégios a sua proteção de sua identidade étnica e cultural ou o direito a se autogovernar segundo os seus usos e costumes (ESCOBAR, 2010, p.857 e seguintes). O art. 246²⁰ reconhece ainda que as autoridades dos povos indígenas possam exercer competências jurisdicionais dentro do seu âmbito territorial.

A pesquisa bibliográfica investigada até o momento chama atenção para a fiscalização dos poderes e das garantias colocadas para efetivação dos novos direitos fundamentais como um traço característico do novo constitucionalismo latino-americano. Destaca igualmente a interação entre o novo constitucionalismo latino-americano (DALMAU, 2010) e o neoconstitucionalismo (LEGALE FERREIRA, 2010). No entanto, não localizamos nenhum

¹⁶ “Artículo 10. El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.”

¹⁷ “Artículo 171. El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. (...)La Circunscripción Especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral. Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno.”

¹⁸ “Artículo 176. La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales. Habrá dos representantes por cada circunscripción territorial y uno mas por cada doscientos cincuenta mil habitantes o fracción mayor de ciento veinticinco mil que tengan en exceso sobre los primeros doscientos cincuenta mil. Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial. La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior.”

¹⁹ “Artículo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.”

²⁰ “Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

texto que confirme ou desminta de forma frontal e direta que o controle judicial das omissões é um traço característico do novo constitucionalismo latino-americano.

Sabemos que o movimento preza por uma participação popular mais intensa, por exemplo, por referendos e plebiscitos. Sabemos que o neoconstitucionalismo, por outro lado, enxerga a Constituição como norma e jurisdição constitucional como uma garantia do constitucionalismo²¹. No contexto de aproximações e convergências possíveis, como reconhecem os autores que advogam o “novo constitucionalismo latino-americano”, tudo indica que há uma provocação para um manejo peculiar do controle de constitucionalidade para que o legislador saia da inércia e legisle para evitar direitos fundamentais. Se isso não é peculiar, típico do novo constitucionalismo latino-americano, pelo menos, ganha contornos próprios nesse constitucionalismo em seu primeiro ciclo social, ou seja, no Brasil e na Colômbia.

Antes de realizarmos propriamente a comparação constitucional do controle judicial da omissão nesses países, é preciso destacar que o *direito comparado* exige diversos cuidados metodológicos de modo a não incidir nos equívocos mais comuns ao uso desse método. Dois cuidados são essenciais (SILVA, 2009, p. 21-23). O primeiro é a *comparabilidade*, ou seja, algum grau de homogeneidade entre os objetos que se pretenda comparar em determinada análise jurídica. É preciso um cuidado tanto na escolha das instituições a se comparar quanto com o ramo do direito no qual tais institutos se inserem em cada ordenamento. O segundo cuidado diria respeito ao erro comum a diversos autores, quando consideram como direito comparado a prática de meramente listar ou enunciar de forma exaustiva a incidência da legislação e jurisprudência estrangeiras ao objeto do trabalho, indicando artigos correspondentes em códigos e Constituições de outros países sem, contudo, fazer qualquer tipo de *comparação* (NEVES, 2009, p. 178-179).

Outra questão metodológica importante é que comparação jurídica foi alçada a condição de princípio de interpretação. É que em um mundo multipolar e complexo, experiências interessantes passíveis de imitação ou inspiração podem ser encontradas em qualquer parte. A comparação jurídica como princípio ou método de interpretação constitucional, dentro dessa nova cultura jurídica global. A comparação permite

²¹ Em razão do neoconstitucionalismo ser um debate amplamente conhecido, não pretendemos explorar seus aspectos. Em linhas gerais, afirma-se que o neoconstitucionalismo é um movimento acadêmico, enquanto o novo constitucionalismo latino-americano, um movimento social. Como movimento acadêmico, ele defende a normatividade das constituições do pós-guerra, o pós-positivismo e uma fortalecimento da jurisdição constitucional. Para mais detalhes, Cf. LEGALE FERREIRA, Siddharta. A Constituição reinventada pelas crises: Do Neoconstitucionalismo ao constitucionalismo internacionalizado. **Direito Público** (Porto Alegre), v. 32, p. 158-174, 2010.

individualizar, distinguir, agrupar, classificar sistemas jurídicos e institutos, de modo a imprimir um olhar crítico sobre as nossas próprias tradições ao contrastá-las com as demais. É pensar, de forma teórica sobre as tradições, que permite encontrar um espaço de interseção entre as culturas, povos e Estados de modo a pôr diferenças de lado e superar a separação rígida entre esses elementos (HÄBERLE, 2003, p. 163; GLENN, 2004, p.4).

A comparação jurídica pode ser classificada pelo menos em duas espécies: *comparação no tempo*, vertical ou diacrônica, relaciona-se à história e ao encadeamento temporal dos elementos de uma mesma comunidade, servindo para reconstruir processos evolutivos constitucionais; e *comparação no espaço*, sincrônica ou horizontal, cuja análise recai nos elementos de ordens jurídicas diferentes de uma mesma época. Outra classificação bastante conhecida contrapõe uma macrocomparação, ou seja, longos retratos sobre instituições centrais e gerais de determinado país, à microcomparação, centrada em um instituto particular (CONSTANTINESCO, 1998, p.339).

Considerando essas questões teóricas e metodológicas, enfrentaremos o nosso objeto com os seguintes cuidados: (i) delimitação do contexto da comparação: primeiro ciclo do novo constitucionalismo latino-americano no Brasil e na Colômbia, após a promulgação das respectivas Constituições; (ii) recorreremos não apenas à legislação e jurisprudência, mas também a algumas contribuições doutrinárias desses países; (iii) a adoção não de uma comparação dos dois países como um todo, mas tão somente de uma microcomparação quanto controle judicial das omissões no Brasil pela Ação direta de inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de injunção com a discussão da ampliação da “Ação de Cumprimento” ou da “Ação de Tutela” para tutelar também a omissão com base no art. 86 e 87 da Constituição Colombiana que prevê que os direitos fundamentais podem ser violados por ação ou omissão; e, por fim, (iv) os critérios de comparabilidade, tomando em consideração a competência, legitimidade ativa e passiva, objeto e efeitos da coisa julgada nesses dois sistemas.

3. O controle das omissões inconstitucionais no Brasil: A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção (MI).

No direito brasileiro, o marco normativo em relação ao tema foi a Constituição de 1988, com a introdução de dois instrumentos específicos aptos a combater o vício em questão: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção (MI). No que diz respeito à ADO, prevista no art. 103, § 2º da Constituição e regulamentada pelos

artigos 12-A a 12-H da Lei nº 9.868/99 (após alteração pela Lei nº 12.063/2009), trata-se um instrumento deflagrador de jurisdição constitucional, mediante controle abstrato e concentrado, caracterizando processo tipicamente objetivo. Quanto ao MI, a previsão é do art. 5º, LXXI da Constituição, que enumera o instrumento em questão dentre as garantias fundamentais do Título II, Capítulo I da Carta. O MI é um instrumento consideravelmente distinto da ADO, posto à disposição do cidadão diante de omissão inconstitucional *que inviabilize o exercício de um direito fundamental*. Não somente estamos diante de um processo de índole tipicamente subjetiva, mas de cabimento mais restrito que a ADO, apta a impugnar qualquer omissão inconstitucional, mesmo aquelas não relacionadas a direitos fundamentais. De modo a compreender de forma mais clara a finalidade de cada um dos institutos, listaremos suas principais semelhanças e diferenças quanto aos seguintes critérios: (i) legitimidade ativa; (ii) objeto; (iii) competência; (iv) efeitos da decisão de mérito²².

Em relação à *legitimidade ativa*, há diferenças sensíveis entre os dois instrumentos. Na ADO a legitimação é de natureza *extraordinária*, restrita aos legitimados do rol *numerus clausus* do art. 103 da Constituição. Diz-se *extraordinária* a legitimação daqueles com aptidão específica para ajuizamento da ação em razão destes não serem titulares da relação jurídica em questão. Em relação ao MI, a legitimidade ativa para sua impetração é, em regra, de *natureza ordinária*, podendo este ser impetrado pelo titular do direito fundamental cujo exercício é inviabilizado em razão de omissão normativa²³. O Supremo também reconhece a possibilidade de legitimação ativa *extraordinária* para a impetração do MI, mesmo não existindo previsão constitucional para tanto. Já no plano infraconstitucional, a despeito de não existir nenhum diploma legislativo que busque listar de forma exaustiva o rol de legitimados, algumas normas preveem a legitimidade ativa *extraordinária* de instituições como Ministério Público (a exemplo da Lei Complementar nº 75/93) e Defensoria (Lei Complementar nº 80/94).

Quanto ao *objeto*, a despeito de ambos os institutos terem por finalidade precípua a tutela jurisdicional da inconstitucionalidade por omissão, o cabimento da ADO é mais amplo

²² A análise é propositalmente incompleta em relação a questões como legitimidade passiva e procedimento, o que tornaria esse trabalho mais denso do que o pretendido. A escolha dos quatro elementos apontados (legitimidade ativa, objeto, competência e efeitos da decisão) parece-nos adequada para uma compreensão inicial sobre os institutos, suas semelhanças e diferenças sem, contudo, pretender exaurir o tema.

²³ É pertinente lembrar, aqui, do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da titularidade dos direitos fundamentais previstos no art. 5º. A despeito de uma interpretação semântica do caput do dispositivo em questão conduzir ao entendimento de que somente os brasileiros e os estrangeiros residentes no país são titulares de direitos fundamentais, o STF já entendeu que aos estrangeiros em trânsito também são titulares de direitos e garantias fundamentais, bem como dos remédios que os asseguram, o que inclui o mandado de injunção. Porém, deve-se observar que o objeto do writ inclui também prerrogativas relativas à nacionalidade e cidadania, as quais obviamente estão excluídas da esfera de fundamentalidade dos estrangeiros em trânsito.

que do MI. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é instrumento apto a impugnar qualquer tipo de omissão inconstitucional, ou seja, casos nos quais (i) exista um dever constitucional de edição da lei ou ato administrativo²⁴; (ii) que a norma que imponha tal comando seja de eficácia limitada²⁵; (iii) que, na circunstância concreta da prática legislativa faltem as medidas necessárias para tornar exequível a norma constitucional²⁶ e, por fim; (iv) o decurso de tempo razoável²⁷ (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 124). Já em relação ao MI, além de todos os requisitos listados, a omissão deve ser inviabilizadora de direitos fundamentais. Não basta que exista uma inconstitucionalidade por omissão, sendo também necessário que a norma constitucional carente de autoaplicabilidade seja também *norma definidora de direitos*.

Em relação à *competência para julgamento*, é interessante notar que tanto o MI quanto a ADO possuem competências originárias de julgamento previstas tanto na Constituição Federal quanto nas Constituições Estaduais. No caso da ADO, a competência originária é do Supremo Tribunal Federal, no caso de omissão federal ou estadual em relação a normas da Constituição Federal, e do Tribunal de Justiça, que poderá instituir ADO estadual no caso de omissões estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual. Quanto ao MI, a competência será originária do STF 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*

²⁴ Em regra, a atividade legislativa se insere na liberdade de conformação do legislador. Contudo, nos casos em que a Constituição expressamente prevê a necessidade de atuação normativa para que uma norma constitucional seja capaz de produzir efeitos, sua abstenção será ilegítima e poderá configurar uma omissão inconstitucional. Incluem-se aqui os casos em que a Constituição expressamente prevê a necessidade de edição de leis complementares e/ou ordinárias, como o art. 5º, XXVI e XXXII, art. 7º, I e XI, art. 18 § 2º e § 4º, art. 21, IV; art. 37, VII, art. 93, art. 134, § 1º, art. 172, art. 178 e parágrafo único, art. 201, § 4º, art. 206, VIII.

²⁵ Cuida-se aqui da classificação proposta por José Afonso da Silva em seu clássico *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, na década de 1960. As normas constitucionais de eficácia limitada não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, deixando ao legislador a tarefa de completar a regulação das matérias nela traçadas. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

²⁶ Para que se reconheça uma omissão inconstitucional, uma inércia ou inação do órgão ou Poder ao qual se imputa a omissão é necessário que, concretamente, não existam medidas necessárias para se tornar exequível a norma constitucional. Se no caso concreto verifica-se que há um conjunto de medidas estatais efetivas para se dar cumprimento ao comando constitucional, o Judiciário deve ser mais contido na declaração da inconstitucionalidade por omissão, uma vez que, do contrário, estaria exercendo um juízo de valor sobre as decisões políticas que escolheram os meios para tornar efetiva a Constituição. Um exemplo bastante claro de *não configuração desse pressuposto* pode ser verificado na ADO nº 1.698. Entendeu-se que não haveria como se afirmar ter havido inércia do Presidente da República de modo a lhe imputar providência administrativa que ainda não tivesse sido por dele adotada. Tratava-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na qual se alegava que o governo estava omissivo em relação ao dever constitucional de erradicação do analfabetismo.

²⁷ Em alguns casos, a própria Constituição estabelece uma zona de certeza positiva, ao prever um prazo específico para a elaboração da norma. É o caso, por exemplo, da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, conforme o art. 48 do ADCT, que prevê o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a elaboração do CDC. Nesse caso, configurar-se-ia a inconstitucionalidade por omissão a partir do dia seguinte ao esgotamento do prazo constitucionalmente previsto. Na Constituição de 1988, temos diversos exemplos de prazo certo para a regulamentação de norma constitucional. Exemplos extraídos do ADCT: 2º, 11 e PU, 12, §§ 1º e 2º, 48, etc.

Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”. Similarmente, será recursal ordinária do STF nos casos de “*Mandados de Injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão*”. A competência para julgamento de mandados de injunção será originária do STJ 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. Da mesma que a ADO, as Constituições Estaduais também podem prever modelos próprios de competência para o julgamento do MI²⁸.

A última questão a analisar é também a mais complexa em relação a ambos os instrumentos processuais em análise: os efeitos da decisão de mérito.

Em um primeiro momento, a jurisprudência do Supremo foi extremamente tímida em relação a ambos os institutos, atribuindo-lhes como efeito principal a mera ciência ao poder ou autoridade omissa quanto ao dever normativo imposto pela Constituição, tanto no caso da ADO quanto em relação ao MI. O curioso é que nos trabalhos da própria Assembleia Nacional Constituinte, consignou-se claramente a posição de que a finalidade precípua do Mandado de Injunção seria satisfazer, no caso concreto, o direito que a omissão inconstitucional impede de ser exercido. É o que se depreende, por exemplo, da fala de Nelson Jobim em um dos debates ocorridos durante a 4ª reunião ordinária em 14 de setembro de 1988, na qual se discutia a regulamentação do instituto, tendo sido dito que “*assegurou-se que o Poder Judiciário pudesse, no caso concreto, não emitir a norma, mas satisfazer o direito que a norma faltante não satisfaz. Este foi o objetivo*”²⁹. Parece-nos não restar maiores

²⁸ Após pesquisa exauriente nas Constituições dos Estados, verificamos que todos os Estados e o DF possuem previsão de competência originária do TJ local para o julgamento do MI. Além disso, alguns poucos estados preveem, também, a prioridade na tramitação do MI, sendo estes o Mato Grosso, Rio de Janeiro e o Acre. Na redação dos artigos que preveem a competência dos Tribunais de Justiça, alguns poucos Estados apenas previram genericamente a competência do TJ (Acre, Mato Grosso, Paraná, São Paulo), enquanto os demais procuram descrever, exaustivamente, os casos de competência do Tribunal. Algumas Constituições Estaduais preveem competência originária do TJ para julgamento do writ apenas em face de autoridades estaduais, enquanto outros preveem tanto para autoridades municipais quanto para estaduais. Vide DORE FERNANDES, Eric Baracho. Aspectos processuais do mandado de injunção e a ausência de sua regulamentação. In: III Seminário do LAFEP - Laboratório Fluminense de Estudos Processuais, 2011, Niterói. Anais do III Seminário do LAFEP, 2011 e DORE FERNANDES, Eric Baracho. **Mandado de injunção e ausência de disciplina legislativa: análise e crítica dos projetos de lei e modelos estaduais**. Mimeo, 2012.

²⁹ “*O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: – Sr. Presidente, nós aprovamos no texto que o mandado de injunção caberia a qualquer indivíduo sempre que a falta de norma regulamentadora tornasse inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade. O que se assegurou? Assegurou-se que o Poder Judiciário pudesse, no caso concreto, não emitir a norma, mas satisfazer o direito que a norma faltante não satisfaz. Este foi o objetivo.*” A ata está disponível em: BRASIL. Senado Federal. **Anais da Constituinte de 1988. Comissão de redação**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituante/redacao.pdf>>. Acesso em: 10.04.2012, p. 93.

dúvidas quanto à intenção do Constituinte naquele momento. Em um trecho curioso e até mesmo engraçado da ata de 14 de setembro de 1988, Adolfo Oliveira deixou consignado que “*se o novo texto constitucional já estivesse em vigor – e é pena que não esteja – certamente procuraria valer-me da figura do mandado de injunção para pleitear vantagens concedidas aos que têm seis horas de turno ininterruptos de trabalho*”³⁰.

O primeiro julgamento de mérito de um Mandado de Injunção foi o de nº 107, tendo o jurisdicionado o impetrado com objetivo de suspender o seu licenciamento do serviço ativo das forças armadas por contar com mais de nove anos de serviço na condição de oficial. A alegação era a omissão do Presidente da República a quem caberia a iniciativa do projeto em relação à norma do art. 42, §9º, que prevê que a lei disporá sobre os limites de idade e estabilidade e outras disposições de transferência servidor militar para inatividade. O caso suscitou duas questões de ordem basicamente: se a norma do art. 5º, LXXI da Constituição de 1988 que prevê o MI seria autoaplicável sem uma lei que regulamentasse o seu procedimento; e a natureza jurídica do MI e os efeitos da decisão. Por unanimidade e nos termos do voto do relator, Ministro Moreira Alves, entendeu que a norma era sim autoaplicável, sendo cabível aplicar por analogia o procedimento do Mandado de Segurança. Quanto à segunda, entendeu-se que sua natureza era mandamental, limitando-se a notificar a autoridade omissa com o reconhecimento da mora e suspender processos judiciais ou administrativos em curso (LEGALE FERREIRA e MACEDO, 2012).

Superando-se essa tendência inicial ao menos em relação ao Mandado de Injunção, observa-se que a jurisprudência do STF tem, nos últimos anos, reavivado a importância deste remédio, atribuindo-lhe feições capazes de dar maior concretude aos direitos fundamentais por ele tutelados (MORAES, 2011, p. 186-192³¹). Superando a tradicional posição *não concretista*, segundo a qual a decisão teria efeitos meramente mandamentais, o STF tem

³⁰ “O SR. CONSTITUINTE ADOLFO OLIVEIRA: – Sr. Presidente, se o novo texto constitucional já estivesse em vigor – e é pena que não esteja – certamente procuraria valer-me da figura do mandado de injunção para pleitear vantagens concedidas aos que têm seis horas de turno ininterruptos de trabalho. Estamos completando sete horas de turno ininterrupto. Mas vou procurar compensar a não vigência da Constituição, procurando ser breve. Reduzi para três as quatorze sugestões que tinha a fazer. Procurarei ser breve.” BRASIL. Senado Federal. **Anais da Constituinte de 1988.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>>. Acesso em: 10.04.2012..

³¹ Quanto aos efeitos da decisão de mérito proferida no julgamento mandado de injunção, o professor Alexandre de Moraes (MORAES, 2011, p. 186-192) elaborou uma classificação sobre as diversas correntes adotadas pelo Supremo Tribunal Federal ao longo de sua história quanto aos efeitos de tais decisões, classificação da qual nos valeremos no presente trabalho. São elas: (i) não concretista (decisão de caráter meramente mandamental), e (ii) concretista (a decisão viabiliza parâmetros concretos do direito fundamental), subdividindo-se esta última hipótese em (iii) geral (efeitos erga omnes) e (iv) individual (efeitos inter partes), esta podendo ser (v) direta (efeitos imediatos) ou intermediária (é estabelecido prazo para que o responsável pela omissão saia da inércia e, caso este não o faça, o direito poderá ser exercitado nos termos da decisão de mérito). Hoje a tendência do Supremo é adotar decisões de natureza concretista, com maior frequência a de natureza individual e, excepcionalmente, geral.

atribuído feições *concretistas* para tais decisões, garantindo-se o efetivo exercício do direito pelo jurisdicional. A primeira decisão dita de “normatividade supletiva” do Supremo Tribunal Federal foi o MI nº 721³², no qual se entendeu que na ausência da legislação sobre aposentadoria especial dos servidores que prevê o art. 40, § 4º da Constituição, “*impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91*”. Contudo, muito mais divulgadas como representativas dessa mudança de entendimento foram as decisões proferidas no julgamento de três MI impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo (SINDIPOL), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (SINTEM) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (SINJEP), que pretendiam garantir aos seus associados o exercício do direito de greve dos servidores públicos previsto no art. 37, VII, da CF, ainda sem regulamentação. Em linhas gerais, determinou-se a aplicação analógica da Lei 7.783/89 (que trata da greve no setor privado) para a greve no serviço público, adotando-se uma solução dita concretista “geral”, com efeitos *erga omnes*³³ (MIRANDA NETTO, LEGALE FERREIRA e BASTOS, 2012).

Se por um lado a posição do STF quanto aos efeitos do mandado de injunção parece ter evoluído sensivelmente, um exemplo dos últimos anos demonstra a total inefetividade dos efeitos da decisão no âmbito da ADO. Trata-se do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.682, na qual o Supremo fixou prazo para que o Congresso Nacional saísse da inércia e elaborasse a lei complementar federal a que se refere o art. 18, § 4º da Constituição, necessária para a regulamentação dos procedimentos de criação, incorporação e fusão de municípios. O que se observou, contudo, foi além da omissão do legislador em regulamentar o dispositivo em questão, a edição de uma Emenda que acrescentou o artigo 96 ao ADCT, convalidando o vício de inconstitucionalidade dos municípios já criados. Outra questão complexa diz respeito à possibilidade de *prazo* para que o Legislativo saia da inércia. O STF determinou que em um prazo de 18 meses o Congresso sanasse a omissão, contemplando também as situações aperfeiçoadas durante o estado de inconstitucionalidade por omissão. Foram também julgadas parcialmente procedentes ações diretas contra leis estaduais que criavam Municípios, estabelecendo-se prazo de 24 meses para que as leis continuassem em vigor. Contudo, a reação do Legislativo foi de irresignação, tendo o Presidente Câmara dos Deputados oficiado o Presidente do Supremo quanto a não reconhecer

³² BRASIL. STF. MI nº 721. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 30/08/2007.

³³ BRASIL. STF. Mandado de Injunção nº 670. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 25/10/2007. BRASIL. STF. Mandado de Injunção nº 708. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 25/10/2007. BRASIL. STF. Mandado de Injunção nº 712. Rel. Min. Eros Grau. J. 25/10/2007. Cf. Informativo nº 485 do STF.

a imposição de prazo para a atuação legislativa. Apesar da reação do Legislativo esvaziar a eficácia da decisão do Supremo, a questão não é tão simples de resolver, já que durante a Assembleia Nacional Constituinte houve debate expresso sobre o tema, tendo sido consignada em ata a opção política de estabelecer prazo somente para o Executivo³⁴.

A ineficiência dos instrumentos de controle das omissões inconstitucionais em sua concepção tradicional, somada ao descaso com que as maiorias parlamentares ocasionais por vezes tratam o dever constitucional de suprir tais lacunas, levou alguns doutrinadores a afirmarem que a Constituição de 1988 teria previsto dois remédios para dar ciência ao órgão omissor do Poder Público, mas nenhum para suprir a lacuna normativa (BARROSO, 2009, p. 269), propondo até mesmo a sua extinção e substituição pela aplicação da analogia, costumes ou princípios no caso concreto (BARROSO, 2006, p. 189-198). Mesmo após a virada jurisprudencial relativa aos efeitos das decisões do mandado de injunção, a irresignação da doutrina com a inércia proposital do Congresso em face das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão levou alguns doutrinadores a proporem medidas drásticas, como uma possível aplicação analógica do trancamento de pauta caso o Legislativo não saísse de seu estado de inércia no prazo estabelecido pelo Judiciário. Outros defendem uma postura mais ativista do Judiciário, com base na existência de um “direito fundamental a efetivação da Constituição” (CUNHA JUNIOR, 2008).

Diante de um contexto de absoluta ausência de efetividade da ADO, já se cogitou até mesmo a utilização do caráter subsidiário da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de modo a obter uma efetiva integração (em abstrato) das lacunas inconstitucionais. Trata-se da ADPF nº 4, na qual se pretendia impugnar a inconstitucionalidade por omissão parcial da Medida Provisória nº 2.190-1, que teria fixado o valor do salário mínimo em um patamar insuficiente ao que exigiria o art. 7º, IV da Constituição. O STF se dividiu quanto a admissibilidade da ADPF. Cinco Ministros votaram pela admissibilidade (Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Carlos Velloso) e cinco consideraram-na inadmissível (Octavio Gallotti, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Sydney Sanches e Moreira Alves). O voto de desempate coube ao Ministro Néri da Silveira, que entendeu ser cabível a ADPF para se obter o fim desejado em relação a

³⁴ “O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: – Sr. Presidente, esta matéria foi amplamente discutida. Havia um texto, inclusive, que marcava prazo para o poder competente, e houve um entendimento no plenário, onde foi derrotada uma corrente, no sentido de se estabelecer uma distinção. O Supremo somente comunica o fato da omissão, e o poder competente que tome as suas providências. Agora, quando se tratar de esfera administrativa, compete marcar prazo. Ao Poder Legislativo não compete, nem tampouco ao Poder Judiciário. O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – Correto. Estão de acordo em manter o texto? (Pausa) Aprovado.” BRASIL. Senado Federal. **Anais da Constituinte de 1988. Comissão de redação**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>>. Acesso em: 10.04.2012, p. 217.

aquele ato normativo. Embora a edição de outra MP sobre o mesmo tema tenha resultado na perda de objeto da ADPF, os debates que resultaram no precedente têm levado a doutrina a questionar se, de fato, poder-se-ia admitir a utilização desse instrumento como alternativa mais eficaz que a ADO para o preenchimento de lacunas em abstrato pelo Judiciário.

Outra questão tormentosa diz respeito a eventual configuração de *responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa* (PINTO, 2008, p. 186-197). Como se sabe, a Constituição contém diversas normas definidoras de direito dotadas de eficácia limitada. É assim, por exemplo, com a *revisão geral anual dos servidores públicos* (art. 37, X). A revisão foi introduzida pela EC 19/98, não tendo sido regulamentada pelo Estado no plano infraconstitucional. Como resultado, os servidores começaram a levar a questão ao Judiciário requerendo indenização pela omissão legislativa, e o STF entendeu por mais de uma ocasião que o servidor que não foi contemplado pela revisão geral anual não geraria indenização. Conforme concluiu o Supremo em julgamento notificado no informativo nº 568 do Tribunal, só há responsabilidade civil do Estado por omissão em relação ao art. 37, X se o STF já tivesse estabelecido prazo para que o órgão ou o poder omisso saísse da inércia. Mas a questão adquire contornos problemáticos diante do debate já apontado a respeito da possibilidade de que se estabeleça prazo para a atuação do Legislador. O próprio STF tem sido parcimonioso em relação a determinar prazos para que a omissão seja sanada, tanto é que não o fez no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão em relação ao art. 37, X (ADI 2061). Resultado: o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por omissões legislativas fica condicionado a que o STF declare a mora e estabeleça prazo para que a lacuna seja sanada, embora o próprio STF não o faça e esgote em absoluto a possibilidade de responsabilizar o Estado.

Como se vê, muitas das questões atinentes ao tema da inconstitucionalidade por omissão continuam em aberto ou ainda carecem de respostas adequadas aos problemas enfrentados. Todo esse panorama de imprecisões e incertezas representa um grande desafio para o desenvolvimento daquilo que o professor Gilmar Ferreira Mendes chamou de uma “*teoria brasileira da omissão inconstitucional*” (MENDES e BRANCO, 2011, p. 1285-1286). De fato, como também assinala o professor Luís Roberto Barroso, toda a construção da jurisprudência do controle de constitucionalidade, desde o seu advento até pelo menos o final do século passado, bem como os dois grandes modelos de controle de constitucionalidade (austríaco e norte-americano), foram concebidos para lidar com o fenômeno da inconstitucionalidade por *ação* (BARROSO, 2011, p. 53-54).

Parece-nos que possíveis reflexões para o aprimoramento do controle das omissões inconstitucionais no Brasil podem ser obtidas através do estudo de três fontes normalmente negligenciadas por aqueles que estudam o tema.

A primeira delas diz respeito aos sistemas inaugurados pelas Constituições Estaduais. No caso da ADO estadual, por exemplo, várias Constituições adotaram técnicas próprias de controle, algumas inclusive estabelecendo sanções distintas das previstas pela Constituição Federal. A Constituição do Piauí, por exemplo, prevê que o não cumprimento da solicitação para suprir a lacuna normativa dentro do prazo assinalado pelo Tribunal de Justiça resulta na perda do cargo³⁵ e, além disso, configura *crime de responsabilidade* da autoridade competente para editar a norma^{36 - 37}. Já no caso do MI, percebemos que há, também, diversas peculiaridades dos modelos locais em relação a aspectos nos quais a Constituição Federal é omissa. Considerando a necessidade de se adotar um diploma normativo que discipline os aspectos processuais e procedimentais do remédio, os modelos locais de mandado de injunção também se mostra um campo fértil para coletar soluções bem sucedidas.

Outra fonte promissora de estudos diz respeito aos projetos existentes no Poder Legislativo para a regulamentação dos aspectos processuais do Mandado de Injunção. Apesar da intensa reconstrução jurisprudencial ao redor do instituto em relação aos seus *efeitos*, observa-se que, mesmo após 20 anos de vigência da Constituição Federal, diversos aspectos processuais do mandado de injunção encontram-se sem uma regulamentação apropriada à sua natureza, sendo aplicadas as normas relativas ao Mandado de Segurança pela vaga disposição do art. 24, parágrafo único da Lei 8.038/90. No Congresso Nacional tramitam alguns projetos de lei a respeito do tema³⁸, embora seja questionável se tais projetos atendem

³⁵ Art. 5º (...) § 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.

³⁶ Art. 124. (...) § 3º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao poder competente para a adoção das providências necessárias à prática do ato ou início do processo legislativo e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias, sob pena de crime de responsabilidade, em qualquer dos casos.

³⁷ Não se desconhece o teor da Súmula nº 722 do Supremo, que veicula entendimento no sentido de que “*são da competência legislativa da união a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.*” Entretanto, apesar da provável inconstitucionalidade formal do dispositivo, acreditamos que a análise da proposta da Constituição do Piauí ainda pode ser discutida em relação à sua aplicação em âmbito federal.

³⁸ No Senado, identificamos o PLS nº 76 de 1988, que se encontra arquivado em definitivo desde 12/02/2007. Na Câmara dos Deputados, apesar da existência de projetos arquivados (como o PL 1469/1996), identificamos um número maior de projetos em tramitação, dentre os quais destacamos os seguintes: PL 6128/2009, PL 6839/2006, PL 3153/2000, PL 4679/1990, PL 6002/1990 e PL 998/1988. Cf. DORE FERNANDES, Eric Baracho. **Aspectos processuais do mandado de injunção e a ausência de sua regulamentação.** In: III Seminário do LAFEP - Laboratório Fluminense de Estudos Processuais, 2011, Niterói. Anais do III Seminário

aos anseios de uma Constituição verdadeiramente efetiva e democrática. Se por um lado algumas das propostas legislativas vão à contramão da jurisprudência do Supremo e limitam ao extremo as possibilidades do *writ*, outras pecam pelo excesso e vão de encontro ao princípio da separação de poderes, com ideias tão teratológicas quanto à possibilidade de nomeação de um interventor judicial nos demais poderes constituídos até que a omissão seja suprida³⁹. O que é certo é que a consolidação definitiva de um modelo que legitime decisões de natureza concretista ou concretista geral com o batismo do devido processo legislativo pode representar um elemento essencial de legitimação democrática para as decisões judiciais⁴⁰.

Por fim, entendemos que o método comparativo também pode fornecer reflexões interessantes sobre o problema da nossa realidade. Não há como negar que a doutrina tem empreendido esforços nesse sentido, especialmente em relação a países como Alemanha⁴¹, Espanha⁴² e Portugal⁴³. Todavia, acreditamos que as comparações até então feitas não tem se debruçado de forma mais detida sobre a realidade latino-americana, esforço que se justificaria diante do gradual (mas constante) movimento de aproximação regional que tem sido chamado de “um novo constitucionalismo latino-americano”. Já identificados os principais problemas no controle de constitucionalidade por omissão no Brasil, será essa a proposta que empreenderemos a partir de agora. O objetivo não será apontar soluções definitivas para os problemas descritos, mas investigar se há de fato uma comparabilidade entre tais

do LAFEP, 2011. DORE FERNANDES, Eric Baracho. **Mandado de injunção e ausência de disciplina legislativa: análise e crítica dos projetos de lei e modelos estaduais**. *Mimeo*, 2012.

³⁹ Art. 20, Parágrafo Único, do PL 3153/2000: “À falta de cumprimento do mandamento judicial que não envolva prestação de natureza pecuniária, o juiz, conforme o caso, poderá suprir o ato administrativo necessário à execução, afastar simplesmente o responsável pela sua prática, ou afastá-lo e designar outra pessoa que desempenhe suas funções durante o tempo necessário à execução.”

⁴⁰ É o caso do PL 6128/2009. O art. 9º do PL adota como regra a chamada “posição concretista individual”, na qual o Judiciário suprirá a omissão ou lacuna inconstitucional com efeitos *inter partes*. Contudo, o §1º permite que excepcionalmente se atribua efeitos *erga omnes* para as decisões, quando for indispensável para o exercício do direito objeto da impetração, adotando-se, excepcionalmente, a teoria concretista geral, na qual o Judiciário suprirá a lacuna em abstrato até a superveniência de ato normativo que discipline o tema.

⁴¹ Para um estudo comparativo exauriente entre a jurisdição constitucional de ambos os países, ver MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 267-287.

⁴² Para a análise comparada mais profunda entre Brasil e Espanha de que se tem notícia no tema das omissões inconstitucionais, vide ROSA, André Vicente Pires. **Las Omisiones Legislativas & su Control Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225-275.

⁴³ No direito português, a Constituição de 1976 introduziu o controle de constitucionalidade por omissão, sendo até hoje uma das poucas que o consagraram expressamente, no art. 283º. A importância atribuída à fiscalização abstrata das omissões inconstitucionais pelo direito português é considerável, uma vez que foi incluída de forma expressa dentre os limites materiais ao poder de revisão constitucional, no art. 288º. De fato, em uma Constituição dirigente como a portuguesa de 1976, é de se compreender que o constituinte tenha se valido de instrumentos jurídicos para garantir “as medidas necessárias para a concretização da lei fundamental”. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 918-919.

ordenamentos que seja capaz de justificar um diálogo constitucional apto a solucionar os desafios que ainda enfrentamos.

4. Omissões inconstitucionais na América Latina: o caso Colombiano.

Parece correto defender que o controle da omissão é ganha contornos próprios no novo constitucionalismo latino-americano, porque, embora não seja uma exclusividade desses países. Há ações próprias para tutela da omissão em vários deles, conforme enumera Eduardo Andrés Velandia Canosa (CANOSA, 2010, p. 12-19) para a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Vejamos alguns exemplos pontuais na Venezuela e no Equador – países que integram o novo constitucionalismo latino-americano, como dito anteriormente - antes de nos debruçarmos de forma mais detida sobre o modelo colombiano.

A Constituição da Venezuela prevê expressamente o controle da inconstitucionalidade por omissão no art. 336, 7, de competência de órgão específico do Supremo Tribunal de Justiça⁴⁴. Diferentemente do Brasil, concentra-se na Corte Constitucional do país a competência para declarar a inconstitucionalidade de omissões estaduais e municipais, o que certamente se deve à extensão territorial da Venezuela, que se distingue do modelo federativo brasileiro. A parte final do dispositivo é interessante, distinguindo-se do modelo brasileiro na medida em que determina que caso se faça necessário, a decisão pode especificar de forma mais detalhada as formas para afastar a omissão. Trata-se de um interessante meio termo entre as propostas tradicionais, uma vez que se respeita a conformação do legislador quanto ao conteúdo da norma, mas também podem ser impostas as diretrizes necessárias para afastar a omissão. No Brasil não há previsão constitucional para tanto, embora de forma casuística o Supremo acabe por traçar algumas diretrizes ou parâmetros para a norma a ser produzida, como no caso da ADI nº 3.682, cujo julgamento consignou a necessidade de diversas providências, como, por exemplo, a necessidade de disciplinar o regime dos Municípios criados sem a lei complementar exigida (o que foi atendido ao menos em parte, com a EC 57/2008, que acrescentou o art. 96 ao ADCT).

⁴⁴ *Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: (...) 7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o la legisladora nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.*

No Equador, a previsão é do art. 436, inciso 10 da Constituição de 2008⁴⁵, que dispõe ser de competência originária da Corte Constitucional o controle da inconstitucionalidade por omissão, seja parcial ou total, de qualquer autoridade pública estatal. A redação é um pouco mais precisa do que a da Constituição do Brasil ao prever expressamente a existência de omissões *parciais* e *totais*, diferença em relação a qual a brasileira silencia (a despeito da diferenciação ser bastante clara na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal). Em relação aos *efeitos da decisão*, ao contrário da ADO no Brasil, a Corte Constitucional do Equador pode suprir a lacuna em abstrato ou garantir a execução do ato, até que sobrevenha a lei ou ato normativo em questão disciplinando a matéria. A Constituição equatoriana parece ter depositado maior confiança no Judiciário quanto ao controle das omissões inconstitucionais, embora o mesmo só deva proferir decisões de normatividade abstrata após o decurso do prazo previsto na Constituição para a elaboração da norma ou após prazo que a Corte considere razoável para que a autoridade omissa saia da inércia. Nesse último caso, se a omissão persistir, deverá o Judiciário suprir a lacuna temporariamente. A despeito de a experiência brasileira atribuir efeitos bastante distintos em relação à decisão de mérito, a observância do prazo expressamente previsto para a elaboração das normas em questão não parece levantar maiores questionamentos. O problema está justamente na possibilidade ou não do Judiciário determinar prazo para a atuação legislativa onde a Constituição silencia.

Analisemos de forma mais detida, por fim, o modelo colombiano. O Tribunal Constitucional é eleito pelo Senado a partir de listas elaboradas pelo Presidente para mandatos de 8 anos sem reeleição (art.239)⁴⁶. Veja-se que o simples fato de se prever esse modelo de uma democracia participativa para uma emenda à Constituição necessitando de um referendo (art.377) já tem um impacto na jurisdição constitucional: impelir a uma maior autocontenção do Judiciário, diante desse maior índice de aprovação popular decorrente de um diálogo entre o Parlamento e o povo (OLIVEIRA e GOMES, 2011, p.350). No próprio texto da Constituição colombiana, porém, a tendência é de fato circunscrever a atuação da Corte

⁴⁵ Art. 436. - *La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: (...) 10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.*

⁴⁶ “Artículo 239. *La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho. Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos*”.

Constituição a vícios formais ou no procedimental. De qualquer forma, é interessante notar que, apesar do que poderia se fazer crer pelo senso comum, esse modelo de democracia participativa não atribui um papel menor nesse arranjo institucional: é a própria Corte Constitucional que verifica a lisura procedimental da convocação de mecanismos de participação popular, como um referendo ou plebiscito (art.241⁴⁷). Se esse parece o movimento natural de que o Judiciário evite ter como inconstitucionais materialmente atos deliberados publicamente de forma intensa, a dúvida permanece em relação às omissões inconstitucionais e como o Judiciário lidará com elas nesse contexto: instando a participação popular ou resolvendo a omissão?

Eduardo Andrés Velandia Canosa destaca que a Colômbia enfrenta diversos casos típicos de omissão legislativa inconstitucional, como em relação ao artigo 53 (que prevê a criação de um Estatuto do Trabalho, norteado por uma série de princípios enumerados no artigo)⁴⁸ e ao art. 88 (no que diz respeito previsão legal de responsabilidade objetiva para ofensa a direitos metaindividuais) da Constituição. No entanto, percebe-se não haver remédios voltados especificamente para lidar com a omissão legislativa inconstitucional de natureza total ou absoluta (CANOSA, 2010, p. 23).

Não é que não existam remédios para enfrentar de alguma forma a inconstitucionalidade em geral e a omissão em particular. Existem e são basicamente as seguintes: (i) “ação de tutela” (*acción de tutela*); (ii) “Ação de Cumprimento” (*Acción de Cumplimiento*); (iii) “ação de nulidade por inconstitucionalidade” (*acción de nulidade por inconstitucionalidad*); e (iv) ação pública de inconstitucionalidade (*acción pública de*

⁴⁷ “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.” É verdade que aparentemente ficou vedado o controle da constitucionalidade material de atos decorrentes desses mecanismos de participação direta, enquanto o art. 241, 5 autoriza tal controle de atos do Poder Executivo: “art. 241 (...) 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.”

⁴⁸ No mesmo sentido, defendo a possibilidade de se reconhecer a omissão total da Constituição (embora explique que a jurisprudência só possibilita o controle da omissão parcial), fundamentando tanto no Estado social e democrático de direito quanto nos direitos sociais, econômicos e culturais, previstos na Constituição da Colômbia. Confira-se: CLEVES, Gonzalo Ramírez. **El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia**. p.26. Disponível em: <<http://icr.uexternado.edu.co/Documentos/ponencia1.pdf>> Acesso em: 14.07.2012.

inconstitucionalidad) (REGUERA, 2003). A ação de tutela será abordada em primeiro lugar e em mais detalhes por permitir uma comparação específica no que diz respeito ao controle das omissões. As demais serão mencionadas com uma visão superficial para se compreender melhor o sistema de controle colombiano.

O art. 86 da Constituição⁴⁹ prevê uma “Ação de Tutela” regulamentada pelo Decreto 2591/1991, inspirada no recurso de amparo mexicano espanhol e alemão. Qualquer pessoa pode propor essa ação para garantir a proteção de direitos fundamentais ameaçados por ações ou omissões do Poder Público no caso concreto (CASADO, 2012, p. 512). Mais precisamente, o seu objeto se volta contra ações ou omissões prejudiciais do poder público ou dos particulares à prestação de um serviço público diretamente associado ao interesse coletivo e a efetivação dos direitos fundamentais (ESCOBAR, 2010, p. 314). Essas ações podem ser remetidas para revisão da Corte Constitucional, o que gera efeitos naquele caso concreto apenas, conforme dispõe o art. 36 do mencionado decreto (efeitos *inter partes*), ainda assim se diz que essa função constitucional é importante para a unidade interpretativa da Constituição. Por meio desse instrumento processual, o Tribunal Constitucional tem atuado de forma ativista de modo a garantir a efetividade de direitos fundamentais sociais⁵⁰ (ARANGO, 2010, p. 721-754), a exemplo do que vem ocorrendo no Brasil por meio da judicialização de direitos como saúde e educação⁵¹ através de ações ordinárias e de Mandados de Segurança⁵². Tanto no

⁴⁹ “ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

⁵⁰ Sentencia C-018/93: “La jurisprudencia de la Corte debe ser universal, coherente y consistente, con el ánimo de realizar el principio de igualdad material, en virtud del cual se debe conferir igual tratamiento a situaciones similares, así como propiciar un mínimo de certeza en el tráfico jurídico. Tales atributos de la jurisprudencia constitucional requieren de la existencia de un mecanismo de unificación. La revisión de sentencias de tutela por parte de la Corporación es eventual, esto es, no se revisan todas las sentencias sino tan sólo aquellas que sean seleccionadas por tener un carácter paradigmático. Tal carácter tiene dos implicaciones: es obligatorio y es didáctico. Mal haría la Corte en contribuir a la didáctica constitucional mediante sentencias contradictorias, que antes que educar desorientan y crean confusión. Para ello entonces se creó el mecanismo unificador regulado en la norma acusada.”

⁵¹ A despeito das promessas por uma sociedade menos desigual, percebe-se que as Constituições programáticas e dirigentes, ao menos no Brasil, ainda não foram capazes de efetivamente conformar a realidade social ou subordinar a vontade política dos governantes para tanto. Por essa razão, o direito contemporâneo tem assistido a um claro processo de judicialização das políticas públicas, no qual o Judiciário tem dado a última palavra a respeito da exigibilidade de tais direitos. O fenômeno de centralização das discussões sobre políticas públicas no Poder Judiciário é objeto de diversas críticas, como, por exemplo, o déficit de legitimidade democrática dos

modelo brasileiro quanto no colombiano⁵³, trata-se da tutela de um direito fundamental em concreto, não havendo uma omissão inconstitucional abstrata (ausência de regulamentação). É preciso avançar nos estudos, porém, até que ponto essa ação parece com um instrumento de controle da inconstitucionalidade por omissão como a ADO ou o MI brasileiros.

O art. 87 da Constituição da Colômbia⁵⁴, por sua vez, prevê a possibilidade de provocação da tutela jurisdicional para assegurar a execução de lei (em sentido material) ou atos administrativos. A regulamentação infraconstitucional da chamada “Ação de Cumprimento” (*Acción de Cumplimiento*) está contida na Lei nº 393/1997. Todavia, trata-se de um remédio destinado a assegurar a execução de um ato normativo (lei em sentido formal ou material) já existente, não sendo apto a impugnar omissões normativas em abstrato. Ainda é preciso refletir mais sobre as possíveis semelhanças e diferenças, mas essa ação parece aproximar-se mais do mandado de segurança brasileiro. Embora diversos autores colombianos enfatizem a importância da ação para efetivar o Estado social e democrático de direito, promovendo o cumprimento da legislação (CANOSA, 2010), a previsão do art. 87 parece insuficiente para a tutela da inconstitucionalidade por omissão em abstrato especificamente da Constituição da Colômbia, quando inexistente lei.

O art. 237, 2 da Constituição da Colômbia prevê a competência do Conselho de Estado para conhecer da “ação de nulidade por inconstitucionalidade” (*acción de nulidade por inconstitucionalidad*) contra decretos ditados pelo governo nacional, desde que não sejam no âmbito da Competência da Corte Constitucional⁵⁵.

magistrados, o caráter programático de diversas normas constitucionais relativas a direitos sociais e a ausência de expertise técnica do Judiciário para a elaboração de políticas públicas. Por tais motivos, doutrina e jurisprudência vêm trabalhando com a ideia de parâmetros de atuação e audiências públicas para enfrentar o problema. DORE FERNANDES, Eric Baracho. Estado Social de Direito no Brasil: o desafio de equacionar democracia e judicialização das políticas públicas. **Direito Público (Porto Alegre)**, v. 8, n. 42, p. 84-102, 2011.

⁵² A despeito de a jurisprudência brasileira admitir a possibilidade de impetração de Mandado de Segurança para garantir direitos fundamentais sociais, filiamo-nos ao entendimento de que tal remédio não deveria ser cabível para a tutela desses direitos, em especial do direito à saúde. Sendo um remédio destinado a tutelar direito líquido e certo, o procedimento não comporta dilação probatória, o que acaba sendo essencial nos casos em que a Administração Pública deseja produzir prova pericial para comprovar suspeitas de laudos médicos falsos ou fraudes similares. Todavia, nada impede que, presentes os requisitos, o magistrado receba a inicial do Mandado de Segurança como se de procedimento ordinário fosse, considerando que este é igualmente capaz de tutelar o direito material em questão, com a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela (art. 273 do CPC) e julgamento antecipado (art. 330 do CPC).

⁵³ Um exemplo recente foi a decisão da Corte Constitucional da Colômbia para proteger direitos sociais de cidadã hipossuficiente que participava de programas sociais implantados pelo governo. Determinou-se que o Banco Agrário cumprisse sua função social de forma adequada, eis que o mesmo recusava-se a pagar o benefício social para a requerente em razão de perda de documento de identidade. Vide a *Sentencia* T-069/12.

⁵⁴ **ARTICULO 87.** *Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.*

⁵⁵ **“ARTICULO 237.** *Son atribuciones del Consejo de Estado: 1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. 2. Conocer de las acciones de nulidad*

O art. 241 da Constituição colombiana de 1991 e seus incisos prevê a ação pública de inconstitucionalidade (*acción pública de inconstitucionalidad*)⁵⁶. É importante destacar, porém, que se trata de uma ação tradicional no constitucionalismo colombiano, com mais de 100 anos. Desde o Ato legislativo 3 de 1910, existe a autorização para então Suprema Corte de Justiça atuar como “legislador negativo” no plano abstrato. Note-se, portanto, que isso ocorreu muito antes do Tribunal austríaco e muito antes de Kelsen engendrar suas teorias (GONZALEZ, 2010). A legitimidade para propor tal ação é de todo o cidadão, sem necessidade de demonstração de um interesse concreto ou particular, para impugnar uma lei ou decreto que repute inconstitucional. Trata-se de uma ação pública e informal que consubstancia um direito de participação política do Cidadão em fiscalizar e controlar o legislador, o que se insere na lógica da democracia participativa que a Constituição colombiana encampa nos arts. 1º e 40 já referidos. Diga-se de passagem que, mesmo com um rol amplo de legitimados do art. 103, da Constituição brasileira, o cidadão não é legitimado para propor a ADI, ADC, ADO ou ADPF⁵⁷. Por fim, é importante ressaltar que a sentença da Corte Constitucional faz coisa julgada operando efeitos obrigatórios/vinculantes, gerais (*erga omnes*) e não retroativos ou a partir do momento da decisão (*ex nunc*).

Até mesmo em razão da pluralidade de ações e desse modelo participativo de democracia, constata-se que a Colômbia e o Brasil têm vivenciado um maior ativismo judicial (FLOREZ MUNOZ, 2010). Não obstante a inexistência de instrumentos típicos para enfrentar a omissão legislativa inconstitucional absoluta é uma realidade possível na Colômbia diante de normas constitucionais que impõem um dever expresse de legislar. De fato, até o momento a jurisprudência só tem enfrentado de alguma forma as omissões ditas *relativas*⁵⁸. Como enfrentar o problema?

Eduardo Andrés Velandia Canosa propõe uma reforma do art. 87, ampliando o cabimento da “Ação de Cumprimento” para as hipóteses de omissão legislativa parcial ou total. A sentença de procedência estabeleceria prazo para que a lacuna inconstitucional fosse suprida, após o qual seria proferida pela via jurisdicional a regulamentação temporária para o

por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.”

⁵⁶ ARTÍCULO 241. (...) 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. (...) 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

⁵⁷ Chegou-se a cogitar da possibilidade do cidadão ser legitimado para propor a ADPF, porém, o veto presidencial ao dispositivo da Lei 9882/99 suprimiu tal possibilidade.

⁵⁸ Vide por exemplo a definição dada pela Corte na *Sentencia* C-038/06, na qual se define a inconstitucionalidade por omissão relativa e os métodos de interpretação utilizados para enfrentá-la, como a interpretação conforme a Constituição.

direito (CANOSA, 2010, p. 24-25). O autor chega até mesmo a remeter de forma expressa ao Mandado de Injunção brasileiro como fonte de inspiração para a sua proposta, o que reforça a utilidade e a importância de os dois países conhecerem melhor os modelos adotados. Diante disso, parece-nos mais uma vez que há uma semelhança entre os problemas e desafios dos países integrantes do constitucionalismo latino-americano de modo a justificar o diálogo entre ordenamentos como possível solução para os problemas constitucionais.

Há quem possa dizer que traços distintivos entre os ordenamentos impeçam que a experiência brasileira sirva de modelo para uma ação de controle das omissões na Colômbia (ou o inverso), em especial diferenças na dinâmica das relações entre os poderes e a jurisdição constitucional. Contudo, não parece ser o caso, eis que da mesma forma que no Brasil, a jurisdição constitucional na Colômbia tem adquirido feições ativistas, como no caso da tutela dos direitos sociais, em que se justifica uma interferência na atividade típica de outro poder de modo a realizar de forma efetiva as promessas de um Estado social e democrático de direito.

5. Conclusões.

Duas questões iniciais guiaram o trabalho que se aproxima do seu desfecho: É possível reconhecer um contorno próprio para o controle judicial das omissões no Brasil e na Colômbia? Esse tipo de controle judicial nesses países insere-se numa experiência própria do “*novo constitucionalismo latino-americano*”?

A análise comparada força a concluir que a inconstitucionalidade por omissão é um problema comum ao Brasil e a Colômbia, a despeito dos meios existentes para enfrentar o vício em cada um dos ordenamentos serem consideravelmente distintos. No Brasil, os efeitos da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ainda são incapazes de responder ao problema e possuem uma regulamentação apenas recentemente com a Lei nº 12.063/09, enquanto a regulamentação processual do Mandado de Injunção sequer foi trazida de forma mais precisa por lei.

Na Colômbia, apesar da doutrina local reconhecer o problema e a própria Constituição impor uma série de deveres positivos ao legislador, ainda não existem instrumentos típicos de controle da inconstitucionalidade por omissão da Constituição em abstrato. A despeito disso, instrumentos como a “Ação de Tutela” demonstram que o Judiciário da Colômbia exerce um papel análogo ao Brasil na tutela dos direitos fundamentais diante de ações e omissões em relação aos direitos fundamentais de outros poderes constituídos em situações concretas. As feições semelhantes da atividade jurisdicional em

ambos os países parecem justificar um diálogo constitucional mais intenso, como propõem alguns autores colombianos em relação a um modelo próximo do Mandado de Injunção.

No contexto de aproximações e convergências possíveis, como reconhecem os autores que advogam o “novo constitucionalismo latino-americano”, tudo indica que há uma provocação para um manejo peculiar do controle de constitucionalidade para evitar que o legislador saia da inércia e legisle para proteger direitos fundamentais. Se isso é não é peculiar ao novo constitucionalismo latino-americano, pelo menos, ganha contornos próprios nesse constitucionalismo em seu primeiro ciclo social, ou seja, no Brasil e na Colômbia. Em uma análise menos profunda do que a realizado no modelo colombiano, verificamos que Venezuela e Equador também reconhecem o problema da inconstitucionalidade da omissão e, diferentemente da Colômbia, preveem instrumentos típicos para seu enfrentamento. As peculiaridades de tais instrumentos fornecem um terreno fértil de comparação com a realidade brasileira, com semelhanças e distinções que tivemos a oportunidade de apontar.

Não finalizaremos este trabalho com uma solução milagrosa para os problemas brasileiros a partir de parâmetros extraídos da comparação com o modelo Colombiano ou o contrário sugerindo exportar nossos institutos jurídicos. A proposta foi mais modesta: reconhecer e comparar e não a de criticar para reformar o ordenamento brasileiro ou o colombiano. Comparar e descrever é um primeiro passo para perceber que as experiências latino-americanas compartilham de dilemas constitucionais comuns. Com isso, espera-se estimular reflexões para superar esses desafios que ainda enfrentamos para a realização da força normativa da Constituição e dos projetos sociais almejados pelos cidadãos.

6. Referências bibliográficas.

ARANGO, Rodolfo. O Direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.); SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 721-754,

BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **Temas de Direito Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 189-198.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**, 9ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. **El principio de Supremacía y la inconstitucionalidad por omisión legislativa: ¿nueva tendencia del constitucionalismo latinoamericano o es una garantía del derecho procesal constitucional?** Trabalho apresentado no Congresso Mundial de Direito constitucional. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/359.pdf>> Acesso em: 07.07.2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CASADO, Iván Vila. **Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo**. Bogotá: legis información e soluciones, 2012.

CLEVES, Gonzalo Ramírez. **El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia**. p.26. Disponível em: <<http://icr.uexternado.edu.co/Documentos/ponencia1.pdf>> Acesso em: 14.07.2012.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado**. Rio de Janeiro, 1998

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALMAU, Rubens Martinez. **¿se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** Trabalho apresentado no Congresso Mundial de Direito constitucional, 2010. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>> Acesso em: 10/07/2012.

_____. Asembleas constituintes e novo constitucionalismo em América Latina. **Tempo exterior: Revista de análise e estudos internacionais**. N. 17, 2008. Disponível em: <http://www.igadi.org/te/pdf/te_se17/te29_17_005_ruben_martinez_dalmau.pdf> Acesso em: 10.07.2012.

_____. ; PASTOR, Roberto Viciano. **¿Ganar o perder? La propuesta de reforma constitucional em Venezuela y el referendo de 2007**. 2008. <<http://www.ceps.es/webantigua/investigacion/informes/ptalsxxi/1-julio2008.pdf>> Acesso em: 11.07.2012.

DORE FERNANDES, Eric Baracho. **Aspectos processuais do mandado de injunção e a ausência de sua regulamentação.** In: III Seminário do LAFEP - Laboratório Fluminense de Estudos Processuais, 2011, Niterói. Anais do III Seminário do LAFEP, 2011.

_____. **Mandado de injunção e ausência de disciplina legislativa: análise e crítica dos projetos de lei e modelos estaduais.** *Mimeo*, 2012.

_____. Estado Social de Direito no Brasil: o desafio de equacionar democracia e judicialização das políticas públicas. **Direito Público (Porto Alegre)**, v. 8, n. 42, p. 84-102, 2011.

ESCOBAR, Jacobo Pérez. **Derecho constitucional colombiano.** Bogotá: Colombia, 2010.

FLOREZ MUNOZ, Daniel Eduardo. La acción pública de inconstitucionalidad como garantía del Estado constitucional en Colombia. **Opin. jurid.**, Medellín, v. 9, n. 18, July 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302010000200006&script=sci_arttext> Acesso em: <13.07.2012>

GLENN, Patrick. **Legal traditions of the World.** Oxford: Oxford University Press, 2004.

GONZÁLEZ, David Mendieta. **La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia.** *Vniversitas*, Bogotá, n. 120, Jan. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0041-90602010000100003&script=sci_arttext> Acesso em: 13.07.2012.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

LEGALE FERREIRA, Siddharta. A Constituição reinventada pelas crises: Do Neoconstitucionalismo ao constitucionalismo internacionalizado. **Direito Público (Porto Alegre)**, v. 32, p. 158-174, 2010.

_____. ; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de ; BASTOS, Thiago Guerreiro . Actuación del Supremo Tribunal Federal brasileño bajo la Presidencia del Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2008-2010). In: Eduardo Andrés Velandia Canosa. (Org.). **Derecho Procesal constitucional.** III ed. Bogotá Colômbia: VC Editora LTDA, 2012, v. III, p. 346-358.

_____. ; MACEDO, Marco Antônio F. . **A Corte Moreira Alves (1975-2003): a judicatura de um civilista e o controle de constitucionalidade.** In: Seminário Internacional de História e Direito, 2012. SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE HISTÓRIA E DIREITO: INSTITUIÇÕES POLÍTICAS, PODER E JUSTIÇA, 2012. v. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 2009

_____. ; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Fabio Correa Souza de; GOMES, Camila Beatriz Sardo. O novo constitucionalismo latino-americano. In: CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas (Orgs.) **Desafios da Constituição: Democracia e Estado no século XXI.** Rio de Janeiro: UFRJ-FAPERJ, 2011, p.334 e seguintes..

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REGUERA, Emilia Girón. **El control de constitucionalidad en Colombia.** Trabalho Apresentado no VIII Congresso Iberoamericano de 2003. Disponível em: <<http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/justicia/EmiliaGiron.pdf>>. Acesso em: 14.07.2012.

ROSA, André Vicente Pires. **Las Omisiones Legislativas & su Control Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Um pouco de Direito Constitucional Comparado.** São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

UPRIMNY, Rodrigo. **Las transformaciones recientes em America Latina: tendencias e desafios.** Trabalho apresentado no Congresso Mundial de Direito constitucional, 2010. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/242.pdf>> Acesso em: 10.07.2012.

WOLLKMER, Antonio Carlos e FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar – Revista de Ciências jurídicas v. 16, n. 2 de jul./dez., 2011.**

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La pachamama y el humano.** Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.