

Insta mencionar o Processo T-167/04 – movida por Asklepios Kliniken GmbH contra Comissão das Comunidades Europeias, em que a ação por omissão foi admitida, tendo sido, no mérito, julgada improcedente, pois não havia transcorrido prazo razoável para a sua manifestação:

Síntese: Sociedade alemã de direito privado, especializada na gestão de centros hospitalares denunciou, em 20 de janeiro de 2003, à Comissão a concessão de auxílios alegadamente ilegais a hospitais públicos pelas autoridades públicas na Alemanha.

O Tribunal ressaltou que a fixação de critérios abstratos numa decisão de alcance geral não pode constituir uma tomada de posição da Comissão sobre uma denúncia específica. Esses critérios estabelecem apenas os elementos que devem ser tomados em conta para avaliar a compatibilidade com o direito comunitário de financiamentos. Na medida em que tem competência exclusiva para apreciar a compatibilidade de um auxílio de Estado com o mercado comum não pode prolongar indefinitivamente a análise preliminar das medidas estatais. O Tribunal de Primeira Instância já decidiu que uma duração cerca de 6 meses para tratar um caso de uma determinada complexidade respeitante a diversos aeroportos italianos, não excedia os limites do Prazo razoável (acórdão Air One). Ao invés, no acórdão Gestevisión Telecinco/Comissão, o Tribunal de Primeira Instância considerou que a duração do tratamento das denúncias de 47 meses para a primeira e de 26 meses para a segunda ultrapassara os limites do razoável. Considerou que a Comissão podia legitimamente protelar o exame das questões de fato suscitadas pela denúncia para aguardar uma clarificação do quadro jurídico á luz do qual a investigação da denúncia deveria ser conduzida. Um intervalo de seis meses medeia entre a prolação do acórdão Almark Trans e Reglerungsprasadium Magdeburg e o termo do prazo previsto no artigo

232, segundo parágrafo, CE. Considerou, ainda, o caso inegavelmente complexo. A denúncia refere a todos os hospitais públicos na Alemanha, que montam a mais de 700, sem todavia os identificar individualmente, e critica tanto a compensação pelos organismos públicos de eventuais perdas de exploração dos hospitais como a concessão de uma garantia, sem que sejam fornecidas precisões sobre os auxílios recebidos por cada hospital referido. Atendendo à complexidade do caso, este prazo era, de qualquer modo, demasiado curto para que a Comissão pudesse concluir a análise preliminar da compatibilidade dos financiamentos denunciados pela demandante. À data da notificação, a duração da análise da denúncia não excedia os limites do razoável.

5.4.1.3 COMPORTAMENTO DA INSTITUIÇÃO CONVIDADA A AGIR

A Instituição convidada a agir pode optar pelo cumprimento do solicitado, levando ao encerramento do caso.

Nesse sentido, o processo T-420/05, em que *Vischim Srl*, com sede em Cesano Maderno (Itália) interpõe ação por omissão em face da Comissão, sendo que o acórdão do Tribunal de 1ª Instância, hoje Tribunal Geral, datado de 07 de outubro de 2009 assim se pronuncia quanto aos pedidos relativos à omissão:

252 A recorrente pede que o Tribunal de Primeira Instância declare, nos termos do artigo 232.º CE, que a Comissão não tomou posição sobre a sua carta de 14 de Abril de 2005, que a convidava a não proceder à adopção da proposta aprovada pelo comité em 15 de Fevereiro de 2005, a não ser que a especificação do clorotalonil fosse alterada para contemplar a especificação do seu produto.

253 Resulta da jurisprudência que os requisitos de admissibilidade de uma acção por omissão, previstos no artigo 232.º CE, não se encontram preenchidos quando a instituição demandada,

convidada a agir, tenha tomado posição em relação a este convite antes de ser intentada a acção (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Abril de 1993, *Pesqueras Echebaster/Comissão*, C-25/91, *Colect.*, p. I-1719, n.º 11).

No entanto, a Instituição pode não cumprir ao solicitado. Nos casos em que convidada a agir a Instituição requerida se mantém silente no transcurso do prazo de dois meses, o requerente pode, até expirar um novo prazo de dois meses, instaurar a ação por omissão.

A ação por omissão se mostra cabível também diante da abstenção da Instituição convidada a agir em tomar posição utilizando-se de meios dilatórios. João Motta Campos exemplifica citando o caso em que a Instituição simplesmente diz que vai estudar a pretensão, não se posicionando.³⁹

61996A0095 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção Alargada) de 15 de setembro de 1998. *Gestevisión Telecinco AS contra Comissão das Comunidades Europeias*. Auxílios estatais. Televisões públicas. Denúncia. Ação por omissão. Obrigação de instruir por parte da comissão. Prazo. Procedimento do art. 93. N.2. Dificuldades sérias. Processo T 95/96.

Síntese: *Gestevisión Telecinco SA*, sociedade de direito privado espanhol apresentou junto à Comissão uma denúncia a fim de obter a declaração de incompatibilidade com o mercado comum, nos termos do artigo 92 do Tratado CE, dos auxílios concedidos pela Administração Central espanhola ao organismo público RTVE.

(...) A demandante salientou, a justo título, que esta carta não define qualquer posição por parte da Comissão a propósito das denúncias em causa, na medida em que a Instituição se limita a informar que, após exame das denúncias e conclusão de um estudo encomendado ao exterior, solicitou às autoridades espanholas uma série de esclarecimentos complementares. Com efeito, uma

carta emanada de uma instituição que foi notificada para agir em conformidade com o artigo 175 do Tratado, nos termos da qual é prosseguida a análise das questões suscitadas, não constitui uma tomada de posição que ponha termo à omissão (acórdãos do Tribunal de Justiça, Snupat/Alta Autoridade, já referido, e de 22 de maio de 1985, Parlamento/Conselho, 13/83, Recueil, p. 1513, n.25). Resulta do acima exposto que a Comissão se colocou em situação de omissão em 08 de fevereiro de 1996, do convite a agir, em virtude de se ter absterido de adotar uma decisão declarando que ou as medidas estatais em causa não constituíam auxílios na acepção do artigo 92, n. 1, do Tratado, ou que deviam ser qualificadas de auxílios na acepção do artigo 92, n.1, mas são compatíveis com o mercado comum nos termos do artigo 92, nº 2 e 3, ou que era necessário instaurar o procedimento do artigo 93, n.2, do Tratado, ou, ainda, de adotar, em função das circunstâncias, uma combinação destas diferentes potenciais decisões. Ação por omissão julgada procedente.

Contudo, nas hipóteses de recusa expressa da Instituição em cumprir a obrigação terá cabimento a interposição de ação de anulação, tendo em vista que a ação por omissão pressupõe a ausência de tomada de posição.

Também não é cabível a interposição de ação por omissão quando convidada a agir a Instituição adota um ato diferente do solicitado, mas relativo ao objeto da solicitação do requerente, em virtude de se configurar em um posicionamento da Instituição.

De qualquer forma é importante notar que a fase pré-contenciosa ou administrativa oportuniza a possibilidade de pronunciamento culminando em grande parte no cumprimento da obrigação ou eventualmente na propositura de ações perante o Tribunal de Justiça.

Na realidade, impõe-se reconhecer que o estabelecimento de uma fase pré-contenciosa se mostra em consonância com o Estado Democrático de Direito, pois oportuniza maior possibilidade de participação, com fins ao cumprimento do ato no menor prazo possível.

Infelizmente, não verificamos no âmbito da ação direta de

inconstitucionalidade por omissão a previsão de uma fase administrativa visando a por fim à abstenção do órgão obrigado por norma constitucional a agir.

5.4.2. FASE CONTENCIOSA

Mister se faz consignar que nas hipóteses de adoção do ato solicitado, recusa expressa de adotá-lo ou a adoção de ato diferente do requerido por representarem uma tomada de posição conduzem ao ajuizamento da ação de anulação da decisão de rejeição do pedido formulado, e não a ação por omissão.

Sendo assim, no caso de ação de anulação contra a recusa explícita da adoção do ato por parte da Instituição convidada a agir, o Tribunal se der provimento à ação declarará ser nulo e de nenhum efeito o ato de recusa impugnado, devendo a Instituição adotar o ato que lhe tenha sido requerido, em observância ao princípio da legalidade, sob pena de não o fazendo, se sujeitar a novo procedimento por omissão, sem prejuízo de responder pelo seu comportamento ilegal em eventual ação de indenização.

Nesse diapasão, a fase contenciosa da ação por omissão apenas se iniciará diante da ausência de tomada de posição (manteve-se silente ou recusou tacitamente a adotar o ato solicitado) pela Instituição Comunitária convidada a agir no prazo de dois meses.

Caso a Instituição demandada se manifeste expressamente no decurso do processo a ação ficará prejudicada, em decorrência da superveniente perda de objeto.

A tramitação da Ação por Omissão observa as regras do processo comum.

O que mais releva enfatizar na hipótese do Tribunal declarar que, ao recusar-se implicitamente a adotar o ato que lhe foi solicitado, a Instituição não observou obrigação imposta pelo Tratado, a Instituição deverá tomar as medidas necessárias para dar boa execução ao acórdão do tribunal adotando o ato cuja omissão deu origem ao recurso.

5.4.3. O CUMPRIMENTO DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL GERAL OU TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA COMO MANIFESTAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No âmbito da União Europeia, há o cumprimento de obrigações sem a necessidade de execução forçada. Os Estados-Membros cumprem as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça em decorrência de seu alto grau de legitimidade, uma vez que observam o princípio da legalidade. Importante ressaltar que o próprio Estado-Membro participou da criação da norma, o que sem dúvida, é determinante para o seu efetivo cumprimento.

A efetividade das normas da União Europeia se deve à criação de uma união conformada pelo direito. A norma é cumprida visando atingir às finalidades da União Europeia, consoante art. 2º supratranscrito e art. 3º, ambos da TUE:

Artigo 3º: 1. A União tem por objectivo promover a paz, os seus valores e o bem-estar de seus povos.
2. A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controles na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno.

3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico. A União combate a exclusão social e as discriminações e combate e promove a justiça e a protecção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a protecção dos direitos da criança.

A União promove a coesão económica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados membros.

A União respeita a riqueza de sua diversidade

cultural e linguística e vela pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do património cultural europeu.

4. A União estabelece uma união económica e monetária cuja moeda é o euro.

5. Nas suas relações com o resto do mundo, a União afirma e promove os seus valores e interesses e contribui para a protecção dos seus cidadãos. Contribui para a paz, a segurança, o desenvolvimento sustentável do planeta, a solidariedade e o respeito mútuo entre os povos, o comércio livre e equitativo, a erradicação da pobreza e a protecção dos direitos do Homem, em especial os da criança, bem como para a rigorosa observância e o desenvolvimento do direito internacional, incluindo o respeito dos princípios da Carta das Nações Unidas.

6. A União prossegue os seus objectivos pelos meios adequados, em função das competências que lhe são atribuídas nos Tratados.

Na realidade, impõe-se reconhecer a inexistência de meios executivos no âmbito do Direito da União Europeia a fim de fazer valer as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça, uma vez que a União Europeia é integrada por Estados soberanos.

Contudo, a inexistência de tais meios não leva ao não cumprimento das decisões proferidas pelo Tribunal Geral e pelo Tribunal de Justiça.

A propósito, não é a coerção exercida pelo Estado que distingue o direito das outras normas de conduta. Edgar de Godói da Mata Machado aponta que não é a coerção, mas a garantia a nota essencial do conceito de direito:

É, aliás, a presença do fator sócio-psicológico que torna irrelevante a coerção como nota essencial do conceito de direito. Jellinek atribui o coercivismo a um como preconceito da “jurisprudência civilística”, que, no caso, segue “as pegadas do Direito Natural”. O equívoco, a seu ver, nasce da falsa presunção de que só as medidas coercitivas podem oferecer à norma garantia eficaz. É, sem dúvida, de toda conveniência, afirma antes, que a

eficácia psicológica da norma seja garantida. Mas, para tanto, basta que o poder donde manam os preceitos jurídicos seja de tal modo robustecido pela força sócio-psicológica que justifique a expectativa de que essas normas se acham em condições de sobrepor-se, como motivos de ação, aos motivos individuais opostos.

Feito, assim, o contraste entre a garantia e a coerção jurídica, Jellinek vai à análise o próprio conceito de coerção. No geral, observa, a coerção se apresenta sob a forma compulsiva. Ora, a compulsão ou será um meio de criar motivos para que o direito realize suas finalidades ou não terá sentido algum. (Poderíamos, de nossa parte, acrescentar: ou será um atentado à liberdade, isto é, um ato ao direito). Mas então, continua Jellinek, não há como compreender por que só a motivação derivada do temor de danos jurídicos, da ameaça e de coisas semelhantes se deva considerar como garantia do direito. Volta o autor a identificar coercivismo e “jurisprudência do Direito natural.” Ao tempo desta, diz, ainda não se haviam tornado patentes as diversas “forças sociais” capazes de atuar sobre o direito; nem, sobretudo, se tinha ainda verificado quanto é precário o direito, se garantido, pelos “meios coativos estatais”. No entanto, bastaria que os jusfilósofos observassem superficialmente o que se passava com o direito da Igreja, para se capacitarem de como um ordenamento jurídico pode ser garantido por meios diversos dos que, de ordinário, se compreendem sob o termo de coerção jurídica. O Direito Natural admitia, é certo, a coerção da consciência; a esta, porém, opunha a do direito, como coerção exterior; e negava feição jurídica às normas garantidas apenas pela coerção moral. Ora, são de várias índoles as “forças sociais” que, fora do Estado oferecem garantia ao direito. Jellinek, antecipando-se às modernas análises sobre o “controle social”, típicas da sociedade norte-americana dos nossos dias, menciona, ao lado dos costumes, em sentido genérico, as

que devem ser pilares de processo clássico de integração.⁴³

Disso deflui que a legitimidade das decisões do Tribunal de Justiça está diretamente relacionada à participação dos Estados-membros na elaboração das normas do Direito da União Europeia, bem como no próprio processo decisório, sem esquecermos o relevantíssimo papel desempenhado pelos cidadãos durante todo o processo.

Não constitui demasia assinalar que do princípio do Estado Democrático de Direito decorre a obediência ao princípio da legalidade e a garantia aos direitos fundamentais.

Portanto, a solução dos conflitos e, sobretudo, a paz, somente poderá ser atingida através do reconhecimento e da implementação de direitos fundamentais do homem inseridos em um processo de democratização.

Anuindo a estes argumentos Noberto Bobbio salienta em seu brilhante texto – *A Era dos Direitos* – que o futuro dos povos, numa visão globalizada, se encontra no reconhecimento dos direitos fundamentais, essencialmente em bases democráticas:

Não faz muito tempo, um entrevistador – após uma longa conversa sobre as características de nosso tempo que despertam viva preocupação para o futuro da humanidade, sobretudo três, o aumento cada vez maior e até agora incontrolado da população, o aumento cada vez mais rápido e até agora incontrolado da degradação do ambiente, o aumento cada vez mais rápido, incontrolado e insensato do poder destrutivo dos armamentos – perguntou-me, no final, se, em meio a tantas previsíveis causas de infelicidade, eu via algum sinal positivo. Respondi que sim, que via pelo menos um desses sinais: a crescente importância atribuída, nos debates internacionais, entre homens de cultura e políticos, em seminários de estudo e em conferências governamentais, ao problema do reconhecimento dos direitos do homem. (...) Buscando identificar um evento que pudesse ser considerado como um “sinal” da disposição do homem a progredir, ele o indicou no entusiasmo

que despertara na opinião pública mundial a Revolução Francesa, cuja causa só podia ser “uma disposição moral da humanidade”. O verdadeiro entusiasmo – comentava ele – refere-se sempre ao que é ideal, ao que é puramente moral (...), e não pode, residir no interesse individual.” A causa desse entusiasmo – e, portanto, o sinal premonitório (*signum prognosticum*) da disposição moral da humanidade – era, segundo Kant, o aparecimento, no cenário da história, do “direito que tem um povo de não ser impedido, por outras forças, de dar a si mesmo uma Constituição civil que julga boa”. Por “Constituição civil” Kant entende uma Constituição em harmonia com os direitos naturais dos homens, ou seja, uma Constituição segundo a qual “os que obedecem à lei devem também, reunidos, legislar.”⁴⁴

Robert Alexy no artigo “Os Direitos Fundamentais e a Democracia no Paradigma Procedimental do Direito de Jurgen Habermas” afirma que:

Segundo Habermas, entre direitos humanos e soberania popular, entre autonomia provada e pública e, assim, entre direitos fundamentais e democracia existe um “nexo interno” (id., I, p. 137). Este nexo interno deve ser instituído pelo que Habermas denomina as “condições do pensamento pós-metafísico” (id., I, p. 87, 92, 131), segundo as quais os direitos fundamentais não podem ser justificados nem religiosa nem metafisicamente, nem a partir de tradições. Destarte, não mais podem restringir, por assim dizer, de fora o processo político como direito natural divino, metafísico ou histórico (id., I, p. 166). Portanto, restaria apenas a possibilidade de transferir ao coração do processo político o fundamento para a existência dos direitos fundamentais. Este fundamento dos direitos fundamentais deve ser o princípio discursivo, que diz:

“São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de

discursos racionais” (id., I. p. 142).

O princípio discursivo, como acertadamente expõe Habermas (id., I, p. 149 e segs.), só pode ser realizado nos moldes de um sistema jurídico (cf. Alexy, 1981, p. 185 e segs.). Mas, no sistema jurídico, o princípio discursivo se torna o princípio democrático (id., I, p. 157). Como tal, afirma: “que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva.” (id., I, p. 145).⁴⁵

De fundamental importância para o efetivo cumprimento do direito consiste no princípio da cooperação leal – compromisso dos Estados de cumprirem as normas por ele mesmo criadas. Ser leal é cumprir o que foi determinado.

O art. 4º TUE assim dispõe:

3. Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento as missões decorrentes dos Tratados.

Os Estados membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União.

Os Estados membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos da União.

Disso deflui que o princípio da cooperação leal obriga os Estados-membros e as instituições comunitárias a adotar as medidas adequadas visando à eficácia do direito da União Europeia e sobretudo das finalidades de sua constituição.

Ulrich K. Preuß no texto “A norma como orientação nas relações internacionais” obtempera que:

(...) Os Estados são inerentemente entidades sociais. Por conseguinte, a ação estatal está inserida em uma praxe de interações com outros Estados, pela qual são despertadas expectativas e criados efetivos de confiança. Devido a seus sempre limitados recursos de poder, nenhum Estado pode se portar autisticamente de forma duradoura, sem perder o reconhecimento dos outros Estados e, por fim, perecer.

De expectativas e efetivos de confiança surgem obrigações normativas. O dever fundamental reza: cumpra as expectativas criadas por você mesmo e evite decepções da confiança criada por você mesmo, a não ser que haja para tanto motivos normativos mais fortes.

(...) Os elementos constituintes da solidariedade – “comunidade”, “obrigação recíproca”, “ordem objetiva” e “redistribuição” (RIEMER, 2003, p. 23 e segs.) – fundamentam uma rede de expectativas que ultrapassam um horizonte de interesses dos Estados, mesmo formulados de modo amplo, e que, por conseguinte, são percebidas como normativamente obrigatórias e, em geral, também são cumpridas. São indícios de que o individualismo estatal tradicional, também fundamentado jurídico-internacionalmente, se transforma em uma relação de responsabilidade global, em uma comunidade de Estados *stricto sensu* (a respeito, PAULUS, 2001).

(...) Ao contrário, aí se expressa uma evolução, “segundo a qual os Estados, também no âmbito internacional, não podem mais se compreender como fim em si mesmo, mas têm que servir aos interesses de seus cidadãos – e, assim, não apenas a seus interesses como cidadãos do Estado, mas também como cidadãos de uma comunidade internacional que une pluralismo e solidariedade (PAULUS, 2001, p. 437-438).⁴⁶

No entanto, quando houver um risco manifesto de violação grave dos valores preconizados no art. 2º do Tratado da União Europeia por parte de um Estado-membro, o Conselho Europeu, após ouvir o Estado-membro,

nos termos do art. 7º do TUE:

3. Se tiver sido verificada a existência da violação a que se refere o nº 2, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode decidir suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação dos Tratados ao Estado membro em causa, incluindo o direito de voto do representante do Governo desse Estado membro no Conselho. Ao fazê-lo, o Conselho terá em conta as eventuais consequências dessa suspensão nos direitos e obrigações das pessoas singulares e coletivas.

O Estado-membro em questão continuará, de qualquer modo, vinculado às obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados.

Perceba-se que, não obstante os tratados não disponham do uso da força para garantir o seu cumprimento, possuem norma de persuasão visando ao seu cumprimento.

Assim, a não observância das normas obrigatórias pelos Estados-Membros implicará em sanções de natureza política.

Dentro dessa perspectiva de compromisso de lealdade em torno das regras do jogo democrático verifica-se que os acórdãos proferidos pelos Tribunais guardam estrita consonância com a legalidade, não convivendo com o ativismo judicial.

5.4.4 O CUMPRIMENTO DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS NO ÂMBITO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Com efeito, o art. 103, § 2º da Constituição Federal estabelece que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para à adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

No que pertine à adoção de medida não legislativa, da competência do chefe do Poder Executivo ou de órgão meramente administrativo, o Judiciário pode determinar que as medidas necessárias sejam adotadas

no prazo de trinta dias.

Ademais, a Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009, admite que excepcionalmente, diante do caso concreto, o Supremo Tribunal Federal fixe prazo superior a trinta dias para o suprimento da omissão inconstitucional pelas autoridades administrativas.

De outra banda, na linha da orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, durante anos, o Poder Judiciário não pode obrigar que o Poder Legislativo legisle, sob pena de interferir na autonomia do legislador.

Questão bastante delicada consiste no exame da possibilidade do Poder Judiciário, diante de uma omissão inconstitucional atuar como legislador positivo.

Dirley da Cunha Júnior obtempera que:

A natureza jurídica das imposições constitucionais, a vinculação dos poderes constituídos e a caracterização do comportamento omissivo dos órgãos do Poder como inconstitucional, com a fixação dos meios jurídicos de seu controle, permitem uma conclusão inarredável: no Estado Constitucional Democrático de Direito, o poder público está obrigado, normativo-constitucionalmente, à adoção de todas as medidas necessárias à concretização das imposições constitucionais. Essa conclusão leva a uma outra: no Estado Constitucional Democrático de Direito, a proteção jurídica há de ser global e eficiente, sem lacunas, o que pressupõe, nos casos de omissão inconstitucional, o reconhecimento de um direito público subjetivo ao cidadão de exigir uma atuação positiva do legislador (inclusive um direito à legislação), e dos demais poderes do Estado.

(...) Logo, com amparo no direito fundamental à efetivação da Constituição, impõe-se defender um *plus* àquele efeito literal previsto no §2º do art. 103 da Constituição, de tal modo que, para além da ciência da declaração da inconstitucionalidade aos órgãos do Poder omissos, é necessário que se estipule um prazo razoável para o suprimento da omissão. Mas não é só. A depender do caso, expirado esse prazo sem que qualquer providência

seja adotada, cumprirá ao Poder Judiciário, se a hipótese for de omissão de medida de índole normativa, dispor normativamente sobre a matéria constante da norma constitucional não regulamentada. Essa decisão, acentue-se, será provisória, terá efeitos gerais (*erga omnes*) e prevalecerá enquanto não for realizada a medida concretizadora pelo poder público omissor. Cuidado, aí, de um verdadeiro efeito de solução, concebido para ser o único capaz de solucionar o problema da não efetividade das normas constitucionais em razão das omissões do poder público. Tal consequência, de ressaltar-se, longe de vulnerar o princípio da divisão de funções estatais, logra a conciliar o princípio da autonomia do legislador e o princípio da prevalência da Constituição, que se traduz na exigência incondicional do efetivo cumprimento das normas constitucionais.

(...) E esse passo já foi dado com efeitos importantíssimos. Em julgamento realizado na sessão plenária de 09 de maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal, em decisão inédita exarada em sede de ADI por omissão, reconheceu, além da mora do legislador relativamente à omissão da regulamentação do §4º do art.18 da Constituição Federal, o dever constitucional de legislar do Congresso Nacional, com o que impôs ao órgão legislativo da União o prazo de 18 meses para cumprir a sua obrigação, e elaborar a lei complementar a que se refere aquele preceito constitucional. Deixou claro a Suprema Corte que a decisão que constata a existência de omissão inconstitucional e determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna inconstitucional constitui sentença de caráter nitidamente mandamental, que impõe, ao legislador em mora, o dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade.⁴⁷

Noutro giro, o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Adhemar

Ferreira Maciel não admite que o Poder Judiciário substitua o legislador:

Vamos agora, dar um exemplo de inconstitucionalidade por omissão. A ação, então, deve ser a “direta” e não o “mandado de injunção”: a Constituição, em seu art. 14.III, combinado com o art. 61, confere iniciativa de lei também aos “cidadãos”, “nos termos da lei”. Vamos supor que o Congresso Nacional não edite lei disciplinando o instituto de “iniciativa popular” de propor projeto de lei. Desse modo, caberá a qualquer partido político com representação na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal entrar com pedido no STF para que se declare formalmente a omissão. Não se poderá usar logo o “mandado de injunção”. O que o STF vai fazer é apenas “declarar” – e não obrigar o Legislativo a fazer a lei em determinado prazo – que está havendo omissão no implemento de norma constitucional. E se o Legislativo continuar a se omitir – não obstante a declaração formal do STF – em baixar a norma de implementação? É claro que, em respeito ao princípio da separação dos Poderes da República, o Judiciário não poderá, ainda assim, fazer a norma genérica. Aí é que entra a vez do mandado de injunção: aquele que seria beneficiado pela norma não-feita deve se prevalecer do mandado de injunção e, só em seu caso particular, concreto, pedir ao Judiciário que “legisle”. Em outras palavras: embora ele não possa entrar com a “ação direta de inconstitucionalidade” no Supremo, vez que não tem legitimidade ativa, pode tentar o “mandado de injunção”. (grifos nossos)⁴⁸

Nesse diapasão, Juliano Taveira Bernardes assevera que:

Ainda sobre o assunto, ensina CARRAZZA que a procedência do pedido da ADIn surte efeitos “basicamente”, mas não “exclusivamente declaratórios”, porquanto, em relação ao Executivo,

há uma “*eficácia mandamental média*, pois o concita a praticar o ato, sob pena de responsabilidade e, em relação ao Legislativo, *eficácia mandamental mínima*, já que, como vimos, embora não o compila a editar a lei, atesta publicamente sua omissão, aplicando-lhe, *grosso modo*, uma sanção de natureza política.”⁽¹³⁹⁾ Para CARRAZZA, entretanto, sempre que o Legislativo remanescer omissor, mesmo após comunicado da mora pelo STF, a questão poderá ser resolvida em perdas e danos, com fundamento na inércia do Poder Público.⁽¹⁴⁰⁾

(...) Isso porque ainda vigora concepção que impede a atribuição de qualquer “efeito aditivo” aos atos normativos questionados em juízo, nem mesmo a pretexto de corrigir claras distorções que neles se possam verificar. Na jurisprudência do STF, é paradigmático o seguinte exemplo:

(...) O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador. (...) ⁽¹⁵⁵⁾

Para a Corte, portanto, se a declaração de inconstitucionalidade importar na modificação da sistemática do ato normativo impugnado, por acréscimo ou alteração de seu sentido, haverá impossibilidade jurídica do pedido.

⁽¹⁵⁶⁾ E essa concepção restritiva do STF acaba por atingir também tanto os casos de omissões inconstitucionais relativas do tipo indefinido,⁽¹⁵⁷⁾ como os em que se alegara a existência de omissões relativas da espécie definida.⁽¹⁵⁸⁾

Nesse rumo, sem distinguir entre os tipos de omissão, a Corte vem genericamente entendendo que, embora seja factível declarar a inconstitucionalidade da norma que concede o benefício discriminatório, não o seria a extensão jurisdicional dela “aos fatos arbitrariamente excluídos do benefício, dados que o controle da constitucionalidade das leis não confere ao Judiciário funções de legislação positiva.”⁽¹⁵⁹⁾

Certo, ainda é necessária a manutenção do dogma proibitivo da atuação do juiz como “legislador positivo”. Não se discute que o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito exige que o princípio da independência das funções estatais seja preservado, de maneira que o Judiciário não pode e nem deve se imiscuir na esfera discricionária da atuação normativa dos demais Poderes. Nessa linha, é salutar o autocontrole da jurisdição constitucional, pois não é atribuição dela interferir ou impedir que os outros órgãos atuem, mas sim zelar para que isso seja feito de forma compatível com os preceitos constitucionais.⁴⁹

Comunga do referido entendimento André Rufino do Vale:

A Seção III trata da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. O artigo 12-H, praticamente repetindo a fórmula do artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição, prescreve que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. A aparente ortodoxia do dispositivo, porém, não impedirá que o STF adote técnicas inovadoras de decisão, como, por exemplo, a indicação de prazos razoáveis para a atuação do órgão legislativo (ADI 3.682). A própria lei (artigo 12-H, parágrafo 2º) prevê a aplicação subsidiária do Capítulo IV da Lei 9.868/99, possibilitando, também na ADO, a adoção de outras técnicas de decisão – como, por exemplo, a interpretação conforme e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto – e a modulação de seus

efeitos, nas diversas possibilidades deixadas em aberto pelo artigo 27. Ressalte-se que, muitas vezes, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, preservada a vigência da norma por determinado período, será a única via possível ao Tribunal para solucionar questões complexas decorrentes da omissão parcial, como o clássico problema de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. Não se podem fechar os olhos, ademais, para a hodierna tendência do STF na prolação de *decisões manipulativas de efeitos aditivos*.⁵⁰

Aplicam-se à decisão na ADO as disposições quanto ao *quorum* de julgamento, comunicações e publicação da ADI e da ADC, e também ela será irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos de declaração, e não poderá ser objeto de ação rescisória. A decisão na ADO é naturalmente dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.

No entanto, não podemos esquecer que estamos em um Estado Democrático de Direito, o qual tem entre suas bases fundantes o princípio da legalidade e da separação de poderes. Dessa forma, qualquer decisão que não esteja em consonância com a Constituição e a lei estará maculada pela arbitrariedade. Não resta dúvida de que o poder dos juízes emana do povo e deve ser exercido em seu nome.

Ora, no Estado Democrático de Direito a jurisdição deve observar a legalidade.

Ao contrário do que pretendem os instrumentalistas, no Brasil, não compete ao juiz no exercício de sua atividade jurisdicional a criação da norma jurídica, a fim de tutelar o direito material. A tutela tem fonte na lei preexistente, ou seja, no devido processo legal legislativo, executivo e jurisdicional em que foi assegurada a efetiva participação igualitária dos cidadãos.

A Constituição de 1988 adotou o Estado Democrático de Direito. Nessa linha de raciocínio, o que importa é a vontade da lei. O processo não pode estar alheio à lei. A efetividade do processo no Estado Democrático de Direito somente será possível se a jurisdição atuar segundo o princípio

da reserva legal, observando-se o devido processo constitucional.

A interpretação da Constituição não deve mais estar restrita aos órgãos estatais e juristas. Todos devem participar do processo de interpretação da Constituição.

Não parece que houve ampliação apenas dos intérpretes da Constituição. Em um Estado Democrático de Direito, o povo é o criador e o destinatário da norma, constituindo-se, assim, em legítimo intérprete das normas constitucionais e infraconstitucionais. As decisões judiciais devem ser construídas a partir de uma interpretação compartilhada da norma.

Assim, no Estado Democrático de Direito não há espaço para que o juiz julgue de acordo com o seu livre convencimento, a partir de poderes amplos e subjetivos, devendo se ater ao texto legal emanado pelo povo, o qual deverá exercer constante fiscalidade.

É interessante notar que para que o povo possa exercer essa fiscalidade e efetivamente atuar como um intérprete da Constituição e das leis em geral se mostra imprescindível sua participação no processo de produção e criação do direito. Nessa mesma linha, depreende-se que o provimento jurisdicional apenas estará em consonância com o Estado Democrático de Direito se este observar o devido processo constitucional. O provimento jurisdicional deverá ser construído por todos os sujeitos do processo e não apenas pelo juiz. Assim, não há espaço para provimentos jurisdicionais impregnados de discricionariedade e subjetividade. Ademais, no Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais devem estar em perfeita consonância com o princípio da reserva legal.

Merece alusão, nesse ponto, os ensinamentos do professor Rosemiro Pereira Leal, precursor da teoria neo-institucionalista do processo.

Como visto, o espaço público de Habermas atém-se ao princípio ético-procedimental, orientado pelo discurso. Constitui-se, portanto, um dos elementos de qualquer democracia. Sabe-se, também, que a CRFB/1988, ao declarar na sua norma do art. 1º que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”, nem sempre é democrática. Então, temos que

viabilizar esse giro paradigmático e assumir o Processo como o espaço público habermasiano procedimentalizado para instituir e fortalecer, na contemporaneidade, tal democracia. É óbvio que não se trata aqui de um processo instrumento da jurisdição, como defendido pela maioria da doutrina processualista, notadamente a paulista, mas o processo na visão da teoria neo-institucionalista do professor Rosemiro Pereira Leal, qual seja, como instituição constitucionalizada destinada a assegurar o exercício dos direitos fundamentais do contraditório, da ampla defesa – e da isonomia, propugnando a observância do devido processo constitucional (direito-garantia do Estado de Direito Democrático), por meio, respectivamente, da participação e fiscalidade discursiva, incondicionada e irrestrita no controle do Poder Público, em que os destinatários daquele Poder seriam coautores dessas decisões.

(...) Habermas traz uma identidade teórica à medida em que defende que havendo discussão haverá democracia, mas não estabelece em que espaço ela deverá ser concretizada, ao contrário do professor Rosemiro Pereira Leal, o qual elegeu o devido processo constitucional, onde a atuação do juiz não é jurisdicional, e sim judicante, qual seja, a decisão será construída, num processo processualizado onde as partes atuam em simétrica paridade amparadas pelos princípios constitucionais que informam tal processo: isonomia, ampla defesa e contraditório, exercendo, nesse contexto, uma ampla e irrestrita fiscalidade discursiva, estabelecendo a legitimidade, e não podendo o juiz extrapolar daquilo que foi construído no processo. Assim procedendo, estará sendo construído o direito-garantia do Estado de Direito Democrático (devido processo constitucional) nesse espaço de procedimentalização processualizado, o que antecipa pó torna previsível a decisão jurídica, sem que esta surja de alguma potencialidade mítica, de juízos de valor e muito menos de cabeças de prontos

saberes. Como destacado, essa nova corrente teórica é conhecida como Teoria neo-institucionalista do Processo, de autoria do professor Rosemiro Pereira Leal.

(...) Ademais, compete ressaltar que a teoria neo-institucionalista do processo, através dos seus princípios fundantes, deverá ser aplicada tanto no Devido Processo Administrativo, Legislativo e Judiciário, para que os destinatários normativos possam construir a cidadania.

(...) Nessa nova teoria do professor Rosemiro, o direito processualizado é voltado para o atendimento de direitos e garantias fundamentais. Por isso, o decidir, além de isonômico, deve ser discursivo, sendo que a fiscalidade incessante colabora para amplitude da decisão, construída com base numa vontade que se constitui fonte jurídica legitimadora da norma ali reconstruída democraticamente.⁵¹

No entanto, não podemos esquecer que o processo de democratização do Brasil não se encontra concluído, havendo necessidade de mobilização social e acadêmica visando garantir maior participação dos cidadãos e a estrita observância das normas constitucionais pelos poderes constituídos para que o Estado Democrático de Direito venha a se constituir efetivamente em uma realidade.

Com efeito, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira em seu artigo “Tempo Caiológico da Constituição e Democracia sem Espera: O Processo Constituinte de 1987-88 e a Legitimidade da Constituição Brasileira Vinte Anos Depois” ao discorrer sobre o “desafio diário de fazer do Estado Democrático de Direito uma conquista cidadã, num processo permanente de aprendizado social com o Direito, em sua própria história”, obtempera que:

Em outras palavras, sobre o pano de fundo normativo histórico do constitucionalismo moderno, propor uma reconstrução de partes da história constitucional brasileira recente, e ainda por fazer, para além do discurso autoritário da

democracia possível, no sentido não apenas do reconhecimento de uma democracia inesperada, mas na perspectiva da democracia sem espera e do tempo cairológico da constituição enquanto processo de constitucionalização.

(...) Não mais podemos ser ingênuos em relação à própria história política. Temos que assumir essa história, que faz parte da construção permanente de uma identidade constitucional aberta e múltipla, e que por isso não pode ser privatizada por ninguém que pretenda adotar um ponto de vista privilegiado em relação a ela. O Direito é, como diz Dworkin, um empreendimento público (1986). E a Constituição e seus princípios não podem estar à disposição do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, ou mesmo do Presidente da República ou do Congresso Nacional. Porque nenhum deles pode compreender o exercício de suas funções constitucionais como substituição a excluir do processo político-deliberativo o público mobilizado de cidadãos em uma democracia, sob pena de se dar continuidade a tradições autoritárias com as quais a própria Constituição veio romper. Representação política não é e nem pode ser substituição da cidadania, mas uma forma de mediação institucional que garanta e aprofunde a própria democracia. A Constituição é da cidadania, como um projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos solidários, livres e iguais; se não, não é Constituição.⁵²

Por derradeiro, no Estado Democrático de Direito a jurisdição deve se submeter aos princípios e institutos constitucionalizados do processo, não sendo possível conferir amplos poderes aos juízes para solução dos problemas sociais.

Assim, o processo apenas se mostra efetivo se observados os direitos fundamentais do processo constitucionalizado. É certo que a Constituição da República não conferiu ao juiz poderes para criar o direito no caso concreto.

Surge nessa ambientação, os ensinamentos do mestre Rosemiro Pereira Leal:

Acrescente-se que, além desses princípios processuais de controle da jurisdicionalidade, outro se incorpora ao fortalecimento das garantias fundamentais e que amplia o instituto histórico-jurídico do *due process* (devido processo) e do arcaico substantivo *due process of Law* (devido processo segundo direitos decorrentes de normas prévias e vigentes) em abono ao princípio geral da legalidade. A nossa Constituição de 1988 (art. 5º, II) adotou integralmente o princípio da legalidade como pressuposto da operacionalização institucional do processo, tal como se vê dos itens LIV e LV do art. 5º do Texto Magno. Assim, o processo não existe antes ou fora da legalidade e a jurisdição é atividade estatal só legítima pela tutela do processo.

Torna-se evidente que, se o homem não se submeter às instituições jurídicas democráticas por ele próprio construídas, haverá inexoravelmente o regresso à barbárie, ainda que tenhamos um considerável desenvolvimento tecnológico. É que estranhamente o homem vem se colocando acima das instituições jurídicas por ele criadas, num incitamento obsessivo ao culto de poderes estatais ou personalidades supostamente salvadoras, mesmo que já saibamos que só as instituições jurídicas é que dessacralizam e impessoalizam o exercício do Direito e enxotam o paternalismo estatal (executivo, jurisdicional ou legislativo) e das corporações que tanto vêm estiolando o homem na busca da cidadania plena e da Democracia Jurídica na edificação dos direitos fundamentais à vida, igualdade e dignidade mínima, e à fiscalidade processual como irrestrito e incessante controle de constitucionalidade e legitimidade das leis.

(...) Saliente-se que nas democracias, quando se fala em processo jurisdicional, não se alude a um processo (meio, método, modo) exercido pela

jurisdição, mas à instituição constitucionalizada que jurisdiciona (institui e diz), pelos princípios que lhes são configurativos, o modelo devido e garantido à construção legítima dos procedimentos. (...) A jurisdição estatal é que é meio de obediência ao processo, não processo um meio de obediência (serventia) à jurisdição.⁵³

Em suma, a norma constitucional não permite que a função legislativa e/ou executiva seja substituída pela função jurisdicional, a fim de se garantir uma pretensa efetividade.

Portanto, o Poder Judiciário não está autorizado na ação direta de inconstitucionalidade por omissão a proferir decisões com efeito aditivo, sendo vedado ao juiz agir como legislador positivo.

Ora, o cumprimento das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade por omissão dependerá basicamente do reconhecimento pelo Legislativo que o titular do poder é o povo, devendo obediência aos comandos da lei.

Neste ponto ainda, pondera registrar que o indeferimento liminar pelo relator da petição inicial inepta, não fundamentada e manifestamente improcedente não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, uma vez que não observa o devido processo legal constitucionalizado.

6. CONCLUSÃO

As relações entre os Estados sofreram profundas alterações ao longo da história quer seja em virtude da globalização, da desigualdade jurídica existente entre os Estados, da necessidade de defesa dos direitos humanos e em decorrência do processo de integração em blocos regionais.

Disso deflui que o conceito tradicional de soberania passou por grandes mutações. No tocante, ao processo de integração em blocos regionais cabe salientar que alguns países europeus delegaram parcela de soberania para a formação de uma comunidade supranacional.

É digno de registro a celebração do Tratado de Paris que criou a Comunidade Econômica do Carvão e do Aço – CECA e, posteriormente, o Tratado de Roma responsável pela criação da Comunidade Econômica Europeia – CEE e da Comunidade Europeia de Energia Atômica – EURATOM. A União Europeia surge em 1992 com a celebração do

Tratado de Maastrich.

Cumprе salientar que atualmente se encontra em vigor o Tratado de Lisboa celebrado em 13 de dezembro de 2007, cuja vigência se iniciou em 01 de novembro de 2009. O referido tratado representou uma junção entre os Tratados de Roma e de Maastrich, sendo constituído pelo Tratado da União Europeia – TUE e pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE.

Impende destacar que o Tratado de Lisboa procedeu a uma divisão clara de competências entre os Estados-membros e a União, representando grande avanço para a consolidação do processo democrático, por preconizar uma maior participação dos cidadãos na União Europeia e aprofundar a solidariedade entre os Estados-membros, além de promover o progresso econômico e social.

É importante perceber que o processo de integração da União Europeia vem evoluindo gradativamente ao longo destes mais de cinquenta anos. Mas, não se trata de um processo concluído. Novas conquistas ainda devem ser alcançadas.

O Tribunal de Justiça vem desempenhando relevante papel no processo de integração da União Europeia, sendo responsável pela salvaguarda jurisdicional do respeito à legalidade pelas instituições comunitárias, pela observância dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, pela consolidação do Estado Democrático de Direito.

Há de se asseverar que o controle da abstenção de agir da Comissão e do Conselho é realizado basicamente pelo Tribunal Geral, visando à efetivação dos tratados.

Assim, verificada a recusa de uma instituição comunitária em exercer uma determinada competência prevista nos tratados, poderá ser interposta ação de omissão que deverá ser precedida de uma fase pré-contenciosa. Vale mencionar que a mencionada ação pressupõe a ausência de tomada de posição pela instituição comunitária.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro também foi instituída ação “similar”, diante da abstenção de órgãos do Estado em cumprir norma constitucional certa e determinada.

Urge enfatizar a imprescindibilidade do respeito à legalidade nos Estados Democráticos de Direito.

Aliás, tanto os Estados-membros integrantes da União Europeia quanto a República Federativa do Brasil se constituem em Estados

Democráticos de Direito.

Dessa forma, a ação por omissão do direito da União Europeia e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão do direito brasileiro representam importantes instrumentos de controle da legalidade, quando constatada omissão juridicamente relevante.

Cumprir ressaltar que as pessoas singulares e coletivas possuem legitimidade para a propositura da ação por omissão, o que lhe confere um grau maior de legitimidade quando comparada à ação direta de inconstitucionalidade por omissão em que a legitimidade é restrita.

Outro ponto digno de destaque consiste na previsão na ação por omissão de uma fase pré-contenciosa, em consonância com os direitos fundamentais e o princípio participativo, com fins a avaliar a existência ou não da abstenção e, se for o caso, a restabelecer a legalidade no menor prazo possível.

Com efeito, a existência de uma fase administrativa prévia melhor realiza o princípio democrático.

Ultrapassada a fase administrativa e verificada a necessidade de instauração da fase judicial, observado o devido processo legal, o Tribunal constatando a omissão da instituição solicitada a agir determinará que esta realize as medidas necessárias para a adoção do ato que deu causa à interposição da ação.

Aqui se encontra a grande diferença existente entre a ação por omissão da União Europeia e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão do ordenamento jurídico brasileiro.

No âmbito da União Europeia há o cumprimento de obrigações sem a necessidade de execução forçada. Os Estados-Membros cumprem as decisões proferidas pelo Tribunal Geral e pelo Tribunal de Justiça, no exercício de suas competências, em decorrência de seu alto grau de legitimidade, uma vez que o próprio Estado-Membro participou da criação da norma, o que sem dúvida, é determinante para o seu efetivo cumprimento.

O cumprimento da norma independentemente da previsão de um meio coativo estatal na União Europeia decorre da existência de um verdadeiro princípio do acatamento à ordem jurídica, bem como do princípio da cooperação leal. Ora, quanto maior a possibilidade de participação nos processos de criação das normas e nos processos decisórios, maior será o exercício da fiscalidade pelos cidadãos e, maior

será a sua legitimidade.

Cabe esclarecer que no seio da União Europeia existe a possibilidade de se estabelecer normas de persuasão, como a existente no art. 7º Tratado da União Europeia, para a obtenção do efetivo cumprimento da norma.

Não se pode olvidar que a efetiva discussão acerca do direito buscando o convencimento dos envolvidos, conduz ao cumprimento das normas e das decisões. Este processo se encontra mais adiantado na União Europeia do que no Brasil.

Não obstante, no Brasil, não se utilize meios coativos estatais para se obter o cumprimento das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ações de inconstitucionalidade por omissão, não se verifica o efetivo cumprimento das normas constitucionais e do acórdão que declara a omissão, permanecendo, muitas vezes, durante anos a abstenção declarada.

Com o objetivo de conferir efetividade à norma constitucional eliminando a omissão declarada, surgiram várias teorias que transformaram o juiz em legislador positivo, violando fragrantemente o princípio da separação de poderes. Portanto, não se pode perder de vista que a jurisdição deve observar a legalidade, uma vez que qualquer decisão que não se encontre em consonância com a Constituição e a lei estará maculada de arbitrariedade.

Assim, no Estado Democrático de Direito não há espaço para que o juiz decida de acordo com o seu livre convencimento, a partir de poderes amplos e subjetivos, criando norma no caso concreto, devendo se ater ao texto legal emanado pelo povo, o qual deverá exercer constante fiscalidade.

Contudo, a efetiva consolidação do processo de democratização do Brasil requer a implementação dos direitos fundamentais, bem como a possibilidade de maior participação dos titulares do poder, e, ainda, a observância do devido processo constitucionalizado.

Ante o exposto, os poderes constituídos deverão se ater aos comandos da lei, em estrita observância ao princípio da legalidade, constituindo a efetividade no Estado Democrático de Direito na aptidão de expressar o direito-garantia fundamental do devido processo.

Sendo assim, se verifica maior cumprimento das decisões proferidas na ação por omissão no direito da União Europeia em relação às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento jurídico brasileiro.

De toda forma, tanto a ação por omissão quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se constituem em importantes instrumentos de controle da legalidade e do respeito aos direitos fundamentais, elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito.

THE ACTION BY OMISSION IN EUROPEAN UNION LAW AND THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION ON BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: ANALYSIS UNDER THE PARADIGM DEMOCRATIC STATES OF LAW

ABSTRACT: From a quantitative delegation of sovereignty began the process of European Union Integration, with the creation of supranational institutions like the Court, responsible for ensuring respect for fundamental rights and the principle of legality. This paper has as main purpose to analyze some aspects of the default action of the law of the European Union, which integrates the control system of the legality of European Union institutions, establishing a parallel with the direct action of unconstitutionality by omission of the Brazilian legal system, under the paradigm of democratic states of law.

KEYWORDS: Sovereign. Supranational. Control of legality. Action by omission. European Union. Lisbon Treaty. Direct action of unconstitutionality by omission. Brazilian legal system. Democratic states of law.

Notas

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 153.

² NUNES JUNIOR, Venilto Paulo. *O conceito de soberania no século XXI*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 11, n.42, 144-166, janeiro-março, 2003, p. 148-149.

³ Op.cit., p.157

⁴ Op. cit., p. 157

⁵ Ibid, p.149

⁶ Ibid, p. 150

⁷ Ibid, p. 150

⁸ OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. *O conceito de soberania perante a globalização*. Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Brasília, n.1, trimestral, 1997, p. 85-86.

⁹ PIOVESAN, Flávia. "Painel sobre princípio da complementaridade e soberania". Revista CEJ,

n.11, 2000 (texto baseado em notas taquigráficas de palestra proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, no dia 1º.10.1999, no auditório do STJ).

¹⁰ Ibid, p.154

¹¹ STELZER, Joana. A União Europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade? Curitiba: Juruá, 2002, p. 71.

¹² VASCONCELOS, Ricardo Guerra. *A constitucionalização da União Europeia na perspectiva dos tratados comunitários*. Belo Horizonte. 2004. 111f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2004, p. 77.

¹³ BOBBIO, Noberto ET AL. Dicionário de política. Coord. e trad. João Ferreira. 4.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

¹⁴ Ibid, p 105

¹⁵ QUADROS, Fausto de. *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*. Lisboa: Almedina; Lisboa: Almedina, 1991.

¹⁶ .Ibid, p. 78

¹⁷ Ibid, p. 79

¹⁸ Ibid, p. 80

¹⁹ Aula proferida na disciplina isolada Teoria Geral do Processo Comunitário ministrada no Mestrado em Direito Processual na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em agosto/2010.

²⁰ CAMPOS, João Mota de, *Direito comunitário – O ordenamento jurídico comunitário*. v.1, 8.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 83-85.

²¹ Ob. cit, p. 93-94

²² Ob.cit., p. 131-132.

²³ Ob.cit, p. 124

²⁴ Ibid, p. 100

²⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da justiça constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional –IBDC. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 15, nº 59, p. 206-207, abr-jun, 2007.

²⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. 1.reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 600,604.

²⁷ Ibid, p.612

²⁸ Ibid, p.652

²⁹ Ibid, p. 102-103

³⁰ Ibid, p. 605

³¹ Ibid, p.606

³² CAMARGO, Sônia. “*Quo Vadis*”, *Europa? Uma pergunta que não quer calar*. Contexto internacional. PUC, Instituto de Relações Internacionais. Rio de Janeiro, vol.1, nº1, p. 75, semestral, jan./jun, 1985.

³³ Aula ministrada na disciplina optativa de Teoria Geral do Direito Comunitário ministrada no Mestrado em Processo Civil da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em 01/07/2010 pelo professor Fernando Horta Tavares.

³⁴ DENNINGER, Erhard. Chances de uma solução pacífica de conflitos entre pessoas livres e iguais: sobre a “utilidade” da teoria do discurso no direito interno e internacional. In: FRANKENBERG, Gunter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jurgen Habermas, 80 anos, direito e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009, p. 239-278.

³⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – Teoria e prática*. 4ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2010 , p. 229-230

³⁶ Ibid., p. 240-241

³⁷ Ibid, p. 237-238

³⁸ Op.cit, p. 658

³⁹ Op. cit, p. 662

- ⁴⁰ JELLINEK, G.; ORLANDO, V. E. *La Dotrina Generale dello Stato*, Sociatá Editrice Libreria, Miliano, Napoli, 1925, trad. Modestino Petroziello, pp. 608-611.
- ⁴¹ *Ibid*, p. 43-58
- ⁴² Art. 7º do Tratado de Roma.
- ⁴³ OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. *A necessidade de ordenamento jurídico e de instituições comunitárias para a consolidação do Mercosul*. Belo Horizonte. 2002. 99f. (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, p. 68.
- ⁴⁴ *Ibid*, pág. 49-52
- ⁴⁵ *Ibid*, p. 119-139
- ⁴⁶ *Ibid*, p. 59-81
- ⁴⁷ *Ibid*, p. 246, 250, 255
- ⁴⁸ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão*. BDJur-STJ – Biblioteca Digital Jurídica do STJ. Brasília, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/22290>>. Acesso em: 29 maio. 2010, p. 18-19.
- ⁴⁹ BERNARDES, Juliano Taveira. *Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro*. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6126&p=3>>. Acesso em: 23 jun. 2010, p. 2.
- ⁵⁰ VALE, André Rufino do. *A ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. Consultor Jurídico – Conjur. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-29/avancos-lei-acao-direta-nconstitucionalidade-omissao>>. Acesso em: 29 maio. 2010, p.3.
- ⁵¹ LEAL, Rosemiro Pereira (Coord); WALTER, Carlos H. (Org.) et al. *Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira: significados equivocados e a interpretação do Direito: busca de um novo medium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 450-454
- ⁵² *Ibid*, p.279-299
- ⁵³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 66-67, 152-153.

REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. 1.reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 507-616.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da justiça constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional –IBDC. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 15, nº 59, p. 176-212, abr-jun, 2007.
- BERNARDES, Juliano Taveira. *Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro*. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6126&p=3>>. Acesso em:23.06.2010
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217p.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed. São Paulo:

Malheiros Editores, 2007 p. 141-169.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 12.063, de 27 out. 2009. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Diário Oficial, Brasília, p. 01, 28 out. 2009.

CAMARGO, Sônia. “*Quo Vadis*”, *Europa? Uma pergunta que não quer calar*. Contexto internacional. PUC, Instituto de Relações Internacionais. Rio de Janeiro, vol.1, nº1, p. 65-106, semestral, jan./jun, 1985.

CAMPOS, João Mota de, *Direito comunitário – O ordenamento jurídico comunitário*. v.1, 8.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. pág. 50-345; 468-640 .

CAMPOS, João Mota de, *Direito comunitário – O ordenamento jurídico comunitário*. v.2, 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. pág. 652 -667; 412-422.

CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário – O ordenamento jurídico comunitário*. v.2, 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. pág. 22-50; 160-183; 193-422; 652 -667.

CAMPOS, João Mota de. *Contencioso comunitário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 351-362;

CAMPOS, João Mota de. *Manual de direito comunitário*. 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2008. p. 356-361.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – Teoria e prática*. 4ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p. 223-258.

DENNINGER, Erhard. Chances de uma solução pacífica de conflitos entre pessoas livres e iguais: sobre a “utilidade” da teoria do discurso no direito interno e internacional. In: FRANKENBERG, Gunter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jurgen Habemas, 80 anos, direito e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p.43-58.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (Org.). *Tratado de Lisboa*. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2010.

KOSKENNIEMI, Martti. O Destino do Direito Internacional Público: entre Técnica e Política. In: FRANKENBERG, Gunter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jurgen Habemas, 80 anos, direito e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p. 239-278.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord); WALTER, Carlos H. (Org.) et al. *Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público e União na Constitucionalidade brasileira: significados equívocos e a interpretação do Direito: busca de um novo medium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 377-473.

MATA MACHADO, Edgar de Godói da. *Direito e coerção*. São Paulo: Unimarco Editora, 1999.(Reeditado). 256p.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão*. BDJur-STJ – Biblioteca Digital Jurídica do STJ. Brasília, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/22290>>. Acesso em: 29 maio. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 311-447.

NUNES JUNIOR, Venilto Paulo. *O conceito de soberania no século XXI*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 11, n.42, 144-166, janeiro-março, 2003.

OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. *A necessidade de ordenamento jurídico e de instituições comunitárias para a consolidação do Mercosul*. Belo Horizonte. 2002. 99f. (Mestrado em Direito).

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. *O conceito de soberania perante a globalização*. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Brasília, n.1, trimestral, 1997, p. 80-887.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tempo Cairológico da Constituição e Democracia sem Espera: O Processo Constituinte de 1987-88 e a Legitimidade da Constituição Brasileira Vinte Anos Depois*. In: FRANKENBERG, Gunter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jurgen Habemas, 80 anos, direito e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p.279-299.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 424-460.

PREUB, Ulrich K. A norma como orientação nas relações internacionais. In: FRANKENBERG, Gunter; MOREIRA, Luiz (Org.).

Jurgen Habemas, 80 anos, direito e democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p. 59-81.

ROBERT, Alexy. Os Direitos Fundamentais e a Democracia no Paradigma Procedimental do Direito de Jurgen Habermas. In: FRANKENBERG, Gunter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jurgen Habemas, 80 anos, direito e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p. 119-139.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 623-629; 688-691.

SITE OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>> Acesso em: 14, 15 e 16 maio. 2010.

VALE, André Rufino do. *A ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. Consultor Jurídico – Conjur. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-29/avancos-lei-acao-direta-inconstitucionalidade-omissao>>. Acesso em: 29 maio. 2010.

VASCONCELOS, Ricardo Guerra. *A constitucionalização da União Europeia na perspectiva dos Tratados Comunitários*. Belo Horizonte. 2004. 111f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.