

A inconstitucionalidade por omissão e os direitos fundamentais

Mário Ypiranga Monteiro Neto (*)

Sumário: 1- Introdução. 2- O controle da constitucionalidade no direito brasileiro. 2.1- Considerações Introdutórias. 2.2- Evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. 3- O controle judicial da inconstitucionalidade por omissão dos direitos fundamentais. 3.1- Da omissão inconstitucional. 3.2- Meios de controle da omissão inconstitucional e seus efeitos: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 4- A possibilidade e os limites de controle judicial da omissão administrativa no cumprimento dos programas constitucionais e na efetividade dos direitos fundamentais sociais. 4.1- Qual o limite do controle da discricionariedade da administração pública?. 4.2- O princípio da proporcionalidade como controlador do ato administrativo discricionário e da efetivação dos direitos fundamentais: correção da omissão de um dever constitucional. 4.3- O controle da omissão da Administração Pública via ação civil pública como fundamento de implementação da política específica. 5- Conclusão.

1. Introdução

O ponto central do presente artigo refere-se à questão do controle judicial da inconstitucionalidade por omissão e aos direitos fundamentais, que vêm sendo discutidos por meio da doutrina e dos julgados de nossos tribunais, de forma que é importante o enfrentamento e a investigação científica.

A inconstitucionalidade por omissão, entendida como inconstitucionalidade negativa, é decorrente da abstenção de quaisquer dos Poderes relativamente à prática de ato exigido pela Constituição, embora seja certo que o Brasil vem empreendendo esforços para viabilizar a efetivação dos direitos fundamentais.

O Poder Executivo, ao deixar de dar cumprimento a prestações positivas, pode dar ensejo ao controle judicial da constitucionalidade, observado progressivamente como

* Promotor de Justiça do Estado do Amazonas. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Membro da Academia Amazonense de Letras.

limitação da ação estatal.

No Brasil, nossa Constituição democrática buscou garantir a correção à inconstitucionalidade por omissão por meio do Mandado de Injunção (art. 5.º, LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2.º).

Acredita-se, portanto, que o controle da Administração Pública pode ser certamente instrumento válido para o desenvolvimento nacional e para a efetivação dos direitos fundamentais.

2. O controle da constitucionalidade no direito brasileiro

2.1 Considerações introdutórias

O controle da constitucionalidade pressupõe a existência de duas características, como a rigidez e a supremacia da Constituição, a cuja hierarquia no sistema jurídico se referem, de modo a imprimir a todas as normas infraconstitucionais a obediência a essa unidade.

A Constituição surge no Estado brasileiro no topo da pirâmide do ordenamento jurídico. Faz parte do ordenamento e principia com ela, oriundo do poder constituinte e cujo modo de sair desse ordenamento é igual ao modo como entrou: a suprapositividade.¹

Certamente, a Constituição, como norma fundamental, influencia toda a atividade legislativa e impõe, inclusive, restrições ao seu conteúdo. A contrariedade à Constituição suscita os mecanismos de controle da constitucionalidade.

Segundo Mauro Cappelletti, o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis não pode identificar-se com a jurisdição ou a justiça constitucional. Ele representa um dos vários possíveis aspectos da chamada “justiça constitucional” e, não

¹ Cf. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.104.

obstante, um dos aspectos certamente mais importantes.²

2.2 Evolução do controle da constitucionalidade no Brasil

No Brasil, o controle judicial de constitucionalidade apresenta-se sob vários aspectos, nas hipóteses de controle das leis e dos atos normativos contrários à Constituição.

A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil principia com a Constituição Republicana de 1981, sob a influência do Direito norte-americano, que, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças dos Tribunais dos Estados, dispunha, em seu art. 58, §1.º, *a e b*, que:

“Das sentenças da justiça dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicabilidade de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados, em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os atos, ou leis impugnadas.”

A Constituição de 1934 introduziu importantes novidades no sistema de controle da constitucionalidade. Dentre as inovações, destacavam-se a obrigatoriedade de maioria absoluta dos membros dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade (art. 179), a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV), a eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal (art. 96), a declaração de inconstitucionalidade para evitar intervenção federal (art. 12, §2.º).

A Carta de 1937 é apontada por Gilmar Ferreira Mendes

² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 23-24.

como ensejadora de um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade, quando consagrou, no art. 94, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do tribunal.³

A Constituição de 1946, que seguia as tendências das Constituições dos Estados sociais do século XX, trouxe de volta a tradição de controle judicial no Brasil.

Dispunha o texto do art. 101, III, *a, b, c*, a competência do Supremo Tribunal Federal para “julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou a letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando, na decisão recorrida, a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.”

O dispositivo que permite ao Senado Federal suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal foi mantido pela Carta de 1946 (art. 64). Foi mantida, igualmente, a possibilidade de intervenção federal nos Estados (art. 7.º).

Cabia ao Procurador-Geral da República submeter ao exame do Supremo Tribunal Federal um ato ou lei inconstitucional (art. 7.º, VII), cuja ofensa ensejava a intervenção.

³ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 240.

Durante a vigência da Constituição de 1946, surge, para regulamentar a declaração de inconstitucionalidade acima exposta, a Lei n. 2.271, de 22 de julho de 1954, que resulta na criação de um instrumento processual, qual seja a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, uma forma de controle por ação direta, ao lado do controle por via de exceção já utilizado.

A Constituição de 1967/69 não inovou e conservou os dispositivos da Constituição de 1946. Gilmar Ferreira Mendes informa que a representação para fins de intervenção, conferida ao Procurador-Geral da República, foi ampliada, com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também prover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1.^a parte).⁴

A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, §2.^o). Preservou-se o controle de constitucionalidade *in abstracto*, tal como estabelecido pela Emenda n. 16, de 1965 (art. 119, I).⁵

A Emenda n. 7, de 1977, introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de intervenção e, pondo fim à controvérsia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhece expressamente a competência do Supremo Tribunal Federal para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República (CF 1967/1969, art. 119, I).⁶

O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988 sofreu modificações, com a ampliação de legitimados a propor a ação de inconstitucionalidade, visto que, antes, somente o Procurador-Geral da República poderia propô-la. Com o art. 103 da Constituição de 1988, o constituinte permitiu a propositura da ação de inconstitucionalidade ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa da Assembléia Legislativa, ao Governador de Estado, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem

⁴ Op. cit, 1999, p. 253.

⁵ Op. cit, 1999, p. 253.

⁶ Ibidem.

dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. A Emenda Constitucional n. 45/2004 incluiu no rol dos legitimados a Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal.

Inovação importante foi a inconstitucionalidade por omissão, disposta no art. 103, § 2.º da Carta de 1988, que dispõe: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Seguiu o constituinte uma tendência de vários países da Europa, visto que o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão só recebeu previsão nos textos constitucionais a partir da década de 70, com sua incorporação à Constituição de Portugal (1976). Conforme informa Luís Roberto Barroso, o tema já vinha sendo discutido, em sede jurisprudencial em alguns países, desde o final da década de 50 e início da década de 60, como na Itália e na Alemanha, bem como na Espanha, a partir da Constituição de 1978.⁷

Outra novidade foi a possibilidade dos Estados-membros da Federação brasileira instituírem representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a legitimação para agir a um único órgão (art. 125).

A Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, como proteção à supremacia constitucional.

A Lei n. 9.868/99 veio a disciplinar o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, e a Lei n. 9.882/99 pretendeu regulamentar o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 2.º do art. 102 da Constituição.

⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32.

A Constituição de 1988 significou, portanto, grande avanço no sistema de controle da constitucionalidade, uma vez que alargou, dinamizou e tornou eficaz o controle.

3. O controle judicial da inconstitucionalidade por omissão dos direitos fundamentais

3.1 Da omissão inconstitucional

A eficácia jurídica das normas constitucionais de direitos fundamentais requer uma jurisdição constitucional eficiente, caso contrário, esses direitos se tornam mais vulneráveis às circunstâncias do momento, dos governos e de seus governantes.

O sistema constitucional contém instrumentos garantidores da efetividade dos direitos fundamentais, quais sejam a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

A obrigatória concretização dos direitos fundamentais vincula os três Poderes. A pouca efetivação dos direitos sociais no Brasil relaciona-se mais com a omissão estatal do que com a sua ação.

A omissão constitucional relativamente a atos ou leis para implementação de serviços de saúde ou educacionais demanda a propositura de ação de inconstitucionalidade ou do mandado de injunção.

A inconstitucionalidade por omissão pode manifestar-se por algumas formas: pela omissão dos Poderes na prática de atos impostos pela Constituição, pela omissão do legislador em editar norma integradora de um comando constitucional e pelo *non facere* do Poder Executivo na expedição de regulamentos de execução de leis.

3.2 Meios de controle da omissão inconstitucional e seus efeitos: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção

A Constituição de 1988, que permite o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, previu dois instrumentos para que a jurisdição possa controlar a omissão inconstitucional na inércia normativa: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

No Brasil, não só a jurisdição constitucional, mas todos os magistrados têm o dever de zelar pela eficácia da Constituição. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem como efeitos a decisão *erga omnes*, aproveitando a todos e com autoridade de coisa julgada. A disposição constitucional do §2.º do art. 103 é clara, ao expressar que, “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

A Constituição é clara quanto a órgão administrativo, mas, na omissão do Poder Legislativo, não há prazo para adoção das medidas necessárias, sendo correto aplicar-se o princípio da razoabilidade no estabelecimento de prazo razoável para a integração do comando constitucional e restabelecimento da harmonia do sistema constitucional.

Não há sanção para o descumprimento do prazo fixado para a emanção da norma integradora, havendo sugestões dogmáticas que aconselham a atuação normativa do Poder Judiciário. Flávia Piovesan sustenta:

“A título de proposição, sustenta-se que mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o legislador omissor suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo poderia corresponder

ao prazo da apreciação em “regime de urgência que, nos termos do art. 64, §2.º do texto, é de quarenta e cinco dias. Finalizando o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Essa decisão normativa do Supremo Tribunal Federal, de caráter temporário, viabilizaria, desde logo, a concretização de preceito constitucional (...).”⁸

(...) No que se refere à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sugere-se que, “em caso de relevância e urgência constitucional”, possa o Supremo Tribunal Federal resolver satisfatoriamente a lide proposta, se assim permitir o caso, mediante a expedição de decisão normativa provisória, até que a omissão venha a ser em definitivo suprida pelo órgão competente. Dessa forma, estar-se-ia a viabilizar o cumprimento da Constituição e a afastar a subsistência da inconstitucionalidade por omissão, que compromete o sucesso constitucional.”⁹

O Supremo Tribunal Federal resiste a um entendimento mais abrangente quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão e isso faz com que esse instrumento seja insatisfatório para a garantia das normas constitucionais, conforme podemos observar no Acórdão proferido em ação direta de inconstitucionalidade por omissão ADI 1458-DF, cujo relator foi o Min. Celso de Mello:

EMENTA: DESRESPEITO À
CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE
C O M P O R T A M E N T O S

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.126. José Afonso da Silva propugnara por uma decisão judicial normativa, para valer como lei, se, após certo prazo, o legislador não suprisse a omissão. Em: DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 59.

⁹ Op. cit. 2003, p. 128.

INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. SALÁRIO MÍNIMO - SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS - GARANTIA DE PRESERVAÇÃO DE SEU PODER AQUISITIVO. - A cláusula constitucional inscrita no art. 7.º, IV, da Carta Política - para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada: (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família; e

(b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. - O legislador constituinte brasileiro delineou, no preceito consubstanciado no art. 7.º, IV, da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público - e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7.º, IV) -, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório. SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL. - A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7.º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. - A omissão do Estado - que

deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. - As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.

INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. - A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando reconhecimento judicial do estado

de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, §2.º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.¹⁰

O mandado de injunção é ação constitucional e garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, conforme dispõe o art. 5.º, LXXI, da Constituição Federal de 1988.

O Mandado de Injunção, inovação da Carta de 1988, é poderoso instrumento de tutela dos direitos econômicos e sociais, cuja função é fazer com que a norma constitucional seja aplicada, independente de regulamentação, para suprir, assim, a omissão estatal.

Ocorre que esse instrumento não atendeu a sua destinação constitucional, tendo em vista a interpretação que lhe deu o Supremo Tribunal Federal, ao restringir seu alcance.

Luis Roberto Barroso identifica duas linhas antagônicas de entendimento sobre os efeitos da decisão do mandado de injunção:

“Coerente com a posição doutrinária aqui sustentada, afigura-se melhor a orientação que identifica o provimento judicial na espécie uma natureza constitutiva, devendo o juiz criar a norma regulamentadora para o caso concreto, com a

¹⁰ STF, DJU, pp. 34.531, 20.09.1996, 1842:128, ADI 1458 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello.

eficácia *inter partes*, e aplicá-la, atendendo, quando seja o caso, à pretensão veiculada (...).”¹¹

Expressando uma tese contrária, assevera Luis Roberto Barroso, “há os partidários da tese segundo a qual a decisão proferida em mandado de injunção tem caráter mandamental. Por tal orientação, caberia ao Poder Judiciário dar ciência ao órgão omissor da mora na regulamentação, para que este adote as providências necessárias e, se se tratar de direito oponível contra o Estado, suspender os processos judiciais e administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse omissão inconstitucional. Esse o entendimento que teve a adesão da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal”¹².

O entendimento restritivo do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos do Mandado de Injunção podem ser ilustrados no seguinte Acórdão proferido em Mandado de Injunção MI 284/DF, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio:

“MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - FUNÇÃO PROCESSUAL - ADCT, ART. 8.º, §3.º. (PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA) - A QUESTÃO DO SIGILO - MORA INCONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO - EXCLUSÃO DA UNIÃO FEDERAL DA RELAÇÃO PROCESSUAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - *WRIT* DEFERIDO. - O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional - consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - impõe que se defina, como passivamente legitimado *ad causam*, na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em

¹¹ Op. cit, 2004, p. 104.

¹² Op. cit, 2004, p. 105.

situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional. No caso, *ex vi* do §3.º do art. 8.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inatividade inconstitucional é somente atribuível ao Congresso Nacional, a cuja iniciativa se reservou, com exclusividade, o poder de instaurar o processo legislativo reclamado pela norma constitucional transitória. - Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconvincente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo “perigoso fascínio do absoluto” (Pe. JOSEPH COMBLIN, “A Ideologia da Segurança Nacional - o Poder Militar da América Latina”, p. 225, 3.ª ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em *práxis* governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema (“O Futuro da Democracia”, 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. O novo estatuto político brasileiro - que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. A Carta Federal, ao

proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5.º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO, como “um modelo ideal do governo público em público”. - O novo *writ* constitucional, consagrado pelo art. 5.º, LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico “impõe” ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder. - Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se “prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, “desde logo”, a possibilidade de ajuizarem, “imediatamente”, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.”¹³

Pode-se observar claramente que a Corte minimizou ou

¹³ STF, RTJ, 139:712, 1992, MI 284-DF, rel. Min. Marco Aurélio.

48 - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas v. 7

anulou os efeitos do mandado de injunção, reduzindo-o à mera intenção constitucional, muito embora haja outros entendimentos que permitem um avanço, sem, contudo, serem suficientes para concretizar os direitos pleiteados e se tornem ineficazes no sistema constitucional.

É de se concluir que o melhor entendimento seria o Poder Judiciário, na apreciação do mandado de injunção, regular o caso concreto, sem que isso fira o vetusto e mal-interpretado princípio da separação dos Poderes e a segurança jurídica.

4. A possibilidade e os limites de controle judicial da omissão administrativa no cumprimento dos programas constitucionais e na efetividade dos direitos fundamentais sociais

4.1 Qual o limite do controle da discricionariedade da administração pública?

O conhecimento do desenvolvimento do Estado e da Administração Pública é essencial no ponto de partida para o estudo do controle judicial da atividade administrativa, tendo em vista que essa atividade controladora cresceu nas diversas acepções e aspectos estatais.

Intensificam-se no Estado brasileiro mecanismos de proteção aos direitos fundamentais sociais, fruto de uma Constituição democrática, a de 1988, que concedeu aos indivíduos direitos e garantias fundamentais. Não é surpreendente, portanto, que caberá questionar a atividade da Administração Pública na efetivação desses direitos, sendo o controle judicial relevante mecanismo para que o Estado possa atingir os fins prescritos pela Constituição Federal.

A análise judicial da discricionariedade administrativa, que, no passado, era confiada à livre disposição da administração pública, foi um divisor de águas entre a teoria do direito público dos séculos XIX e XX. Para o atual entendimento, discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade.

Essa resistência da administração pública em submeter seus atos ao controle judicial serviu para priorizar o subjetivismo e o arbítrio ante uma falsa interpretação do princípio da separação dos Poderes, sujeitando os administrados, muitas vezes, à falta de efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, a norma constitucional necessita sair da literalidade para o mundo exterior. Friedrich Müller diz com muita propriedade que “uma norma jurídica é - assim como ela age efetivamente - mais do que o seu teor literal. O teor literal expressa, juntamente com todos os recursos interpretativos auxiliares, “o programa da norma”.¹⁴

A omissão constitucional revela, de certo modo, um esvaziamento do “programa constitucional”, ao impor a provocação da chamada comunidade de intérpretes da Constituição, no ingresso, por exemplo, de ações diretas de inconstitucionalidade, com o fito de racionalizar a atividade da administração pública.

Atualmente, conforme Germana Moraes, admite-se a justiciabilidade da atuação administrativa não-vinculada por parâmetros jurídicos, como os princípios gerais do Direito, em grande parte, constitucionalizados após lenta construção jurisprudencial. A extensão do controle jurisdicional da atividade administrativa não-vinculada, dos atos discricionários ou decorrentes da valoração administrativa de conceitos verdadeiramente indeterminados, não se delimita com base na exclusão de determinados atos administrativos do crivo do Poder Judiciário. Hoje em dia, na moderna compreensão do Direito Administrativo, todo ato, seja discricionário ou resultante da valoração de conceitos indeterminados, é suscetível de revisão judicial, por meio da qual o Judiciário deverá examinar a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios gerais de Direito, para além da verificação dos aspetos vinculados ao ato¹⁵.

Ao Poder Judiciário, será necessário o controle ou revisão

¹⁴ MÜLLER, Friedrich. *Direito linguagem violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 42/43.

¹⁵ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2.ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, P. 56.

dos elementos vinculados ao ato administrativo, tais como competência, finalidade e forma; caberá ao Ministério Público, mediante, por exemplo, a Ação Civil Pública, ou ao próprio Judiciário, avaliação da correspondência entre o ato administrativo e os princípios da Administração Pública e a efetivação dos direitos fundamentais. Não pode resistir a Administração Pública na necessária submissão de seus atos à atuação política do Poder Judiciário, como a implementação das políticas públicas, no sentido de que o questionamento se tornará necessário no instante em que tais programas fujam do interesse público ou descumpram imposição constitucional. Não há ato ou poder discricionário puro, na medida em que o questionamento de tais atos, em algumas ocasiões, se tornará necessária quando se afastarem eles dos interesses sociais reais. Por outro lado, a renovação desse controle judicial não poderá tornar o Poder Judiciário um poder arbitrário e afastar a subjetividade pela formulação de hierarquias entre normas e princípios.

Os princípios jurídicos informam os atos dos poderes públicos, pois equiparam-se à própria norma e, desse modo, a administração pública deverá fundamentar seus atos em acatamento aos princípios da publicidade, da moralidade, da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de ter o ato invalidado pelo controle judicial.

4.2 O princípio da proporcionalidade como controlador do ato administrativo discricionário e da efetivação dos direitos fundamentais: correção da omissão de um dever constitucional

O princípio da proporcionalidade surgiu para controlar os excessos de poder. Surgiu das idéias *jus naturalistas formuladas na Inglaterra nos séculos XVII e XVIII* e, muito embora não expresse explicitamente em nossa Constituição Federal, dela se pode extrair seu conteúdo com base na análise do § 2.º do art. 5.º. A Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal, dispõe em seu art. 2.º que “a

administração obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (...).”, impondo, portanto, à administração pública, a observância obrigatória do referido princípio, como garantia aos administrados, sob pena de anulação dos atos administrativos.

Germana Moraes ressalta que o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade na jurisprudência constitucional produz reflexos no Direito Administrativo, à medida que o controle dos atos administrativos pelos Tribunais se alargou, para abranger o controle de constitucionalidade, em especial, de sua compatibilidade com a principiologia constitucional. O controle jurisdicional dos atos administrativos no Brasil, à luz do princípio da proporcionalidade, corresponde a um controle desconcentrado de constitucionalidade das leis¹⁶.

O controle jurisdicional da Administração Pública não se vincula apenas ao controle de legalidade, insuficiente na evolução da ordem constitucional e da força normativa dos princípios, que ensejam um controle mais abrangente, qual seja o controle da juridicidade. E os direitos fundamentais, como salienta Gustavo Ferreira Santos, têm a limitabilidade e a relatividade como características, que exigem procedimentos de compatibilização entre diversos direitos, bem como o controle da restrição a tais direitos, a que o Estado legitimamente procede em nome de outros direitos ou de interesses constitucionais protegidos.¹⁷

¹⁶ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2.^a ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 82

¹⁷ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 115.

4.3 O controle da omissão da Administração Pública via ação civil pública como fundamento de implementação da política específica

A ação civil pública é instrumento processual adequado ao controle dos atos administrativos como meio que tutela os direitos fundamentais e pugna pela efetivação das políticas públicas.

A ação civil pública visa a responsabilizar os causadores de danos morais e patrimoniais ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer interesse difuso e coletivo, como os relacionados aos deficientes físicos, crianças e adolescentes, idosos e outros e, ainda, por infração da ordem econômica e da economia popular (art. 1.º da Lei n. 7.347/85).

Essa ação tem por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 2.º). A legitimação principal para a propositura da comentada ação é do Ministério Público, o que não impede a de terceiros, conforme o art. 5.º da Lei de Ação Civil Pública.

A Lei estabelece duas modalidades de ação: a cautelar e a principal. As medidas cautelares podem ser utilizadas para a produção antecipada de provas e outros procedimentos tendentes a assegurar a instrução de provas para a ação principal. Por meio do inquérito civil, prepara-se a colheita de provas e depoimentos para a propositura da ação principal.

O Poder Judiciário, considerando procedente a ação civil pública, condenará o réu a fazer ou a prestar a obrigação devida, a abster-se ou não de realizar o comportamento prejudicial, ou, ainda, a pagar importância em dinheiro a título de indenização.

Não faz parte desse controle a proteção apenas de direitos transindividuais, mas do próprio ordenamento jurídico e dos princípios. A evolução dessa espécie de controle direciona-se no sentido de aprofundar-se na busca dos fundamentos dos atos administrativos e na proteção dos direitos públicos subjetivos

dos administrados.

Após breve relato sobre as características essenciais da ação civil pública, é necessário analisar a forma como esse instrumento assegura os direitos fundamentais. Uma questão que suscita controvérsia refere-se à análise e ao controle dos atos administrativos discricionários.

Há que se questionar, portanto, a abrangência do controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário. O professor Andreas Krell, ao refletir sobre o tema, afirma que a doutrina alemã sobre os limites do controle judicial dos atos administrativos discricionários está ganhando espaço sob o “enfoque jurídico-funcional” (*funktionell-rechtliche Betrachtungsweise*).¹⁸ O vetusto princípio da separação dos Poderes deve ser hoje entendido mais como princípio da divisão de funções, enfatizando-se a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíproca entre os diversos Poderes e Órgãos no Estado Democrático de Direito.

De fato, a deficiência dos serviços públicos e a não-implantação das políticas públicas conduzem ao controle pelo Ministério Público, mediante a ação civil pública, defendendo os interesses metaindividuais e garantindo à população a participação no processo democrático. Essa atribuição do *Parquet* não deixa de adquirir forte conotação política, na medida em que renova os conceitos democráticos e as políticas de reestruturação e de ajuste econômico.

Algumas teorias foram elaboradas para impor limites ao exercício do poder discricionário e ampliaram, assim, a sindicabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

As duas principais teorias são a relativa ao desvio do poder e a teoria dos motivos determinantes. A primeira explica que o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar

¹⁸ KRELL, Andreas. *Discricionarietà amministrativa e protezione ambientale: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004. p. 58.

a nulidade do ato, já que a Administração usou indevidamente a discricionariedade, desviando-se dos fins de interesse público definidos na lei. A teoria dos motivos determinantes ocorre quando a Administração indica os motivos que levaram a praticar o ato e este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Poder Judiciário terá de examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência¹⁹.

Há algum tempo, surge, no Brasil, tendência doutrinária e jurisprudencial na limitação da discricionariedade administrativa para permitir a ampliação do controle judicial. Verifica-se essa tendência, conforme Maria Silvia Di Pietro, com relação às noções imprecisas que o legislador usa com frequência para designar o motivo e a finalidade do ato (interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública e outros). Trata-se daquilo que os doutrinadores alemães chamam de “conceitos legais indeterminados”.²⁰

A doutrina alemã começou, conforme informa Andreas Krell, há mais ou menos cinquenta anos, a banir a discricionariedade da hipótese da norma e a defender o controle judicial integral dos conceitos jurídicos indeterminados, admitindo, por outro lado, “espaços de livre apreciação” da Administração em relação a certos conceitos de valor e de prognose, que exigiam avaliações e ponderações mais complexas, para evitar uma indevida substituição de decisões do Executivo pelos Tribunais. Nessa evolução, desde o fim dos anos 80 do século passado, o Tribunal Constitucional Federal alemão (Bundesverfassungsgericht), baseado na garantia do pleno controle judicial dos atos públicos, reduziu os espaços de livre apreciação dos órgãos administrativos e aumentou, assim, o controle sobre a efetivação dos direitos fundamentais²¹.

Talvez o limite seja entre a discricionariedade e a ampla

¹⁹ Conforme definições de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8.ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 34.

²⁰ Op. cit. 1997, p. 181.

²¹ Op. cit. 1997, p. 39.

averiguação judicial dos atos administrativos. Importa, mediante o controle judicial, ação civil pública ou outra modalidade de instrumento processual, buscar se essa livre apreciação atende ao princípio da razoabilidade.

Recorre-se a esse assunto, visto que a proteção dos interesses coletivos e difusos reconduz ao exame dos limites da discricionariedade administrativa e ao controle judicial da administração pública.

Exemplos são a aplicação de, no mínimo, 25% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212, CF), a implementação de políticas públicas relacionadas aos idosos, aos deficientes físicos ou às crianças e aos adolescentes, muitas vezes descuidadas sob a alegação de falta de verbas orçamentárias, ou até mesmo por desvio de aplicação. A modificação desse quadro e conseqüente cumprimento das normas constitucionais dependem da interpretação que fizeram os Tribunais encarregados do controle judicial, por meio do controle difuso, ou no controle direto de constitucionalidade, tendo em vista que a tônica do constitucionalismo contemporâneo está baseada, sobretudo, na tutela dos direitos fundamentais, positivados nas Constituições.

O não-cumprimento das normas que prescrevem direitos sociais ou o cumprimento errôneo geram responsabilidade da administração, em razão do controle da constitucionalidade, pela judicialização desses direitos e pelo devido juízo de constitucionalidade sobre eles.

A doutrina mais moderna não deixa de ver os direitos sociais como direitos fundamentais. A definição não lhes dá solução de eficácia, mas reclama providências positivas dos Poderes Públicos e isso significa dizer que o Estado tem a responsabilidade de pôr em prática esses direitos. Canotilho chama atenção para os direitos fundamentais como direitos ao acesso e utilização de prestações estaduais, para uma significativa cota de responsabilidade dos poderes públicos no desempenho de tarefas econômicas, sociais e culturais, incumbindo-lhes pôr à disposição

dos cidadãos prestações de várias espécies, como instituições de ensino, saúde, segurança, transportes, telecomunicações, entre outros.²²

À medida que o Estado vai concretizando suas responsabilidades e assegurando prestações existenciais dos cidadãos, resulta para os cidadãos:

a) o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (ex: igual acesso às instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização das vias e transportes públicos);

b) o direito de igual cota-parte (participação) nas prestações fornecidas por esses serviços ou instituições à comunidade (ex: direito de cota-parte às prestações de saúde, às prestações escolares, às prestações de reforma e invalidez). Nesse sentido, permite-se aos titulares-cidadãos recorrer aos tribunais para reclamar o nível de erradicação e de realização adquirida pelos direitos fundamentais e, além disso, fala-se de cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social.²³

Essas normas programáticas condicionam a atividade discricionária da Administração Pública e impulsionam o controle pelo Ministério Público, principalmente pela ação civil pública. Há necessidade de desenvolvimento, como dispõe a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, ratificada pelo Brasil.

Na Declaração, encontra-se a descrição do direito ao desenvolvimento como direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, de forma que todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados (art. 1.º). O ser humano, portanto, é partícipe do desenvolvimento de seu país, sujeito central desse desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 536.

²³ Op. Cit., 1995, p. 542.

do direito ao desenvolvimento (art. 2.º).

Os Estados devem tomar providências para a implementação de direitos fundamentais, como educação, saúde e alimentação. O Poder Executivo, ao remeter ao Congresso Nacional (às Assembléias Legislativas, no plano estadual), proposta da lei de diretrizes orçamentárias, votada e aprovada, vincula a esse Poder a estruturação de programas, sob pena de inconstitucionalidade. Caso contrário, o controle judicial permitirá emissão de disposição coercitiva para obrigar o Executivo ao cumprimento do que fora aprovado.

Maria Paula Dallari Bucci questiona sobre a iniciativa das políticas públicas e se cabe ao Poder Legislativo ou ao Executivo formulá-las. E arremata, dizendo que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes e os objetivos são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza sob forma de leis, para execução pelo Executivo. Entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela de atividade “formadora” do direito nas mãos do Governo (Poder Executivo), perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuição²⁴.

A eficácia dos direitos sociais oriundos de políticas públicas depende do acesso do cidadão ao Judiciário para reclamar tal direito. Está, assim, o administrador vinculado à Constituição, considerando a omissão como motivo para o controle judicial por meio do Ministério Público, por ação civil pública ou ação direta de inconstitucionalidade.

Discute-se, atualmente, a “politização” do Ministério Público e do Poder Judiciário, na medida em que interferem nos rumos políticos seguidos pelos outros Poderes. Discute-se a falta de legitimidade democrática para tanto. Não se pode negar que a atuação do Ministério Público, por meio de ações civis públicas

²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87.

ou as decisões judiciais, carregam alto grau de politização, importando a necessária conservação, no entanto, da segurança jurídica.

Para a eficácia da Constituição, impõe-se uma nova postura dos operadores jurídicos. Não sem razão, assevera Lenio Streck que a eficácia das normas constitucionais reclama um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial, da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, à proporção que se coloca o paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, nega a aplicação de tais direitos. Sendo a Constituição Brasileira, uma Constituição social, dirigente, compromissária e democrática, tende a uma necessária luta para implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, entre outros)²⁵.

No atual estágio da vigência da Constituição Federal e com a dinâmica dos fatos sociais e econômicos, impõe-se uma nova interpretação aos institutos estudados, como promessa de cumprimento do programa constitucional.

5. Conclusão

As modalidades de controle jurisdicional da Administração Pública no Brasil vêm desenvolvendo-se, como demonstrado, no sentido de reduzir o âmbito de discricionariedade e mitigar o princípio da Separação dos Poderes.

O controle de constitucionalidade e as ações civis públicas propostas pelo Ministério Público para defesa dos direitos coletivos e difusos vêm transformando o Estado no que se refere à defesa dos direitos fundamentais e à própria democracia.

A proteção aos direitos fundamentais passa pela implantação de garantias jurídicas e institucionais, mediante as quais a maioria da sociedade pode tomar decisões necessárias

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15.

para combater a inércia governamental em questões sociais, como educação ou saúde.

Com a Constituição de 1988, a estruturação do Ministério Público e a ampliação do controle da Administração Pública corresponderam a instrumentos de verdadeira efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Para o enfrentamento do grave problema do acesso da população desvalida aos direitos fundamentais sociais, é necessária uma interpretação coerente da aplicação dos instrumentos do mandado de injunção, da ação civil pública e da ação de inconstitucionalidade por omissão como obrigação constitucional de proteção aos administrados e para a evolução social na etapa político-constitucional vigente.

Referências bibliográficas:

- ALEXY, Robert. (1997) *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BARROSO, Luís Roberto. (1993) *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Renovar, Rio de Janeiro.
- _____. (2004) *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Saraiva, São Paulo.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. (1993) *Escritos de Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luís Pagés e Ignacio Menendez. Baden-baden: Nomos.
- BONAVIDES, Paulo. (2004) *Curso de direito constitucional*. 13.^a ed., Malheiros, São Paulo.
- BRITTO, Carlos Ayres. (2003) *Teoria da Constituição*. Forense, Rio de Janeiro.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. (2002) *Direito administrativo e políticas públicas*. Saraiva, São Paulo.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (1995) *Direito Constitucional*. Livraria Almedina, Coimbra.
- _____. (1998) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2.^a ed., Livraria Almedina Coimbra.
- _____. (2000) *Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais*. Revista

- jurídica Consulex, ano IV, volume I, N. 45. .
- CAPPELLETTI**, Mauro. (1984) *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Fabris, Porto Alegre.
- CAVALCANTI**, Francisco de Queiroz Bezerra. (1997) *Breves considerações sobre o controle da função administrativa e a plenitude da tutela jurisdicional*. In Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, Recife, n. 8.
- DANTAS**, Ivo. (2001) *Instituições de direito constitucional brasileiro*. 2.ª ed., Juruá, Curitiba.
- DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. (1991) *A discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. Atlas, São Paulo.
- _____. (1997) *Direito Administrativo*. 8.ª ed., Atlas, São Paulo.
- DWORKIN**, Ronald. (2002) *Levando os direitos a sério*, Martins Fontes, São Paulo.
- FRISCHEISEN**, Luiza Cristina Fonseca. (2003) *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. Max Limonad, São Paulo.
- GUERRA FILHO**, Willis Santiago. (1999) *Processo constitucional e direitos fundamentais*. Celso Bastos Editor/IBDC, São Paulo.
- HÄBERLE**, Peter. (1997) *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre.
- HESSE**, Konrad. (1991). *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre.
- _____. (1998) *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Antônio Sérgio Fabris, Porto Alegre.
- KRELL**, Andreas J. (2002) *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre.
- _____. (2004) *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Livraria do Advogado, Porto Alegre.
- LARENZ**, Karl. (1997) *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3.ª ed., Calouste Gulbekian, Lisboa.
- MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. (1995) *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. Malheiros, São Paulo.

- _____. (2000) *Curso de direito administrativo*. 5.^a ed., Malheiros, São Paulo.
- MÜLLER, Friedrich. (1995). *Direito linguagem violência: elementos de uma teoria constitucional*, I., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre.
- MENDES, Gilmar Ferreira. (1999) *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Celso Bastos editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo.
- MORAES, Germana. (1999) *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. Dialética, São Paulo.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. (1995) *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid.
- _____. (1999). *Derechos humanos, Estado de Derecho e Constitucion*. Tecnos, Madrid.
- PIOVESAN, Flávia. (2003) *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
- RÊGO, George Browne. (1997) *Os princípios fundamentais e sua natureza estruturante na Constituição de 1988*. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, Recife, n. 8.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. (2004) *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro.
- SARLET, Ingo Wolfgang. (1998) *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria dos Advogados, Porto Alegre.
- _____. (2004) *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2, Porto Alegre.
- SILVA, José Afonso. (1995) *Curso de direito constitucional positivo*. Malheiros editores, São Paulo.
- STRECK, Lenio Luiz. (2004) *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.^a ed., Forense, Rio de Janeiro.