A AÇÃO POR OMISSÃO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Genésia Marta Alves Camelo*

RESUMO: A partir de uma delegação de soberania quantitativa iniciou-se o processo de integração da União Europeia, com a criação de instituições supranacionais, como o Tribunal de Justiça, responsável por garantir o respeito aos direitos fundamentais e ao princípio da legalidade. Este texto tem como finalidade precípua analisar alguns aspectos da ação por omissão do direito da União Europeia, a qual integra o sistema de controle de legalidade das instituições da União Europeia, estabelecendo um paralelo com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão do ordenamento jurídico brasileiro, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Soberania; Supranacionalidade; Controle de legalidade; Ação por omissão; União Europeia; Tratado de Lisboa; Ação direta de inconstitucionalidade por omissão; Ordenamento jurídico brasileiro; Estado Democrático de Direito.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é proceder a uma breve análise inicial da mutação do conceito de soberania, que culminou na possibilidade de surgimento da concepção de supranacionalidade, tecendo considerações sobre alguns tratados celebrados no âmbito da Comunidade/União Europeia.

O presente trabalho também visa analisar sob o paradigma do Estado Democrático de Direito alguns aspectos da ação por omissão, que integra o controle de legalidade da União Europeia e a ação direta de

* Bacharelada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes; Procuradora Federal.

inconstitucionalidade por omissão do ordenamento jurídico brasileiro.

Serão abordados aspectos como a importância do Tribunal de Justiça da União Europeia para a consolidação do Estado Democrático de Direito, a importância do controle de legalidade e do respeito aos direitos fundamentais nos Estados Democráticos de Direito, omissão juridicamente relevante, legitimidade, fase administrativa da ação por omissão, efetividade das decisões proferidas na ação por omissão e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dentre outros.

A justificativa desse artigo deve-se à enorme importância de estudarmos o processo evolutivo do direito da União Europeia, o qual aferiu um maior grau de legitimidade com o Tratado de Lisboa que aproximou os cidadãos das instituições do direito da União Europeia.

Assim, não obstante a diversidade dos processos históricos da União Europeia e do Brasil, a análise comparativa entre a ação por omissão e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão permite o estabelecimento de reflexões sobre a consolidação do Estado Democrático de Direito Brasileiro, bem como a necessidade de observância de um devido processo constitucionalizado.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ROMPIMENTO DO DOGMA DO CONCEITO JURÍDICO TRADICIONAL DE SOBERANIA – PRESSUPOSTO PARA A INTEGRAÇÃO ENTRE OS ESTADOS

Primeiramente é importante ressaltar que o conceito clássico de soberania vem sofrendo profunda alteração de concepção ao longo da história.

O conceito de soberania foi concebido por *Jean Bodin*, no final do século XVI, com fins a conferir legitimidade ao poder do monarca, o qual se sujeitava apenas às leis divinas e naturais. O Estado possuía um poder absoluto, supremo, perpétuo e independente.

A citada teoria da soberania absoluta do rei cede lugar diante do pensamento de Rousseau, o qual transfere o poder do monarca para o povo, desmembrando o conceito de soberania em soberania nacional e soberania popular.

A soberania nacional se baseia no princípio de que o poder constituinte deve recair num órgão distinto dos órgãos constituídos, sendo responsável

pela criação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.[1]

Povo e nação era uma só entidade, dotada de vontade própria e de seu destino, que exerce a soberania por meio de seus representantes.[2]

Impende salientar que a doutrina da soberania popular abrange duas versões: a francesa, segundo a qual a Constituinte é o povo (concepção falsa, visto que a soberania é indelegável), e a americana que considera a Constituinte ou Convenção como uma assembleia limitada cujo trabalho se legitima unicamente com a aprovação do povo.[3]

A mencionada teoria se baseia na igualdade política dos cidadãos, aduzindo a igualdade natural dos Estados e reconhecendo um direito estatal ilimitado de apreciar as situações e determinar as suas consequências.[4]

Jellinek é o principal precursor da Teoria da Soberania do Estado, segundo a qual a soberania é um poder jurídico ilimitado e absoluto, sendo legítima toda forma de coação estatal, por representar a vontade soberana de quem detém o poder. Tal teoria visava conferir legitimidade às ditaduras.[5]

Vale registrar a Teoria Negativista da Soberania, defendida por *Duguit,* que considera a soberania como um dado histórico, representando uma qualidade do poder do Estado e não necessariamente um elemento essencial de sua formação.[6]

Por fim, a teoria realista ou institucionalista da soberania considera a soberania como um atributo do Estado, existindo unidade de personalidade entre a Nação (realidade sociológica) e o Estado (realidade jurídica). No entanto, a Nação pode retomar o seu poder originário sempre que o órgão estatal confrontar com os fatores reais de poder.[7]

Após transcorrermos sucintamente sobre as teorias relativas à soberania, urge explicitar o conceito jurídico tradicional de soberania: poder exercido por uma entidade estatal qualificado pela autonomia e independência.

Outrossim, cabe distinguir a soberania no plano interno e no plano internacional. No plano interno a soberania se expressa pelo exercício do poder constituinte originário, podendo criar a sua própria Constituição. Ao passo que, no plano externo, a soberania consiste no fato do Estado não estar submetido a outro, podendo contrair obrigações e adquirir direitos, possuindo independência.

Importante frisar que neste trabalho apresenta relevância a análise do

aspecto externo da soberania, que tradicionalmente não aceita qualquer tipo de subordinação a Estados Estrangeiros, salvo consentimento expresso em tratado.

No entanto, tal conceito se fragiliza diante da independência de diversos países africanos e asiáticos os quais não possuíam condições de exercer plenamente a soberania sem o auxílio de outros Estados, diante da inexistência de verdadeira igualdade jurídica.

O conceito de soberania também é influenciado pelo fenômeno da globalização.

Liziane Paixão Silva Oliveira analisa o conceito de soberania perante a globalização:

> Ideias díspares são defendidas por Oliveira, Ribeiro e Bonavides. Para os dois primeiros, a soberania está em crise em decorrência da globalização. Observam também que os países periféricos têm a soberania limitada. O terceiro revela que os neoliberais pretendem extinguir a soberania interna e externa e menciona que só sabem conjugar cinco verbos: desnacionalizar, desestatizar, desconstitucionalizar, desestatizar, desconstitucionalizar, desregionalizar e desarmar.
>
> Dando continuidade a esse pensamento encontram-se os globalistas, segundo os quais a globalização "esvaziou" os Estados, enfraquecendo a sua autonomia e soberania, uma vez que não têm capacidade para contrapor os ditames da economia global, nem de proteger a comunidade do seu território. Os processos econômicos, ambientais e políticos regionais e globais redefinem profundamente o conteúdo das decisões nacionais. Assim, na concepção desses teóricos, há o declínio do Estado-nação e o aumento do multilitarismo.
>
> Acrescenta-se a essa corrente a posição de Torres: esse enfraquecimento do Estado nacional, vale ressaltar, dá-se de duas formas: voluntariamente, quando o Estado delega competências deliberadamente a instâncias supranacionais, fortalecendo organismos mundiais, e/ou de forma involuntária, decorrente do próprio processo de globalização.

> Não se concebe na atual conjuntura, a ideia de que um Estado tenha o poder soberano enfraquecido por vincular-se a organismos internacionais, já que o pensamento dominante durante a assinatura da Paz de Westfália, de que os Estados soberanos tinham liberdade absoluta para governar um espaço nacional, não é atualmente aceito, pois a Carta das Nações Unidas estabelece um limite consensual ao arbítrio dos Estados no exercício da soberania. Aceitar a soberania como poder ilimitado e absoluto do Estado no seu território é não vislumbrar as mudanças sofridas pelo conceito para adaptar-se à realidade jurídica e social.

E ainda:

> O Estado soberano é independente, na medida em que dispõe de poderes para atuar no cenário nacional e internacional. Porém, quando o Estado determina a extensão de suas obrigações internacionais, o poder fica limitado, o que não representa a divisão da soberania.[8]

Impende enfatizar que desde o final do século passado vem crescendo consideravelmente a corrente que preconiza a intervenção nos Estados para a defesa dos direitos humanos.

Flávia Piovesan[9], citada por Venilton Paulo Nunes Júnior, em *O Conceito de Soberania no Século XXI*, p. 154, assim se pronuncia:

> Essa concepção, por si só, vem fomentada a partir de 1945, enseja duas revoluções: a primeira revolução na noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa desde aí a sofrer um processo de relativização e flexibilização. Só há direitos humanos, globais, internacionais, universais, com soberania flexibilizada. Caso contrário, não há como projetar esse tema na agenda internacional. A segunda revolução é a ideia de que nós, cidadãs e cidadãos, temos direitos protegidos aqui, no âmbito interno, mas também no âmbito internacional (...).

E continua:

> A soberania consiste hoje, sim, numa cooperação internacional em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, diz o autor, aponta a existência de um Estado não isolado, mas membro da comunidade e do sistema internacional. Os Estados, conclui, expressam e realizam a sua soberania, participando da comunidade internacional, ou seja, participar do sistema internacional é sobretudo um ato de soberania por excelência.[10]

Portanto, não resta dúvida de que a relação entre os Estados foi profundamente alterada, principalmente, diante do surgimento do processo de integração em blocos regionais ocasionando mutações no conceito de soberania.

3. DELEGAÇÃO DE SOBERANIA, SUPRANACIONALIDADE E A CELEBRAÇÃO DE TRATADOS NO ÂMBITO DA COMUNIDADE EUROPEIA E DA UNIÃO EUROPEIA

Com efeito, a nova concepção de soberania contribuiu decisivamente para o surgimento da ideia de supranacionalidade e, consequentemente, possibilitou a formação de uma Comunidade Europeia e, posteriormente, de uma União Europeia.

Nesse contexto, Stelzer[11] citado por Ricardo Guerra Vasconcelos afirma que:

> A origem da supranacionalidade encontra-se na transferência de parcelas soberanas por parte dos Estados-nacionais em benefício de um organismo que [...] avoca-se desse poder e opera acima das unidades que o compõem, na qualidade de titular absoluto.[12]

O referido mestre também se socorre dos ensinamentos de Bobbio[13]:

> Teoricamente, com o prevalecer das teorias constitucionais; praticamente, com a crise do Estado moderno, não mais capaz de se apresentar como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional. Para o fim deste monismo contribuíram, ao mesmo tempo, a realidade cada vez mais pluralista das sociedades democráticas, bem como, o novo caráter dado às relações internacionais, nas quais a interdependência entre os diferentes Estados se torna cada vez mais forte e mais estreita, quer no aspecto jurídico e econômico, quer no aspecto político ideológico. Esta desaparecendo a plenitude do poder estatal, caracterizada justamente pela soberania; [...] O golpe maior veio das chamadas comunidades supranacionais, cujo objetivo é limitar fortemente a soberania interna e externa dos Estados-membros; as autoridades supranacionais têm a possibilidade de conseguir que adequadas Corte de Justiça definam e confirmem a maneira pela qual o direito supranacional deve ser aplicado pelos Estados em casos concretos.[14]

A celebração de tratados no âmbito da Comunidade Europeia e da União Europeia não ficou imune a resistências de Estados europeus em transferir soberania.

Ricardo Guerra Vasconcelos recorre às lições de Quadros[15], para defender que ocorre uma simples delegação de poderes dos Estados-membros para a comunidade, não se operando verdadeira transferência de poderes soberanos.

> [...] na transferência de poderes haveria uma alienação desses poderes [...] enquanto que na delegação a raiz, a titularidade nua [...] conserva-se no órgão ou no sujeito delegante. [...] Queremos com isto dizer que o poder político das comunidades nasce duma delegação de poderes soberanos realizada pelos Estados em benefício das comunidades, e com o sentido que acima demos ao

> conceito de delegação, ou seja, com o entendimento de que os Estados membros não podem, enquanto durar a delegação, exercer os poderes que confiaram às Comunidades, mas não perdem a titularidade, a raiz desses poderes e, consequentemente, conservam o direito de em qualquer altura, e por si só, isto é, sem a possibilidade de as Comunidades a isso se oporem, revogar a delegação e, por via disso, podemos dizer [...] que em rigor os Estados membros não veem a sua soberania limitada, dado que os poderes delegados nas comunidades se conservam sempre sob a sua disponibilidade.[16]

O conceito de soberania pode ser cindido resultando um conceito de soberania qualitativo – "entendido como aptidão, afirmando-se como poder supremo e independente, como raiz, como fundamento, como essência ou conteúdo essencial" – ou um conceito quantitativo de soberania – "soma de poderes soberanos, como medida, como quantum de todas as faculdades em que se traduz o poder supremo e independente."[17]

Impende salientar que ao aderir à Comunidade/União Europeia, o Estado delega parte de seus poderes soberanos, diminuindo sua soberania quantitativa, sem alterar a sua soberania qualitativa.[18]

Fernando Horta Tavares[19] ao discorrer sobre a Teoria do Espaço Supranacional ensina que:

> O espaço supranacional é uma realidade implantada pelo homem sem referentes empíricos na lógica da estatalidade, pois pela superação de modelos historicamente conhecidos. Soma de poder dos Estados-Nações menor que o comando da União. Que deles resulta para enfrentamento institucional do poder privado das transacionais. Instrumentos deste novo espaço econômico jurídico:
> a) instituição única;
> b) leis (reserva legal: tratados);
> c) políticas protetivas;
> d) equilíbrio sistêmico (sem riscos);
> e) respaldo plebiscitário incessante e constante.

A referida diminuição dos poderes soberanos pode ser verificada por ocasião do Plano Schuman, do qual resultou a criação da Comunidade Econômica do Carvão e do Aço – CECA.

Nessa seara, destacamos o Tratado de Paris de 18 de abril de 1951 que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA e o Tratado de Roma, datado de 25 de março de 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia – CEE e a Comunidade Europeia da Energia Atômica – EURATOM.

A propósito, os Tratados de Paris e de Roma eram considerados a "Constituição" da Comunidade Europeia.

Oportuno, consignar alguns ensinamentos de João Mota de Campos a respeito dos referidos Tratados:

> O Tratado que instituiu a COMUNIDADE EUROPEIA DO CARVÃO E DO AÇO foi assinado em Paris em 18 de Abril de 1951. Ratificado pelos seus Estados participantes (França, República Federal da Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo), entrou em vigor em 25 de julho de 1952.
>
> (...) Os aspectos característicos de uma organização "parafederação" estão com efeito claramente marcados no Tratado: transferência de determinadas competências estatais para uma Alta Autoridade Comunitária dotada de poderes para agir tanto sobre os Estados-membros como sobre as empresas nacionais dos sectores do carvão e do aço; produção legislativa autônoma e consequente sobreposição de ordens jurídicas; possibilidades abertas às instituições comunitárias de procederem elas próprias a revisões do Tratado; submissão dos Estados-membros à legislação de origem comunitária e ao controle jurisdicional do exacto cumprimento das obrigações por eles assumidas no âmbito da CECA.
>
> Na verdade, a integração dos sectores do carvão e do aço implicaria a de outros setores básicos da economia; esta conduziria, inelutavelmente, a um mercado comum geral; e as exigências de coerência interna de um processo de integração econômica

> acabariam por ditar a necessidade da integração política.
> Em 10 de agosto de 1952, quando da instalação das Instituições Comunitárias da CECA, Jean Monnet, chamado a presidir à Alta Autoridade, entendeu poder expor sem reticências o seu pensamento a respeito do verdadeiro papel da CECA como instrumento de integração europeia:
> -"Cabem-nos, simultaneamente, responsabilidades imediatas e a de preparar transformações tão importantes que nenhum tempo deve ser perdido para as concretizar. A construção da Europa não tolera mais atrasos."[20]

João Mota Campos, ainda, obtempera que:

> Finalmente, em 25 de março de 1957, dois tratados, instituindo a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEA), também designada por EURATOM, foram assinados em Roma para entrarem em vigor, como veio a acontecer, em 14 de janeiro de 1958, data histórica que marca um momento decisivo do esforço da unificação da Europa Ocidental.
> (...) O objeto das três comunidades é evidentemente diverso, como diversos são os domínios econômicos – o carvão e o aço num caso, a energia e as matérias nucleares noutro, a generalidade dos produtos e dos sectores da economia, no terceiro – que se incluem na esfera de ação e de competências de cada uma delas.
> Para, além disso, os dois Tratados de Roma de 25 de março de 1957 denunciam, em vários capítulos, em relação ao Tratado de Paris que criou a CECA, algum aperfeiçoamento jurídico e maior apuro nas soluções e nas fórmulas utilizadas.[21]

É digno de registro salientar que a CECA, CE e CEEA, eram integradas basicamente das seguintes instituições: a) órgãos de direção política:

Conselho Europeu e o Conselho; b) órgãos de direção, decisão e execução: conselho e a comissão; c) órgãos de controle orçamental e de controle político da atividade comunitária: Parlamento Europeu; d) órgão de controle jurisdicional: Tribunal das Comunidades Europeias, incumbido de assegurar o respeito na interpretação e aplicação dos Tratados; e) órgão de controle financeiro: Tribunal de Contas; f) órgãos auxiliares, órgãos consultivos, órgãos administrativos e órgãos de apoio financeiro de diversa índole.[22]

Veja-se que a integração foi ampliada com a adesão da Grã-Bretanha, da Dinamarca e da Irlanda, em 1972, à Comunidade Europeia. Posteriormente, em 1975, a Grécia, também passou a integrar a referida Comunidade, sendo que em 1985 foi ampliada pela adesão de Portugal e Espanha. A Áustria, a Finlândia, e a Suécia assinaram o Tratado de adesão à Comunidade Europeia em 1994. A República Checa, Estónia, Chipre, Letônia, Lituânia, Hungria, Malta, Polônia, Eslovênia, Eslováquia assinaram o ato de adesão em 16 de abril de 2003, o qual entrou em vigor a partir de 1º maio de 2004, sendo que a Bulgária e a Romênia aderiram em 25 de abril de 2005, em vigor desde 01 de janeiro de 2007.

O sistema comunitário sofreu novo impulso com a edição do Acto Único Europeu, em 1986:

> Após várias dificuldades no plano interno de alguns Estados terem sido superadas (a Dinamarca, por exemplo, teve de recorrer a um referendo nacional, em face da oposição de seu parlamento, para que o Governo ficasse autorizado a comprometer-se) o Acto Único Europeu viria finalmente a ser assinado por todos os Estados da Comunidade (no Luxemburgo em 17 de fevereiro e na Haia em 28 de fevereiro de 1986) e, após haver sido aprovado na ordem interna dos Estados na conformidade das regras constitucionais respectivas, a entrar em vigor no dia 1 de julho de 1987.
>
> Acto Único, porquê?
>
> Antes de mais porque num único acto se procedeu à revisão dos três Tratados Comunitários; depois porque num só instrumento jurídico são tratadas as questões relativas tanto às Comunidades Europeias (questões institucionais, mercado interno e novas

> políticas comuns) como à cooperação política que até ao Acto Único decorria à margem do quadro comunitário (cf. o art. 1º do Acto Único), na conformidade de um regime resultante de meros acordos informais entre os Estados da Comunidade.[23]

Dentro dessa perspectiva de integração, em 07 de fevereiro de 1992, foi assinado o Tratado de Maastricht, o qual entrou em vigor em 01 de novembro de 1993. O mencionado tratado cria a União Europeia.

Vale mencionar que em 2004, a União Europeia mobilizou-se visando à celebração de um Tratado que deveria abrigar uma Constituição para a Europa. Não obstante, o projeto de Constituição não tenha obtido sucesso, foi celebrado o Tratado de Lisboa, em 13 de dezembro de 2007, tendo entrado em vigor em 01 de novembro de 2009 e que muito se assemelha a uma Constituição, estabelecendo uma divisão clara de competências entre os Estados e a União.

No entanto, ao longo do processo de integração percebe-se que os Tratados se constituem na verdade em uma Constituição no sentido material. Note-se que estamos diante de uma Constituição sem Estado.

Nesse sentido, Ricardo Guerra Vasconcelos anuncia que:

> A Constitucionalização da União Europeia é uma realidade insofismável, que remonta aos primeiros Tratados Comunitários, ou seja, aos Tratados de Paris e de Roma, tendo se aprofundado com a criação da União Europeia pelo Tratado de Maastrich.[24]

O Tratado de Lisboa procedeu a alterações no Tratado da União Europeia - TUE e no Tratado da Comunidade Europeia, agora, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE. Na verdade, o Tratado de Lisboa representou uma junção adaptada dos Tratados de Roma e Maastrich.

Insta esclarecer que em decorrência do art. 1º do TUE a União substitui-se e sucede à Comunidade Europeia.

Assim, o Tratado de Lisboa representa 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.

Outrossim, o Tratado de Lisboa especifica com maior clareza as competências das instituições da União Europeia bem como dos Estados-Membros.

Isso posto, verifica-se no Tratado da União Europeia – TUE e no Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça instituído sobre bases essencialmente democráticas.

4. A IMPORTÂNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA PARA A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Mister se faz consignar que o Estado Democrático de Direito requer a criação de um órgão imparcial visando à tutela do princípio da legalidade e ao respeito aos direitos fundamentais.

É importante destacar que José Alfredo de Oliveira Baracho ao tecer considerações sobre Jurisdição e Constituição ensina que:

> Nessas discussões aparece a preocupação em definir a tarefa essencial do Poder Judiciário, pois interpretar e aplicar a lei de forma mais favorável, é importante para a efetivação dos direitos comuns de todos. Os direitos fundamentais que tiveram maior significado no início da Idade Moderna, convertem-se em um dos indicadores do progresso histórico e núcleo de legitimidade dos sistemas democráticos. Surgem direitos e exigências que os colocam desde a sua formação inicial como instrumento para limitar o poder absoluto, em conformidade com o processo que permanece aberto para o aperfeiçoamento de seu conteúdo normativo e das instituições e técnicas que realizam sua efetivação, conhecida como garantias. Nos dias atuais, não é suficiente declarar os direitos para assegurar a sua proteção; é necessária a intervenção do Estado e dos organismos internacionais

> que removam os obstáculos que dificultam sua realização, acrescentando-se às declarações um amplo sistema de técnicas e instituições que tutelam sua efetividade. Essas garantias são inerentes a todas as pessoas, umas gerais outras mais específicas, que consistem em instrumentos jurídicos e institucionais encaminhados para proteger o cidadão frente a um sistema cada vez mais complexo. As garantias gerais compreendem as condições políticas que coincidem com os elementos do próprio Estado de Direito, como um império da lei, o pluralismo político e a divisão de poderes. O império da lei é tido como expressão da vontade popular, pelo que requer a existência de órgãos que institucionalmente caracterizados por sua independência, tem um poder que permite interpretar e aplicar imparcialmente as leis, controlar a atuação administrativa e oferecer aos cidadãos a tutela efetiva no exercício de seus direitos e interesses legítimos.[25]

Na seara da Comunidade/União Europeia foi criado o Tribunal de Justiça da Comunidade/União Europeia que desempenha papel especial no cumprimento dos tratados e na salvaguarda do Estado de Direito, dos direitos fundamentais e dos princípios democráticos. Para tanto, foram criados pelo próprio tribunal princípios essenciais, os quais norteiam todo o Direito da União Europeia, como o efeito direto, a primazia do direito comunitário em relação ao Direito dos Estados-Membros, da aplicabilidade direta do direito comunitário - os particulares podem invocar perante as jurisdições nacionais as disposições dos Tratados e dos atos normativos das Instituições Comunitárias, do princípio da autonomia do direito comunitário e a responsabilidade do Estado de indenizar por violação ao Direito Comunitário, dentre outros.

José Adércio Leite Sampaio in a *Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*, Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2002, pag. 623-625, pondera que:

> Embora se possa afirmar, já com relativo consenso, que a Comunidade Europeia seja

um "governo constitucional", ainda se resiste a apresentá-la como uma federação. Não importa a força dos argumentos contrários, retratados, ainda que fragmentariamente, em diversos pontos deste trabalho, senão identificar na jurisprudência da Corte Europeia de Justiça o reconhecimento de superioridade das normas comunitárias sobre as disposições legais dos Estados-membros, segundo a doutrina da supremacia do direito comunitário (a), reforçada pela doutrina do efeito direto (b) e indireto (c):

a) Doutrina da supremacia do direito comunitário: no caso Costa, decidido em 1964, a Corte declarou que haveria de prevalecer a disposição comunitária sobre uma norma nacional sempre que se desse um conflito entre elas. A entrada em vigor, portanto, de uma norma comunitária anularia automaticamente toda disposição contrária, oriunda das jurisdições nacionais;

b) Doutrina do efeito direto: segundo essa doutrina, certas disposições do direito comunitário, constantes dos tratados e do direito derivado (diretivas e regulamentos) se aplicariam diretamente às jurisdições nacionais, dispensando a aprovação de normas internas específicas. Franqueou-se, assim, aos juízes nacionais o acesso direto às normas comunitárias;

c) Doutrina do efeito indireto: no Caso Von Colson, a Corte declarou que os juízes nacionais deveriam sempre dar ao direito nacional uma interpretação que fosse conforme com o direito comunitário. A evolução dessa doutrina veio a reconhecer esse poder-dever judicial mesmo na hipótese de o Estado respectivo não ter aprovado normas de internação dos dispositivos comunitários; também se afirmou a responsabilidade do Estado por danos causados em decorrência de uma aplicação equivocada daqueles dispositivos.

Essas doutrinas, desenvolvidas como "atos de autonomia muito audaciosos", têm servido para

> promover uma verdadeira integração dos sistemas jurídicos nacionais e supranacional, criando um mecanismo descentralizado de aplicação do direito comunitário. Por certo que a hierarquização das normas, associada ao poder conferido aos juízes nacionais de aplicação do direito comunitário, desenha um esquema de distribuição de poder novo, que supera a conformação de uma união internacional de Estados, acelerando sua transformação em um "Estado de feição federal".
>
> Embora o tema pudesse despertar uma incursão mais aprofundada sobre o alcance atual do "princípio da subsidiariedade", que inspirou sempre a construção do "Estado Europeu", como forma de distribuição de poderes, reconhecendo-se aos órgãos comunitários apenas aquelas competências que atendessem a uma questão de conveniência, de interesse comum ou de necessidade de uniformização de procedimentos e regras, bem como dos princípios da especialidade e da proporcionalidade, optamos por registrar o papel da Corte de Justiça apenas no tocante à definição dos princípios da livre circulação de mercadorias (1), de capitais (2) e de pessoas (3), da garantia da livre concorrência (4) e de um meio ambiente saudável (5), bem como da proteção social (6).

A propósito José Alfredo de Oliveira Baracho sustenta que:

> Os princípios contêm, de forma superficial e casual, ideias jurídicas paralelas, análogas ou similares. Colocam-se, nesses estudos, fatores que bloqueiam, durante muito tempo, o surgimento desses princípios: o Estado nacional absoluto, a ideia de soberania persistente no século XIX, bem como a proximidade específica do Direito Constitucional com o direito político de cada nação. Essas circunstâncias, não impediram o desenvolvimento e a consolidação do Direito Constitucional Comum Europeu, pelo que o Estado

Nacional, no dizer de Peter Haberle, converteu-se em "Estado cooperativo constitucional", que atualmente na Europa tornou-se imprescindível. Está relacionado com os princípios jurídicos transnacionais, evidentes nos pactos supra-regionais sobre direitos humanos e nos tratados que criaram, por exemplo, a Comunidade Europeia, possibilitando-se disciplinar a soberania nacional, com a motivação e normalização de suas atuações. Esse tipo de Estado constitucional caracteriza-se pela substituição da própria soberania, por fundamentos baseados no Direito, na constituição da sociedade aberta. A permanência de Estados nacionais europeus, tipo Estado constitucional, leva, entretanto, ao reconhecimento de que sua caracterização efetiva-se pelo reconhecimento de princípios jurídicos reputados comuns. Os Estados nacionais europeus constituíram-se de forma análoga, sendo que essas analogias são, precisamente, o que têm de comum, pressuposto que permite a cada Estado seguir seu próprio caminho, ao mesmo tempo em que está imerso no contexto europeu. A temática, vinculada à noção de Direito Político, permite que a elaboração do Direito Constitucional Comum Europeu não significa seguir linha a política, nem ser hostil à política. O Direito Constitucional Europeu é político, na medida em que o Direito Constitucional também o é. O Direito Constitucional comum Europeu não pretende sufocar o Direito Constitucional *sui generis* de cada nação, ao contrário, visa colaborar em sua fundamentação, assumindo-o quando for preciso.

(...) São princípios vinculados estruturalmente, com vistas à Comunidade Europeia, no que toca às preocupações com a democracia, o Estado de Direito, Estado Social de Direito, proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, composição da Comunidade Europeia, sob forma similar ao Estado Federal. Não se deve esquecer-se dos princípios constitucionais tradicionais, invocados e reconhecidos pelos Estados-membros.[26]

O Tribunal de Justiça caracteriza-se por se constituir em uma autoridade independente cuja principal atribuição consiste na interpretação e aplicação uniforme do direito comunitário, hoje direito da União Europeia.

Cumpre mencionar que o direito da comunidade europeia é aplicado pelo juiz nacional. O Tribunal de Justiça é órgão essencialmente interpretativo.

Os acórdãos do Tribunal de Justiça são bem fundamentados e visam fazer valer os fins da União Europeia, nos termos dos art. 2º e 3º Tratado UE.

José Alfredo de Oliveira Baracho em sua obra prima *Direito Processual Constitucional* aponta a importância da correta e uniforme aplicação do Direito Comunitário pelo Tribunal de Justiça visando ao efetivo cumprimento dos objetivos comunitários:

> O controle jurisdicional, em uma comunidade "de direito", é fundamental para que as normas jurídicas sejam respeitadas por todos. Na comunidade Europeia, os procedimentos visam controlar o respeito às regras de direito, que são numerosas e formam um sistema mais complexo do que aquele que é encontrado em muitos dos Estados integrantes. Existe uma multiplicidade de possibilidades que levam à aceitação de várias classificações de procedimentos de controle. Elas se repartem entre aquelas que visam fazer o controle da aplicação correta do Direito Comunitário nos e pelos Estados-membros (ações, questões prejudiciais de interpretação) e as que visam fazer respeitar o "princípio da legalidade" pela Comunidade e por todos os seus órgãos. Surgem daí as ideias em se fazer uma classificação orgânica, com dois tipos de mecanismos: as "ações diretas" perante os órgãos jurisdicionais comunitários e as ações que passam pela intermediação dos tribunais nacionais.[27]

Na realidade, impõe-se reconhecer a existência de um verdadeiro sistema de controle jurisdicional do respeito à legalidade pelas instituições

comunitárias, através das vias processuais da ação de anulação, da exceção de ilegalidade, da questão prejudicial da apreciação de validade e da ação por omissão.

Insta esclarecer que a partir do Ato Único Europeu foram reservadas ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia as atribuições eminentemente relacionadas à interpretação e aplicação do direito comunitário, transferindo para o Tribunal de Primeira Instância-TPI, criado em 1988, competências afetas à ação de anulação, ação por omissão e exceção de ilegalidade, dentre outras. Na realidade, impõe-se reconhecer que o Tratado de Lisboa passou a designar o Tribunal de Primeira Instância – TPI por Tribunal Geral. Os recursos interpostos das decisões proferidas pelo Tribunal Geral serão julgados pelo Tribunal de Justiça.

Assim, o controle da legalidade dos atos da Comissão e do Conselho, além do controle de abstenção de agir de qualquer dessas Instituições é realizado basicamente pelo Tribunal Geral e tem por finalidade principal assegurar o Estado Democrático de Direito.

Importa esclarecer que este trabalho se limitará a abordar as principais questões pertinentes à ação por omissão estabelecendo um paralelo com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

5. A AÇÃO POR OMISSÃO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO - ANÁLISE SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

5.1. CONCEITO, FINALIDADE E PREVISÃO LEGAL/ CONSTITUCIONAL

Mister se faz consignar que o Direito da União Europeia designa o instituto que passaremos a estudar por recurso por omissão. No entanto, trata-se de verdadeira ação. Portanto, no presente trabalho opta-se por utilizar a denominação ação por omissão por ser mais condizente com a natureza jurídica do instituto em questão.

A ação por omissão tem por finalidade controlar a legalidade da abstenção de agir da Comissão ou do Conselho, ou seja, sua recusa de exercer uma competência, de adotar um comportamento ativo prescrito pelos tratados.[28]

Atualmente, a ação por omissão é disciplinada no artigo 265 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (ex-artigo 232º TCE) que ampliou a ação por omissão às abstenções de se pronunciar de órgãos e organismos da União.

> *Artigo 265. o*
> (ex-artigo 232. o TCE)
> Se, em violação dos Tratados, o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho, a Comissão ou o Banco Central Europeu se abstiverem de pronunciar-se, os Estados-Membros e as outras instituições da União podem recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia para que declare verificada essa violação. O presente artigo é aplicável, nas mesmas condições, aos órgãos e organismos da União que se abstenham de se pronunciar.
> Este recurso só é admissível se a instituição, o órgão ou o organismo em causa tiver sido previamente convidado a agir. Se, decorrido um prazo de dois meses a contar da data do convite, a instituição, o órgão ou o organismo não tiver tomado posição, o recurso pode ser introduzido dentro de novo prazo de dois meses.
> Qualquer pessoa singular ou colectiva pode recorrer ao Tribunal, nos termos dos parágrafos anteriores, para acusar uma das instituições, órgãos ou organismos da União de não lhe ter dirigido um acto que não seja recomendação ou parecer.

No ordenamento jurídico brasileiro a ação direta de inconstitucionalidade por omissão apresenta similitudes com a ação por omissão do direito da União Europeia.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem por finalidade garantir a efetividade da Constituição diante do não cumprimento pelos órgãos do Estado de norma constitucional certa e determinada.

A referida ação encontra-se prevista no art. 103, §2º da Constituição da República Federativa do Brasil e constitui-se em instrumento de controle

concentrado de constitucionalidade, de natureza abstrata e objetiva.

A Lei nº 12.063, datada de 27 de outubro de 2009, que alterou a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Dessa forma, se verifica que ambas as ações se destinam a controlar a abstenção de agir, garantindo a efetividade das normas do direito da União Europeia e do ordenamento jurídico brasileiro constantes, respectivamente, do Tratado e da Constituição.

5.2. A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE LEGALIDADE E DO RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO

O que se deseja realçar é a imprescindibilidade do respeito à legalidade nos Estados Democráticos de Direitos.

Importante enfatizar que a formação da União Europeia pressupõe a integração de Estados Democráticos de Direito. Note-se que a integração da União Europeia se deu através do direito.

Não constitui demasia assinalar que o Brasil, nos termos do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 constitui-se em um Estado Democrático de Direito. Aliás, o Brasil é signatário do Protocolo de Ushuaia sobre compromisso democrático no Mercosul, Bolívia e Chile, assinado em 24 de julho de 1998.

Ricardo Guerra Vasconcelos enfatiza que o exercício das liberdades democráticas só se torna possível perante o Estado Democrático de Direito:

> O espaço comunitário de liberdade, segurança e justiça, assente na exigência de que cada Estado-membro submeta-se ao paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, no qual o cidadão comum deve ser o ator principal, mereceu melhor elaboração normativa na Constituição Europeia, visando torná-lo mais adequado e eficaz. E, o mais significativo, em termos de legitimidade democrática, é que a metacidadania europeia desenha um novo perfil para o processo de integração, sublimando o sonho de Jean Monnet,

> ao respeitar-se a autodeterminação dos povos e a identidade cultural de cada Estado-membro, na perspectiva de uma Europa realmente democrática, no sentido dialético pluralista, demarcado pela alteridade e pela diversidade linguística, étnica, religiosa e ideológica.[29]

Discorrendo sobre o princípio democrático no contexto comunitário, João Mota Campos tece considerações sobre a Carta de Identidade Europeia, elaborada em Copenhague em dezembro de 1973:

> Mas, para além desta relevante tomada de posição, a conferência de Copenhague representa um momento particularmente significativo para a caracterização da Europa da Liberdade, na medida que à declaração impressiva sobre a unidade política da Europa se acrescenta a reafirmação inequívoca dos princípios da democracia representativa e do respeito dos direitos fundamentais, sublinhada por uma vontade forte de assegurar a respectiva salvaguarda.[30]

A propósito, por ocasião da análise dos pedidos de adesão da Grécia, Portugal e Espanha, o Conselho Europeu, na reunião de Copenhague de abril de 1978 – Declaração sobre a Democracia reafirmou que:

> O respeito e a salvaguarda da democracia representativa e dos direitos do Homem em cada um dos Estados constituem elementos essenciais da participação nas Comunidades Europeias (Bull. C.E., nº03/1978, p. 5-6).[31]

Ademais, a democracia foi reafirmada no Acto Único Europeu, no Tratado da União Europeia, objeto do Tratado de Maastricht, e posteriormente, no art. 2º do Tratado da União Europeia que integra o Tratado de Lisboa:

> A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia,

> da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

Impende analisarmos neste tópico o lema da União Europeia: Unidos na Diversidade. Trata-se de uma convivência plural, respeitando as diversas tradições existentes.

Sônia de Camargo ao tratar da diversidade no âmbito da União Europeia, cita os ensinamentos de Philippart e Sie Dhian Ho:

> É preciso levar em conta, porém, que a diversidade não é necessariamente um fator de ameaça à unidade europeia. Este princípio está escrito e garantido em seus diferentes tratados que, ao definirem a EU como uma união de valores e ação, não enclausura a identidade europeia dentro de dimensões geográficas fixas ou dentro de comunidades puramente determinadas pela história. Ao separar a cidadania da EU da noção de volk europeu, o modelo apresenta os fundamentos que permitem construir uma comunidade política aberta e democrática (Philippart e Sie Dhian Ho, 2001).[32]

Aliás, como já dizia Karl Popper não é possível construir uma sociedade sem respeito às tradições[33]. Assim, a identidade cultural de cada Estado membro deve ser preservada.

A União Europeia, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, encontra-se jungida à observância dos Tratados – princípio da reserva legal, aos direitos fundamentais, ao processo de fiscalidade e ao princípio da confiança.

A população da União Europeia conhece o direito comunitário, o que lhe permite exercer a fiscalização essencial à democracia.

O Tratado de Lisboa gradativamente possibilita maior participação do parlamento conduzindo à solidificação do processo democrático.

Urge frisar que a população da União Europeia, periodicamente, é instada, diretamente ou através de seus representantes, a opinar, o que confere legitimidade democrática ao processo.

Ao cidadão também é conferida a prerrogativa de comunicar à Comissão da União Europeia eventual descumprimento do direito comunitário.

De mais a mais, o artigo 41º, 4, da Carta de Direitos Fundamentais estabelece que: "Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua."

Note-se que já no artigo 1º do Tratado da União Europeia é consagrado que:

> (...) O presente Tratado assinala uma nova etapa no processo de criação de uma União cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas de uma forma tão aberta quanto possível e ao nível mais próximo possível dos cidadãos.

Portanto, o contexto de legitimidade da União Europeia advém da possibilidade de participação dos cidadãos.

Outrossim, não há como se falar em democracia sem respeito aos direitos fundamentais, expressamente reconhecidos pela União Europeia no art. 6º do atual Tratado da União Europeia:

> 1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.
>
> De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados.
>
> Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da

> Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.
> 2. A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.
> 3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros.

Martti Koskenniemi no artigo "O Destino do Direito Internacional Público: entre Técnica e Política" expõe que:

> Em um mundo de regimes plurais, o conflito político é mantido na descrição e na re-descrição de aspectos do mundo, de modo a fazê-los se enquadrarem na jurisdição de instituições específicas. Pensemos, por exemplo, sobre a forma com que o Tribunal de Justiça Europeu adotou um vocabulário de direitos fundamentais nos anos 70 e 80 em resposta ao desafio de certos tribunais nacionais à sua jurisdição e em especial aos princípios da supremacia e da aplicação direta do direito comunitário.
> Aqueles tribunais nacionais tinham argumentado que seria incompreensível que o rol de direitos das suas constituições nacionais fossem inferiores a simples regras de organização da união aduaneira. Em resposta, o TJE começou a interpretar o direito da comunidade como um regime cujo objetivo era proteger os direitos fundamentais de cidadãos da comunidade. Por este entendimento, o direito da comunidade foi transformado de regime econômico em regime de direitos e a sua posição de superioridade hierárquica perante as leis nacionais foi finalmente consolidada.[34]

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia se constitui em um anexo do Tratado de Lisboa, dispondo basicamente sobre dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Apesar de não integrar o texto do Tratado da União Europeia e do Tratado de Funcionamento da União Europeia, possui a mesma força vinculativa dos mencionados Tratados, além de buscar colocar o indivíduo como objetivo do processo de integração.

Infere-se, portanto, que a União Europeia se constitui em uma união de direito, fundada com base nos princípios da legalidade, respeito aos direitos fundamentais e na democracia.

Dentro dessa perspectiva, a ação por omissão no Direito da União Europeia constitui-se em um instrumento de controle da legalidade e do respeito aos direitos fundamentais, elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Nessa ordem de ideias, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão também objetiva proceder ao controle de legalidade e do cumprimento de direitos fundamentais visando à efetividade da Constituição da República Federativa do Brasil.

No entanto, tais ações se diferem com relação ao grau de efetividade de suas decisões, o que será examinado mais adiante.

5.3 CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO POR OMISSÃO E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

5.3.1. OMISSÃO JURIDICAMENTE RELEVANTE

A partir do Tratado de Roma, o regulamento, diretiva, decisão, recomendação, parecer ou qualquer ato atípico destinado a produzir um efeito direto, ainda que não tenha um caráter obrigatório, é passível de ação por omissão. Insta esclarecer que normalmente a proposta é um ato facultativo da comissão, mas excepcionalmente pode a comissão estar obrigada a apresentá-la (CE, art.208). A recusa da comissão em atender à solicitação do conselho, neste caso, pode ensejar a interposição de ação por omissão.

A ação por omissão apenas é cabível diante da omissão de pronúncia, que consiste na abstenção de qualquer ato a qual a Instituição estava

obrigada a pronunciar-se em virtude de Tratado.

Há de se asseverar que a ação por omissão apenas é admissível na hipótese de se constatar a abstenção do Parlamento Europeu, do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu em adotar um ato para o qual possuía competência e estava obrigado a adotá-lo.

Questão interessante consiste na análise da possibilidade de interposição de ação por omissão diante da abstenção da Comissão de instaurar contra um Estado-membro faltoso uma ação de incumprimento.

Urge enfatizar que a Comissão possui um poder discricionário para instaurar a ação de incumprimento, não havendo obrigação prevista por Tratado.

Ademais, a interposição de ação por omissão em face da Comissão por omissão da instauração da ação de incumprimento implicaria na verificação da existência ou não da prática da falta pelo Estado-membro, o qual não poderá ser considerado culpado por não ser parte na ação por omissão.

Portanto, não é admissível a interposição de ação por omissão diante da omissão da Comissão em instaurar ação de incumprimento contra um Estado-membro faltoso.

Impende salientar que a ação por omissão também não tem cabimento contra o Conselho, com base na omissão da adoção de uma dada política comum, uma vez que é da competência deste determinar os objetivos, os meios e a oportunidade da definição e aplicação dessa política, não constituindo, assim, a abstenção de adotar uma omissão de pronúncia na acepção do artigo 265 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

No tocante à ação de inconstitucionalidade por omissão esta tem como parâmetro as normas constitucionais que dependem de alguma medida para se tornar efetiva, não possuindo aplicabilidade imediata. Sintetizando, as normas constitucionais de eficácia limitada, as quais dependem de providências normativas e materiais do poder público são as únicas que podem ensejar a omissão inconstitucional.[35]

Dirley da Cunha Júnior explicita in *Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática*, 4ª edição, Editora Jus Podivm, Salvador/BA, 2010, p. 232, os pressupostos da inconstitucionalidade por omissão:

> Em suma, são pressupostos da inconstitucionalidade por omissão: a) que a violação da Constituição

> decorra do não cumprimento de "certa e determinada" norma constitucional; b) que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma (normas constitucionais de eficácia limitada), e c) que, na circunstância concreta da prática legislativa, faltem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma constitucional. Ademais disso, a inconstitucionalidade por omissão também pressupõe um juízo sobre o decurso do "tempo razoável" para a edição da medida omitida. (...) Evidentemente que, quando há fixação de prazo pela própria Constituição, a inconstitucionalidade por omissão ocorrerá no momento em que esse prazo finda. Todavia, quando tal prazo não é fixado, como ocorre na maioria das vezes, é necessária uma cuidadosa e ponderada avaliação sobre o tempo decorrido, levando em conta a "razoabilidade" conformada pela realidade social e histórico-concreta do mundo no qual opera o Direito. Desse modo, sopesadas todas as circunstâncias envolvidas com a situação concreta, se se dessumir que a medida reclamada, ao longo do tempo escoado, não só podia como devia ter sido produzida, em razão de sua importância e indispensabilidade para dar operatividade prática às normas constitucionais, restará ocorrida e caracterizada a inconstitucionalidade por omissão. Assim, é necessário verificar-se, em cada caso concreto, a fluência de "tempo razoável" para a edição da medida faltante.

É interessante notar que a Constituição da República Federativa do Brasil apenas exige que a omissão a ensejar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se refira à medida para tornar efetiva norma constitucional, podendo ser de cunho normativo ou material. No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a ação de inconstitucionalidade por omissão apenas em face de ato normativo.[36]

No que pertine à ação por omissão, esta será possível com relação à abstenção da prática de regulamento, diretiva, decisão, recomendação ou

parecer a qual estava obrigado por norma constante no Tratado.

Insta frisar a similaridade existente entre as duas ações com relação à necessidade do transcurso de prazo razoável a fim de se caracterizar a omissão.

Noutro giro, perceba-se que a omissão inconstitucional pode ser total ou parcial. Questão delicada consiste em distinguir a inconstitucionalidade por ação da inconstitucionalidade por omissão parcial.

O mestre Dirley da Cunha Júnior ensina que:

> O que se deve entender, entretanto, é que, quando esta omissão parcial ou concretização incompleta resultar de uma deliberada intenção do legislador em conceder vantagens só a certas pessoas, ou a determinados grupos de pessoas, ou a contemplar certas situações em detrimento de outras, há de ser reconhecida, *in casu,* a inconstitucionalidade por ação. Se a omissão, porém, decorrer apenas de uma equivocada apreciação das situações de fato, sem que exista o propósito deliberado de arbitrária e unilateralmente se favorecerem só certas pessoas, ou grupos, ou situações, teremos, aí sim, uma inconstitucionalidade por omissão.
>
> Na primeira hipótese, e compartilhando com o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, a declaração de inconstitucionalidade por ação deve vir sem a pronúncia de nulidade, salvo se se constatar que a concessão da vantagem consistiu num privilégio inadmissível e não permitido pela Constituição, caso em que deverá haver a nulidade. E assim deve ser porque, nesta primeira situação, está claro que o legislador não quis contemplar o restante do grupo, não podendo o Judiciário outra coisa fazer senão a declaração de inconstitucionalidade por ação (mas sem a pronúncia de nulidade). Na segunda hipótese, já não se comunga com a posição do citado autor, uma vez que, como houve apenas um "esquecimento" ou "equívoco", sem o qual o legislador também atenderia o restante do grupo, pode o Judiciário perfeitamente, em face da parcial omissão inconstitucional, corrigir o equívoco e

> estender a vantagem ao grupo involuntariamente esquecido. Essa providência vem sendo adotada pela Corte Constitucional italiana, através das chamadas sentenças aditivas, proferidas para colmatar a falta da previsão legislativa.
> Através dessas sentenças aditivas, o Tribunal "corrige uma situação normativa que impede a aplicação de um determinado tratamento a uma categoria de situações homogêneas que dela resultam excluídas por efeito do texto legislativo impugnado. Na Alemanha, entre declarar a inconstitucionalidade por ação da lei incompleta ou estender diretamente a incidência da norma aos casos não expressamente previstos, adota-se, consoante informa Clémerson Merlin Cléve, uma terceira opção: declara-se a inconstitucionalidade por omissão parcial da norma, definindo-se prazo para que o legislador a supra, eliminando a disparidade de tratamento ofensiva ao princípio da isonomia, com a reserva de o próprio Bundesverfassungsgericht removê-la diretamente, em caso de persistir a omissão.)[37]

Assim, tanto a ação por omissão do direito da União Europeia quanto a ação de inconstitucionalidade por omissão prevista no ordenamento jurídico brasileiro requer a caracterização de omissão relevante. Note-se que ambas as ações pressupõem a existência de norma prevista no tratado ou na Constituição Federal, respectivamente, determinando a prática de determinado ato. No entanto, a ação de inconstitucionalidade por omissão somente é admitida diante de abstenção de norma de eficácia limitada, tal exigência não se encontra no direito da União Europeia, que requer apenas que a norma esteja prevista no tratado bem como que seja de caráter obrigatório.

5.3.2. LEGITIMIDADE

Os Estados-membros (contra a comissão ou o conselho), Conselho (contra a comissão, o Tribunal de Contas e o Parlamento Europeu), Tribunal de Contas e Comissão (contra o Parlamento Europeu e o Conselho) e o Parlamento Europeu (contra qualquer das outras

instituições) e o Banco Central Europeu no domínio de suas atribuições podem interpor ação por omissão em face da abstenção da Instituição solicitada a agir, ou seja, a omissão em adotar qualquer ato que o Tratado ou qualquer norma comunitária relativa à aplicação do Tratado a obrigue a adotar[38].

Noutro giro, as pessoas singulares ou coletivas possuem legitimidade com relação a atos que elas sejam potenciais destinatárias. Note-se que a previsão de interposição de ação por omissão por pessoas singulares ou coletivas rompe com o dogma de que os indivíduos não seriam sujeitos de direito internacional. Porém a ação por omissão apenas será cabível nos casos de abstenção da Instituição de lhe dirigir uma decisão individual a qual estava obrigada a adotar, violando o tratado. Merece frisar que as pessoas singulares ou coletivas não possuem legitimidade para interpor ação por omissão diante da abstenção da prática dos atos de recomendação e parecer.

Dessa forma, as pessoas singulares e coletivas só podem solicitar a intervenção do Tribunal da União Europeia para obter a declaração judicial de que uma das Instituições se absteve em violação ao Tratado, de adotar atos que não recomendações ou pareceres, de que elas são os potenciais destinatários.

Não se pode olvidar que além da decisão individual, não se vê, como acentua João Motta Campos, outro ato decisório que possa ser dirigido ao recorrente. Insta esclarecer que a diretiva só pode ser dirigida aos Estados-membros. Ao passo que, o regulamento, ato de caráter geral, não pode ser dirigido a ninguém em particular.

Nesse sentido, o Despacho nº 62000B0191 - Despacho do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção) de 10 de Julho de 2001. - Werner F. Edlinger contra Comissão das Comunidades Europeias, ProcessoT-191/00, Colectânea da Jurisprudência 2001 página II-01961:

> Síntese: Pessoa singular interpõe recurso por omissão alegando que a comissão se absteve ilicitamente de agir em relação às medidas tomadas em janeiro de 2000 contra a República da Áustria pelos chefes de Estado ou de Governo de catorze Estados-Membros da União Europeia, em razão do partido FPO integrar o governo austríaco. O Tribunal não admitiu o recurso por omissão,

> tendo em vista que as omissões relacionadas aos atos – recomendações e pareceres – não podem ser reconhecidos pela via da ação por omissão. O Tribunal também considerou que o demandante, pessoa singular, não era destinatário potencial do ato. Os atos cuja omissão é assim reprovada à Comissão dirigem-se ao público em geral e/ou aos Governos dos catorze Estados-Membros. "Os referidos atos não dizem respeito ao demandante em razão de qualidades que lhes são particulares ou de uma situação de facto que o caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e,assim, o individualiza de uma maneira análoga à do destinatário. O facto de o demandante, como o indica na sua petição, ter podido suportar alguns efeitos indirectos das medidas tomadas contra a República da Áustria, porquanto, numa visita a Bruxelas, um taxista teria recusado levá-lo ao centro da cidade em razão da sua nacionalidade, não constitui manifestamente tal situação." (grifos nossos)

Também merece referência o acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 27 de outubro de 1994, Ladbroke Racing Ltda. contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-32/93, Coletânea da Jurisprudência 1994 página II-01015, que não admitiu a ação por omissão por ilegitimidade ativa:

> Síntese: Ladbroke Racing Limited, sociedade de direito inglês, em cujas atividades se incluem o fornecimento e a organização de serviços de apostas nas corridas de cavalos, atividade que exerce através de sucursais e filiais no Reino Unido e em outros países da Comunidade Europeia apresentou à Comissão uma queixa dirigida a República Francesa, as dez principais sociedades francesas de corridas de cavalos, únicas autorizadas, segundo a legislação francesa, a organizar, fora do hipódromo, apostas mútuas nas corridas de cavalo, estando as restantes sociedades de corridas exclusivamente autorizadas a aceitar apostas dentro do hipódromo

nas corridas de cavalos. Solicitou à Comissão que adotasse uma decisão que pusesse termo à violação pela República Francesa, nos termos do art. 90 do Tratado.

O tribunal de Primeira Instância assevera que a ação por omissão prevista no art. 175 do tratado está suborrdinada a existência de uma obrigação de agir da Instituição requerida, de tal forma que a abstenção alegada seja contrária ao Tratado. O Tribunal considerou que o exercício do poder de apreciação da compatibilidade das medidas estatais com as normas do Tratado, conferido pelo artigo 90, n. 3, do Tratado, não é acompanhado de nenhuma obrigação da Comissão, suscetível de ser invocada para fazer declarar uma eventual omissão sua. Ademais, o artigo 90, n.3 do Tratado só é dirigido ao Estado-membro, não sendo a demandante destinatária potencial de ato jurídico. Terceiros que não têm a qualidade de destinatários de uma decisão, não podem ser considerados individualmente abrangidos por esta decisão, a não ser que ela os afete em razão de certas qualidades que lhe são específicas ou por uma situação de fato que os caracteriza relativamente a qualquer outra pessoa e, deste modo, os individualiza de forma análoga à do seu destinatário. O mero fato de um ato ser suscetível de influenciar as relações de concorrência existentes num mercado não é suficiente para que se possa considerar qualquer operador econômico desse mercado como por ele direta e individualmente afetado, na ausência de circunstâncias específicas que lhe permitam sustentar que este se repercute na sua posição de operador econômico. No entanto, o art. 90, n. 3 do Tratado só poderia abranger a demandante exclusivamente na sua qualidade de operador no mercado de apostas sobre corridas de cavalo, no mesmo título que qualquer outro operador na mesma situação, não lhe dizendo individualmente respeito.

Por fim, são legitimados passivos o Parlamento Europeu, o Conselho, a Comissão e o Banco Central Europeu que abstiverem de adotar um ato que esteja obrigado a adotar. São legitimados à ação direta de inconstitucionalidade por omissão o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, nos termos do art. 103 da Constituição Federal e art. 2º c/c art. 12A Lei nº 9.868/99.

Não obstante a Constituição da República Federativa do Brasil não proceda a nenhuma distinção entre os legitimados à propositura da ação, o Supremo Tribunal Federal – STF tem exigido a demonstração do interesse de agir – pertinência temática – para alguns legitimados. O Governador do Estado e a Mesa da Assembleia Legislativa devem demonstrar que a lei ou o ato normativo impugnado lhes diga respeito. Por outro lado, a confederação sindical e as entidades de classe de âmbito nacional devem comprovar a relação entre as finalidades estatutárias e o conteúdo da norma impugnada.

Assim sendo, depreende-se que pessoas físicas e jurídicas não possuem legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Portanto, diante da possibilidade de propositura de ação por omissão no direito da União Europeia por pessoa física ou jurídica, é forçoso afirmar que esta ação possui maior legitimidade do que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão em virtude da maior inserção do princípio participativo.

No entanto, é digno de registro salientar que o relator da ação direta de inconstitucionalidade por omissão dependendo da relevância da matéria bem como da representatividade dos requerentes poderá admitir a participação de outros órgãos ou entidades como *amicus curiae*, bem como designar a realização de audiência pública.

Contudo, não encontra respaldo no Estado Democrático de Direito, norma que confere apenas ao juiz o poder de decidir se irá possibilitar ou não a maior participação dos cidadãos no processo decisório.

5.4. O REGIME PROCESSUAL

5.4.1. FASE PRÉ-CONTENCIOSA OU ADMINISTRATIVA DA AÇÃO POR OMISSÃO

5.4.1.1. SOLICITAÇÃO À INSTITUIÇÃO COMUNITÁRIA PARA AGIR

A exigência de solicitação à Instituição Comunitária para que ela adote o ato para o qual se encontra obrigada em virtude de tratado tem por finalidade: a) dar ensejo à Instituição requerida de cumprir a sua obrigação, evitando a interposição da ação; b) provocar uma definição da atitude da Instituição em causa, para se puder concluir pela caracterização ou não da abstenção; c) fixar o início dos prazos previstos no art. 232º e 265º Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Nesse sentido, segundo Acórdão do Tribunal de Justiça de 06.05.1986, NUOVO CAMPSIDER/COMISSÃO, 25/85, col., p. 1531, n.8 a interposição de ação por omissão deve ser precedida de uma interpelação formal da Instituição recorrida especificando a decisão que segundo o recorrente, ela deveria tomar por força do direito comunitário. (CAMPOS, 1997, p. 660)

A interpelação formal deve deixar transparecer que se pretende coagir a Instituição a tomar uma posição consoante decisão do Tribunal de Justiça no acórdão de 10.06.1986, USINOR/COMISSÃO, 81/85 e 119/85, col. P. 1.777, n.15 e Despacho de 10.07.2001, Proc.T-191/00, n.13.

5.4.1.2 PRAZO PARA FORMULAÇÃO DA SOLICITAÇÃO

Percebe-se que os tratados são omissos quanto ao prazo em que uma Instituição deve ser formalmente convidada a agir.

O Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia considera que o requerente não deve ultrapassar um prazo razoável, em observância ao princípio da segurança jurídica e ao interesse da continuidade da ação comunitária.

O convite formal dirigido à Instituição para agir não deve ser considerado intempestivo nos casos em que se verificaram contatos frequentes entre a Instituição e o requerente neste período.

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 Reglerungsprasidium 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.° 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.° 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 Echebastar/Comissão, C-25/91, Colect., p. I-1719, n.° 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. Gestevision 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 abstido 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 fenômeno.
> 3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento econômico 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 proteção 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 econômica, 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 patrimônio cultural europeu.
> 4. A União estabelece uma união econômica 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

> regras particulares de conveniência vigorantes em determinadas classes e profissões, e ainda a ação de certas associações, como as religiosas, além da imprensa e da literatura, outras tantas fontes de pressão sobre o indivíduo e a coletividade, muito mais forte, acentua o publicista alemão, do que qualquer outra espécie de coerção consciente exercida pelo Estado.
>
> A posição do nosso autor não é de negação pura e simples da garantia imposta coercivamente. O Estado há de atuar – não se esqueça de que Jellinik é um estatualista às vezes duma coerência implacável -, pois a simples pressão social não basta para garantir o direito. Mas contra a essencialidade da nota de coerção argumenta que o próprio ordenamento jurídico (a face jurídica do Estado) não se sustentaria, caso deixassem de atuar, no sentido do direito, aquelas forças sociais. Tal ocorre, por exemplo, nos casos de revolução. Às garantias extra-estatais se acrescenta, portanto, como elemento indispensável, mas de simples reforço, a chamada coação jurídica. O autor do sistema de direitos públicos subjetivos, depois de reafirmar a impotência da coerção estatal, quando se lhe opõem, por exemplo, o costume social ou religioso, alude aos velhos argumentos anti-coercivistas, como os da existência do direito consuetudinário derrogatório (desuso das leis), das *leges imperfectae* do direito privado, da maioria das normas constitucionais e de todo o Direito Internacional Público. A conclusão final expressa: ... não a coerção mas a garantia (e só como sub-espécie desta se apresenta a coerção) é caráter essencial ao conceito de direito. As normas jurídicas são menos normas de coerção que normas garantidas.[40]

É cediço, que a Europa após as experiências traumáticas das grandes guerras mundiais, optou por uma reconstrução baseada no direito, bem como no reconhecimento de que a paz somente é possível se alicerçada

sobre bases democráticas. Podemos dizer que existe um verdadeiro princípio do efetivo acatamento à ordem jurídica.

Importante destacar as considerações proferidas por Erhard Denninger em seu artigo Chances de uma solução pacífica de conflitos entre pessoas livres e iguais: sobre a "utilidade" da teoria do discurso no direito interno e internacional:

> Um procedimento, cuja incumbência é poder reivindicar "por direito" a produção de uma decisão "configuradora" do conteúdo de um direito fundamental de modo abstrato-conceitual ou concreto-circunstancial, uma decisão "concretizante" ou também apenas "restritiva", limitadora no caso concreto, a fim de possivelmente solucionar um conflito, deve ser, assim, uma discussão acerca do "direito", conduzida com meios verbais e em formas jurídicas, cujo resultado todos os participantes (talvez) envolvidos possam concordar. Tal procedimento denomina-se "legítimo". Pode ser conhecido como legítimo e seus resultados podem contar com aceitação por parte dos envolvidos quando satisfaz, na medida a mais alta possível, ambos os pontos de vista condutores: racionalidade e justiça.
>
> (...) Os participantes têm que se encontrar de verdade, querer convencer uns aos outros e querer deixar se convencer, tornando sua anuência dependente tão-somente da coação não-coativa do melhor argumento.
>
> (...) Segundo Habermas, o pensamento decisivo é que do "entrelaçamento entre princípio do discurso e forma jurídica" resulta o princípio democrático, o qual forma um sistema de direitos que põe autonomia privada e pública em uma relação de condição mútua. Este é o caso quando se fala da relação interna ou da igualdade de origens da soberania popular e dos direitos humanos.
>
> De uma fundamentação teórico-discursiva dos direitos fundamentais e humanos, baseada nos princípios da autonomia e da universalidade,

da igualdade (igualdade de oportunidades) e do consenso (em potencial) dos participantes, chega-se consequentemente à constatação de Alexy de que a teoria do discurso se mostraria "também como a teoria de base do Estado constitucional democrático". Ele parte da ideia fundamental de Habermas em "fundamentar um sistema dos direitos que faz valer equilibradamente a autonomia privada e pública dos cidadãos".

Na outra extremidade ("inferior") da escala de possíveis circunstâncias de comunicação normativas e pacíficas, o *modus vivendi*, em virtude de sua proximidade com a resolução de conflitos pela força, fica eliminado como base duradoura de produção de um ordenamento jurídico estável. Permanece o largo campo das "negociações" orientadas à formação de compromissos. Mas se não quisermos que seu resultado seja o proverbial "compromisso duvidoso", que praticamente não se diferencia de um *modus vivendi*, têm que ser cumpridas algumas condições para "negociações" que indiquem a afinidade desta forma de comunicação com a forma do puro "discurso": De importância decisiva são três pontos: (1) os participantes em uma "negociação" têm que se colocar de acordo na vontade declarada, constante e incondicional em procurar a solução do conflito pelas vias do direito, ou seja, da normatização – sob a exclusão da ameaça ou do emprego da força. (2) Os participantes têm que se reconhecer – e, a esse respeito, não há diferença alguma com as condições de um discurso – como "iguais", isto é, como participantes com os mesmos direitos, com as mesmas chances de acesso e comunicação também em sua essência como diferentes e estrangeiros. (3) E, por último, algo difícil: dentro de uma comunidade jurídica já constituída, ou seja, por exemplo, "usando como embasamento a Lei Fundamental", mas também a União Europeia, uma "negociação" só pode ser conduzida respeitando-se plenamente os respectivos princípios constitucionais

> fundamentais. A interpretação vinculativa desses princípios está confiada às instituições competentes para tanto. Caso diferente ocorre quando inexiste tal abrangente quadro constitucional. Resta, então, somente o recurso a padrões dos direitos humanos assegurados pelo direito internacional. Mas, como infelizmente vivenciamos quotidianamente, aí novamente se inicia incessantemente a contenda. Talvez esta contenda seja, desde a fracassada construção da Torre de Babel, o destino inalterável dos homens. Mas, então, é ainda mais importante de que as condições de número 1 e 2, a renúncia, em princípio, ao uso da força e o reconhecimento como iguais sejam sempre novamente cumpridos.[41]

Ou seja, instituiu-se um verdadeiro ordenamento de direito da União Europeia, atribuindo ao Tribunal de Justiça a função de garantidor do princípio da legalidade.

Sem dúvida, como defende, Marcelo Fernando Quiroga Obregón em sua dissertação de mestrado – *A Necessidade de Ordenamento Jurídico e de Instituições Comunitárias para a Consolidação do Mercosul*, é essencial para a consolidação do processo de integração a instituição de um ordenamento jurídico supranacional, e ainda, de órgãos supranacionais:

> Enquanto o Tratado de Assunção estabelece períodos de transição e de tomada de decisões para a constituição definitiva do Mercado Comum, o Tratado de Roma criou, imediatamente, seus órgãos supranacionais, conforme:
> A realização das tarefas confiadas à Comunidade é assegurada por um PARLAMENTO EUROPEU; um CONSELHO; uma COMISSÃO; um TRIBUNAL DE JUSTIÇA; um TRIBUNAL DE CONTAS. Cada instituição atua nos limites das atribuições e competências que lhes são conferidas pelo presente tratado.[42]
>
> Assim, como pode ser percebido, a estruturação de todo o processo de instauração da União Europeia nasceu contendo instrumentos legais de ordenamento supranacional e comunitário,

> 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. PreuB 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 omisso. Cuida-se, 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 omisso, 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 Cairológico 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 Dworking, 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 substantive *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 legitimável 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 jurisdicionaliza (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.

Cumpre 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, consequentemente, 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.

Cumpre 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, wich 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 Habemas, 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, Societá 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 equívocos 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, Noberto. *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.