ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

OS LIMITES OBJETIVOS DO CONTROLE JUDICIAL DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

THE OBJECTIVE LIMITS OF THE JUDICIAL CONTROLS OF THE UNCONSTITUCIONAL OMISSION

Murilo Gaspardo *
Guilherme Bollini Polycarpo **

RESUMO: Pretende-se, no presente estudo, realizar uma investigação sobre o fenômeno da omissão normativa inconstitucional à luz das normas integrantes da Constituição Federal promulgada em 1988. O estudo desse tema justifica-se pela relevância em face do caráter aberto da Carta e das diversas cláusulas que necessitam de regulamentação infraconstitucional para que produzam os efeitos desejados pelo Poder Constituinte. Assim, como objetivo do trabalho, o que se pretende é identificar em relação a quais normas constitucionais faz-se necessária e obrigatória a integração por meio de providências legislativas ou administrativas, o que será determinante para demonstrar os limites do controle da omissão inconstitucional mediante a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.
Palavras-chave: Constituição Federal. Omissão inconstitucional. Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT: The intention on the present paper is to perform a research about the unconstitutional normative omission under the face of the rules contained on the Federal Constitution enacted in 1988. This subject shows its relevance against the open nature of the Constitution and the numerous rules which need infraconstitutional regulamentation in order to produce the effects desired by the Constituent Power. Therefore, what is intended is to show which rules need integration through legislative and administrative providences. This will be important to learn about the limits of unconstitutional omission control.
Keywords: Federal Constitution. Unconstitutional omission. Constitutionality control.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A OMISSÃO INCOSTITUCIONAL; 2.1 O PERFIL DA CRFB/88 E A POSITIVAÇÃO DO CONTROLE DE

* Doutor e mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (Unesp), *Campus* Franca. Jaboticabal – São Paulo – Brasil.
** Bacharel em Direito pela Unesp, *Campus* Franca. Advogado. Bariri – São Paulo – Brasil.

INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO; 2.2 A OMISSÃO NORMATIVA NA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL; 2.3 O DIÁLOGO ENTRE O DEVER DE CONCRETIZAR E A ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO: **limites da omissão inconstitucional**; **3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO;** 3.1 PREVISÃO NORMATIVA; 3.2 EFEITOS DA DECISÃO; 3.3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 3.4 PERSPECTIVAS PARA O CONTROLE CONCENTRADO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: **caminhos possíveis**; **4 CONCLUSÃO**; **REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

Para a afirmação da Constituição como documento jurídico capaz de ordenar a realidade político-social e estabelecer-se como fundamento de validade das demais normas integrantes do ordenamento jurídico, foi necessária a criação de mecanismos capazes de garantir sua supremacia e observância obrigatória. A pretensão de realização daquilo que Hesse (1991) chamou vontade da Constituição e de sua força normativa depende da criação de um instrumental teórico e normativo capaz de eliminar as tensões entre ela e as normas jurídicas infraconstitucionais.

Esse tema assume especial relevância no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que inovou ao prever, ao lado do controle de constitucionalidade por ação, o controle da omissão inconstitucional por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). A importância dessa inovação normativa é verificada quando confrontada com o vasto universo de normas constitucionais carecedoras de densidade suficiente para produzir todos os efeitos desejados, para as quais se faz necessária a chamada *interpositio* legislativa ou administrativa.

Portanto, se por um lado o Poder Constituinte transferiu a tarefa de concretizar a Constituição a diferentes destinatários (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) – o que fez por meio de normas de reduzida aplicabilidade, em relação às quais é necessária a edição de leis que as regulamentem –, por outro, institucionalizou um mecanismo de defesa capaz de averiguar a (in)existência de uma omissão normativa violadora do Texto Constitucional

e, assim, controlar jurisdicionalmente o descumprimento do dever de integração estabelecido pela Constituição. Esse mecanismo é a ADO.

Dessa maneira, tendo como pano de fundo esse panorama teórico-normativo, o objetivo geral deste trabalho é demonstrar de que modo se configura uma omissão normativa violadora da Constituição, bem como delimitar o sentido e alcance de tal omissão, o que será de fundamental importância para a distinção entre um simples dever geral de legislar e uma exigência de ação infraconstitucional.

Nesse ínterim, a efetiva compreensão daquilo que se constitui o objeto – e seus limites – do controle concentrado de constitucionalidade possibilita a identificação, de modo preciso, do que constitui uma omissão normativa violadora da ordem constitucional e de quando essa omissão pode dar ensejo à fiscalização concentrada de constitucionalidade. Procura-se, desse modo, esclarecer e formular uma resposta ao questionamento acerca do que é uma omissão inconstitucional.

Já o objetivo específico desta pesquisa consiste em analisar os aspectos processuais relevantes da ação direta de inconstitucionalidade, sobretudo os efeitos da decisão. A análise de tal aspecto é de grande relevo tanto para a compreensão da própria ADO e de seus limites, como instrumento destinado a suprir o déficit de eficácia jurídica da Constituição, quanto para as possibilidades e perspectivas de ajustes legais e jurisprudenciais.

Demonstra-se, a partir de dados empíricos, de que modo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se posicionando nos julgamentos envolvendo o controle concentrado da omissão normativa inconstitucional, além do comportamento dos poderes responsáveis por essa omissão em relação ao cumprimento do conteúdo das decisões. Essa análise jurisprudencial é importante para compreender em que grau esse instrumento jurídico vem satisfazendo a necessidade de efetivação da Constituição e, consequentemente, do próprio Estado Democrático de Direito.

O estudo dessa temática se justifica no campo teórico do direito constitucional contemporâneo, pois aborda, de modo geral, a questão da aplicabilidade das normas constitucionais e um dos instrumentos positivados pelo Poder Constituinte originário, destinado à concretização das normas

constitucionais dependentes de ulterior regulamentação legal ou administrativa. Tanto é necessário delimitar o que pode ser objeto de controle da ADO quanto aferir em que medida esse instrumento processual vem cumprindo seu escopo. Ademais, passadas quase três décadas da promulgação da Constituição, ainda se faz necessário o estudo das causas e fundamentos de sua crise de inefetividade, que abrangem tanto a seara epistemológica e da compreensão do próprio direito quanto a área processual e política.

O presente trabalho, após a introdução, é dividido em três seções. Na primeira, de viés propedêutico, são demonstrados, de modo breve, os fundamentos teóricos e históricos que serviram como substrato para a promulgação da CRFB/88. Adiante, é examinada a figura da omissão inconstitucional. Tal análise toma por base, exclusivamente, o grau de aplicabilidade (ou eficácia jurídica) das normas constitucionais, o que se entende como suficiente para a caracterização da omissão legislativa ou administrativa violadora da Carta.

Na segunda parte, são investigados a ADO e seus principais aspectos processuais, em especial a eficácia da decisão, de fundamental importância para a compreensão da própria ação.

Na terceira parte, analisa-se a relação entre as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quando do controle concentrado da omissão inconstitucional e efetivo cumprimento do conteúdo fixado em tais decisões pelo respectivo poder constituído em mora. Por fim, destacando os principais aspectos limitadores desse instrumento processual, pretende-se formular algumas propostas que possam contribuir para torná-lo mais alinhado à função para a qual foi desenvolvido, sem se furtar a privilegiar a integridade e coerência dessas prescrições em face do ordenamento jurídico.

Quanto à metodologia de pesquisa, utiliza-se, em princípio, o método dedutivo, a partir da análise dos pressupostos fáticos e teóricos que deram ensejo à positivação do instrumento de controle de constitucionalidade da omissão normativa, para, então, analisar a ADO e seus principais aspectos que se mostram relevantes para o trabalho. Na parte final, o método utilizado é o indutivo, em que se parte da observação empírica da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca dos julgamentos das ADOs e do consequente

comportamento dos poderes constituídos em mora para, assim, extrair algumas conclusões e prescrever soluções constitucionalmente adequadas.

Esta investigação resulta em uma análise das limitações apresentadas pela ADO e dos fatores de natureza jurídica e política que as explicam, bem como na formulação de algumas propostas constitucionalmente adequadas para a superação de tais entraves, de maneira que seja possível conferir a eficácia desejável aos preceitos constitucionais dependentes de regulamentação.

2 A OMISSÃO INCOSTITUCIONAL

2.1 O PERFIL DA CRFB/88 E A POSITIVAÇÃO DO CONTROLE DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A análise da problemática da omissão normativa inconstitucional e da positivação de seu controle na CRFB/88 requer, necessariamente, a compreensão da própria Carta, bem como do cenário histórico-político em que ocorreu sua redação e posterior promulgação. Nesse sentido, o tema estudado só pode ser compreendido a partir das premissas políticas e sociais que serviram de substrato para o momento histórico da entrada em vigor da Constituição, em outubro de 1988.

A convocação da Assembleia Nacional Constituinte, no início de 1987, sinalizava o compromisso da transição para a democracia e a necessidade de remoção dos escombros autoritários e retrógrados deixados pelo regime ditatorial que vilipendiou o país durante 20 anos e apresentou a mais autoritária experiência política da história do Brasil. Constituiu-se como tarefa irrefragável da Assembleia a implementação de um regime assentado na democracia e na estruturação de um Estado de Direito sólido e duradouro, capaz de conferir estabilidade aos poderes constituídos. Há que se mencionar, também, a preocupação com o aspecto social.

A Assembleia Constituinte, composta pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, abrangia uma gama dos mais variados – e antagônicos – setores da sociedade brasileira. Essa miscelânea de grupos tão distintos resultou no caráter plural, analítico (não poucas vezes prolixo),

detalhista, extenso e algumas vezes antagônico do Texto Constitucional, o qual continha, à época da promulgação, 245 artigos e 70 disposições transitórias – sendo, portanto, o mais longo da experiência constitucional brasileira.

Trata-se, sobretudo, de uma Constituição detalhista, abrangente, que não se limitou a disciplinar as matérias tradicionalmente contempladas em um Texto Constitucional, como, por exemplo, o catálogo de direitos e liberdades civis e a organização do poder político, tal como assinalava o art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (CANOTILHO, 2003). A CRFB/88 foi além ao elencar tarefas e programas a ser cumpridos pelos governos que a seguiriam, assumindo o compromisso de transformação da realidade. Como exemplo desse caráter dirigente, pode-se apontar o art. 3º, de caráter programático, que dispõe acerca dos objetivos a ser perseguidos pelo Estado.

O texto é considerado "temporalmente adequado" (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 248), visto que, não se limitando a consagrar velhos direitos, trouxe também novos direitos (direitos da criança, direito das pessoas com deficiência etc.), "[...] como especificações de uma geratriz originária, a compasso das necessidades [...] do homem concreto, daquele indivíduo que [...] pelo fato de ser portador de carências especiais, tem que receber tratamento diferenciado" (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 248). Os meios de efetivação e aspectos organizacionais dos direitos sociais e econômicos previstos no rol das garantias fundamentais (arts. 6º a 11) foram disciplinados adiante, no título "Da ordem social" (arts. 193 a 230), ou seja, a uma distância considerável, ou até mesmo "segura", digna de atenção.

Coincidência ou não, os direitos sociais previstos pela CRFB/88, quando da sua aplicação na realidade, ou seja, quando da tentativa de dotá-los de eficácia social e aptidão para disciplinar os fatos ocorridos em seu âmbito, verificaram-se a uma distância (quase) intransponível para sua concretização. Previu-se o direito à educação, mas não havia escolas suficientes; previu-se o direito à saúde, mas onde estavam os hospitais? Sendo assim, quando do contato entre a norma constitucional e o mundo fático,

verificou-se um considerável descompasso; aliada a momentos de instabilidade econômica, entraves institucionais e aspectos políticos – especialmente no que diz respeito à composição, em diversos momentos, dos poderes por representantes com interesses contrários ao avanço em assuntos essenciais tratados na Constituição –, essa continua sendo a tônica na realidade.

Diante do caráter analítico da CRFB/88, o Poder Constituinte atribuiu ao Poder Público, em diversas ocasiões, a tarefa de concretização da ordem constitucional, seja por meio da elaboração de políticas públicas – como se observa, por exemplo, no caso da necessidade de ações governamentais na área da assistência social, prevista no art. 204, ou na questão da previsão da saúde como direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, conforme o art. 196 –, seja por meio da elaboração de leis capazes de atribuir a eficácia necessária aos preceitos constitucionais – como é o caso da necessidade da elaboração do Plano Nacional de Educação a cada dez anos, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação, definindo objetivos, diretrizes e metas, nos termos do art. 214.

Restaria em vão esse esforço realizado pelo Poder Constituinte em destinar importantes tarefas de atuação dirigida aos Poderes Públicos – em especial, aos Poderes Legislativo e Executivo – sem a previsão de um mecanismo de garantia e controle capaz de fiscalizar o cumprimento de tais tarefas. É nesse contexto que a CRFB/88 consagrou, expressamente, a possibilidade de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Assim, tal qual a Constituição Portuguesa de 1976, passou a ser possível, ao lado do controle de constitucionalidade por ação, o controle do chamado silêncio violador da Constituição, cuja previsão expressa encontra-se no § 2º do seu art. 103.

2.2 A OMISSÃO NORMATIVA NA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

Ciente de que a problemática do controle da omissão inconstitucional é de transcendental importância para a realização de legítimas pretensões juridicamente protegidas e de que se situa naquilo que Miranda (2008, p. 308) define como a "[...] fronteira entre a liberdade de decretação que é apanágio

do poder legislativo e o dever de legislar a que ele está sujeito em algumas situações [...]", o presente trabalho não se furta de enfrentar as indagações que desafiam a dogmática jurídica, pretendendo, para tanto, caracterizar a figura da omissão legislativa ou administrativa violadora da Constituição.

A figura da omissão normativa inconstitucional encontra-se inserida no âmbito das omissões juridicamente relevantes, ao lado das omissões política, administrativa e jurisdicional (como, por exemplo, a denegação de justiça). Pode-se dizer, noutros termos, que é espécie do gênero omissões juridicamente relevantes.

Com escólio na doutrina de Canotilho (1982, p. 329), ressalta-se que a "[...] premissa fundamental para o reconhecimento de um silêncio juridicamente relevante [...] encontra-se na superioridade hierárquica formal e material das normas constitucionais e a clara distinção entre poder constituinte e poder constituído". Para Miranda (2008, p. 315), a omissão normativa inconstitucional verifica-se sempre que:

> [...] mandando a norma reguladora de certa situação ou relação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas.

O que se percebe é que a previsão do controle de tal omissão significou um rompimento em relação à concepção fundada na impossibilidade de formular pretensões em face do Poder Legislativo, visto que a função legislativa possuía irrestrita liberdade e atuava somente no interesse coletivo (LUVIZOTTO, 2010).

Na lição de Piovesan (2003, p. 81), o controle de constitucionalidade ora estudado assume importância, pois implica uma "[...] ruptura com a concepção que admite na Constituição um elenco de normas destituídas de qualquer aparato sancionatório, que não apresentam qualquer resposta à sua violação [...]".

A CRFB/88, em várias oportunidades, estabeleceu a necessidade de *interpositivo* legislativa para conferir densidade suficiente a seus preceitos. Conforme estudo realizado pela Câmara dos Deputados (BRASIL, 2015),

257 dispositivos da Constituição já foram regulamentados, passados mais de 26 anos de sua promulgação. Outros 119 dispositivos encontram-se não regulamentados, sendo que, em relação a 81, já foram oferecidas proposições e 38 encontram-se sem qualquer proposição tramitando no Congresso, o que demonstra a importância e atualidade de um estudo voltado para a omissão inconstitucional.

Nesse diapasão, cumpre esclarecer que a expressão 'omissão inconstitucional' relaciona-se, segundo a doutrina de Canotilho (2003), àquilo que o Poder Constituinte traz como exigência constitucional de ação, seja administrativa, seja legislativa, e não simplesmente a um dever geral de legislar ou de expedir determinado ato administrativo. Para o autor português, "[...] as omissões legislativas inconstitucionais derivam desde logo do não cumprimento de imposições legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que [...] vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da constituição" (p. 1034).

Infere-se, nessa senda, que a violação de um simples dever de atuação infraconstitucional não dá ensejo à fiscalização de constitucionalidade por omissão. Como exemplo desse dever de legislar atribuído à discricionariedade do legislador, inerte à fiscalização de inconstitucionalidade, pode-se apontar o art. 153, inciso VII, da CRFB/88, que atribui à União a competência para instituir, mediante lei complementar, impostos sobre grandes fortunas. Até o momento, tal competência ainda não foi exercida pela União e só será quando o legislador entender como oportuno ou conveniente.

Tem-se, portanto, que a omissão ocorre quando há uma exigência constitucional de ação por meio de uma norma constitucional **mandatória** individualizada. Logo, configura-se quando há um não fazer daquilo que se estava constitucionalmente obrigado a fazer. A própria norma constitucional traz em si a exigência de atuação do órgão legiferante ou administrativo para a ulterior concretização e densificação de seu conteúdo. Aliás, essa ordem trazida pelo Texto Constitucional configura-se como verdadeiro limite objetivo do controle da omissão, pois determina o que – ou qual ausência de regulamentação legal – pode ser suscetível de fiscalização de constitucionalidade.

A previsão constitucional desse mecanismo atribui contornos jurídicos ao dever de legislar ou expedir atos administrativos. Conclui, nesse diapasão, Silva (2012, p. 129) ao afirmar que, "[...] tendo a Constituição reconhecido a inconstitucionalidade por omissão, a obrigação de legislar, especialmente após o reconhecimento jurisdicional dessa inconstitucionalidade, tem natureza jurídica e moral".

2.3 O DIÁLOGO ENTRE O DEVER DE CONCRETIZAR E A ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO: **limites da omissão inconstitucional**

O que se verifica é que a figura da omissão inconstitucional encontra-se no limite entre a discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo – conferida pela própria Constituição, ressalte-se – e a vinculação de sua atuação (positiva) à Constituição. O que define esse limite é a possibilidade de controle judicial da omissão. Caso o legislador ou órgão administrativo não atue quando é obrigado pela Carta, sua omissão pode ser sindicável jurisdicionalmente; já quando se omite em relação a um simples dever destinado a ele, o controle não pode ser desencadeado.

Por outro lado, importa assinalar a relevância dos limites da discricionariedade legislativa no âmbito de uma Constituição dirigente, tal qual é a brasileira. Tal limite representa um ponto de equilíbrio entre a positivação e captação pela Constituição de princípios informadores da atividade estatal considerados significativos (reveladores da escolha axiológico-valorativa utilizada pelo Poder Constituinte) e a abertura às transformações do processo histórico-político observado na sociedade[1] e às modificações decorrentes da luta democrática em torno do poder político. Assim, deontologicamente, os limites da discricionariedade legislativa atuam como ponto de equilíbrio entre a ideia de Constituição totalizante, extremamente detalhada, reguladora de todas as esferas da sociedade e a de Constituição mínima, apenas

1 A doutrina de Canotilho (2003, p. 1338) refere-se a um "constitucionalismo moralmente reflexivo", em que cabe à Constituição "[...] ordenar o processo da vida política fixando limites às tarefas do Estado e recortando dimensões prospectivas traduzidas na formulação de fins sociais mais significativos e na identificação de alguns programas de conformação constitucional".

ordenadora de competências e do poder político, incapaz de determinar vetores de atuação prospectiva. Noutras palavras, esses limites devem assentar-se no equilíbrio do binômio identidade-desenvolvimento – a identidade é representada pelas regras e princípios estruturantes da Constituição, subtraídos da discricionariedade do legislador, enquanto o desenvolvimento relaciona-se, por meio da abertura do texto, com a capacidade de captação das transformações ocorridas na sociedade.

O deslocamento desse equilíbrio a um "perfeccionismo constitucional", característico da ideia de Constituição totalizante, configura-se, para Zagrebelsky e Marcenò (2012, p. 244-245), como "*[...] eccessiva saturazione giuridico-costituzionale dell'ambiente politico*". Ademais, para os referidos autores, "*la delimitazione dei suoi confini coincide dunque integralmente com la definizione della portata delle norme delle Costituizione*". Analisando a pretensão totalizante que pode eventualmente surgir em uma ordem constitucional, Hesse (1991) defende que ela deve, em certa medida, mostrar-se em condições de moldar-se às mudanças ocorridas nas condicionantes sociais, políticas e econômicas. Dessa forma, para o referido jurista, a Constituição deve limitar-se ao estabelecimento de poucos princípios fundamentais e abster-se à "[...] constitucionalização de interesses momentâneos ou particulares sob pena de constante exercício do poder constituinte derivado, o que implicaria certamente na desvalorização de sua força normativa" (p. 21).

A previsão do controle jurisdicional da omissão de um específico dever constitucional de integração normativa assume grande importância em uma Constituição dirigente e rica em normas constitucionais de eficácia limitada, justamente pelo fato de ter como objeto as normas constitucionais que o Poder Constituinte, entendendo-as como essenciais à concretização da ordem constitucional, retirou do poder discricionário de escolha do legislador.

Há que se notar que omissão inconstitucional implica um processo de mutação constitucional. Conforme observa Ferraz (1999, p. 224), "[...] a inércia dos órgãos estatais [...] traduz verdadeiro processo informal de mudança da Constituição. Configura inegável processo de mutação constitucional, embora não se altere a letra [...], altera-lhe o alcance". Assim

efetivamente ocorre com a omissão inconstitucional[2], pois, à medida que deflui o tempo, a norma constitucional mantém-se com uma aplicabilidade reduzida, o que certamente não era o objetivo do Poder Constituinte quando da promulgação da Carta.

Conforme ressalta Mendes (1990, p. 329), as normas constitucionais possuem um "caráter ambivalente", pois são, concomitantemente, ordens de ação e limites de ação. A inobservância das ordens de ação desencadeia o processo de fiscalização de constitucionalidade por omissão. Já a violação dos limites da ação é controlável pela fiscalização de constitucionalidade por ação. Dessa forma, tanto a margem discricionária conferida ao legislador quanto os limites dessa liberdade podem ser feridos judicialmente por meio dos mecanismos próprios de controle da constitucionalidade.

3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

3.1 PREVISÃO NORMATIVA

A ADO encontra-se prevista expressamente no art. 103 da CRFB/88. A referida ação é, ao lado do mandado de injunção, disciplinado pelo art. 5º, inciso LXXI, o instrumento processual criado pela Carta Magna que objetiva tornar efetiva a Constituição em caso de ausência de regulamentação legal ou de providência administrativa. Na lição de Piovesan (2003, p. 112), quando da análise dos contornos jurídicos da ADO, "[...] se trata de instrumento que permite a obtenção da declaração judicial de inconstitucionalidade de medida para tornar efetiva norma constitucional".

Para o presente trabalho, entre os aspectos processuais da ADO, assume especial relevância o enfoque em seus efeitos, bem como o respectivo comportamento do órgão constituído em mora pela decisão proferida pelo tribunal.

2 Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, em sede de controle de constitucionalidade, a configuração da omissão legislativa como uma espécie de mutação informal da Constituição. É o que se observa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.442, de relatoria do ministro Celso de Mello, julgada em 3 de novembro de 2004.

3.2 EFEITOS DA DECISÃO

No âmbito deste trabalho, o estudo dos efeitos da decisão proferida em sede da ação direta é de fundamental importância para definir em que medida esse instrumento processual cumpre efetivamente a função para a qual foi previsto na Constituição.

É a partir da análise dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão e dos princípios constitucionais em que tal decisão se assenta que se pode compreender de modo satisfatório o próprio controle concentrado da omissão inconstitucional e sua eficácia em relação à colmatação das lacunas que são constatadas no transcurso do processo. Julgada procedente a ação, o § 2º do art. 103 da CRFB/88 especifica os efeitos da decisão, conforme o órgão ou poder incumbido de tornar efetiva a norma constitucional. Caso o destinatário seja um órgão administrativo, o que ocorre quando é necessária a tomada de providência administrativa, é dada ciência para a tomada de decisão em 30 dias. Sendo outro poder competente para a concretização do comando constitucional, é dada ciência para a adoção das providências necessárias, não especificando o prazo para fazê-lo.

Em princípio, nota-se que a procedência da ação tem como efeito a **ciência** ao Poder Público competente, constituindo-o em mora. Noutros termos, a ação é julgada procedente para reconhecer a omissão do destinatário da norma constitucional, seja ele o Poder Executivo ou Legislativo – basta que tenha incorrido uma omissão em relação a um dever constitucional específico de integração legislativa ou administrativa. A partir disso, o respectivo poder é cientificado para que proceda à emissão da norma infraconstitucional, o que leva a concluir que a decisão tem natureza declaratória e mandamental – declara-se a existência da lacuna e determina-se que o Poder Público empreenda a colmatação[3].

Por decorrência da própria natureza da decisão, o Supremo Tribunal Federal não está autorizado a suprir, no caso concreto, a lacuna objeto do

3 Aqui reside um importante aspecto que diferencia a ação direta de inconstitucionalidade do mandado de injunção. A sentença proferida em sede deste possui natureza constitutiva, com efeitos *inter partes*, a fim de possibilitar o exercício de um direito ou liberdade constitucional cujo exercício foi inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora.

controle a partir de uma norma por ele editada. Reconhecer o contrário implicaria certamente a violação dos princípios constitucionais da democracia (art. 1º, caput, e parágrafo único) e da separação dos poderes (art. 2º). Disso decorre que a atuação do Poder Judiciário no sentido de produzir uma decisão com efeitos concretos (o que demandaria a edição, por conta própria, de um conjunto normativo capaz de suprir a lacuna inconstitucional) representaria uma invasão da esfera legislativa e de seu caráter nitidamente político. É em face da impossibilidade de o Judiciário produzir uma decisão com efeitos concretos e da consequente violação do princípio da separação dos poderes que ocorre o ponto de tensão entre a decisão proferida em sede de controle concentrado e a efetiva observância de seu conteúdo, funcionando, portanto, como aspecto limitador da ação tratada.

Quando o órgão omisso é administrativo, a própria norma constitucional permite ao acórdão fixar um prazo de 30 dias para a realização das medidas necessárias para tornar efetivo o preceito constitucional. Já no que se refere à omissão de medida de natureza legislativa, a ineficácia desse instrumento processual se agrava. Não há como exigir o cumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que não há responsabilização por tal comportamento. O que se observa, na realidade, é que a decisão acerca do dever de legislar passa, necessariamente, pela análise dos critérios políticos de conveniência e oportunidade, revelando o caráter discricionário da conduta legislativa.

Em face dos princípios da separação dos poderes e da democracia, a eficácia da decisão é limitada, conforme analisado em tópico seguinte. Tratando dessa sistemática, Souza (2010) assenta que tal dificuldade é inerente aos ordenamentos jurídicos que instituíram o controle concentrado da omissão inconstitucional, haja vista que Portugal também tem enfrentado problemas com a ineficácia da ADO.

Em síntese, se, por um lado, o Supremo não está autorizado a proferir uma decisão que preencha a lacuna normativa a partir da edição de um preceito com efeito concreto *inter partes* e, por outro, não há nenhuma sanção em caso de descumprimento do teor da decisão pelo poder impugnado, o que ocorre na realidade é que a ADO revela eficácia aquém da pretendida e desejada no

sentido de abranger o caleidoscópico fenômeno da omissão inconstitucional. Seu objetivo é facilmente frustrado quando encontra pela frente a discricionariedade legislativa ou, até mesmo, a chamada *intertia deliberandi*.

É preciso deixar claro, a esta altura, que a admissão da possibilidade de o tribunal proferir uma decisão com efeitos concretos para o caso posto em análise, além de violar o princípio da separação dos poderes, uma vez que o Poder Judiciário estaria assumindo claramente uma função legislativa – resultando em uma decisão com manifesto déficit democrático –, implicaria, certamente, uma atuação alinhada com o chamado ativismo judicial. Esse ativismo estaria configurado diante da atuação do julgador, que, imbuído do espírito de **justiça** e do intuito de suprir a ineficácia do instrumento processual frente à provável inércia do legislador, apoiada em sua discricionariedade de atuação e ausência de sanção jurídica preestabelecida, acabaria transpassando o campo do direito e imiscuindo-se na seara da política. Dessa forma, o juiz estaria atuando além do âmbito das normas que deveriam balizar seu julgamento.

Não cabe ao julgador, na "tarefa" de resolver o problema da ineficiência política caracterizada pela inércia da medida de natureza legislativa, extrapolar os limites das regras e princípios relevantes e, assim, distribuir a "justiça" na demanda levada à sua apreciação. Trata-se de uma atitude deveras perniciosa quando praticada em um sistema jurídico em que a lei é erigida como primado vinculador de toda conduta social e atuação estatal, como é o Estado de Direito, devendo, portanto, ser combatida e evitada, pois, não raro, conduz à arbitrariedade do julgador, à medida que este tenta imprimir seus próprios valores e concepções de justiça à decisão.

Em suma, a argumentação a ser utilizada pelo tribunal deve sempre percorrer os caminhos indicados pelas regras e princípios em cujo âmbito de alcance esteja o caso *sub judice*. Disso decorre que se deve refutar a proposta oferecida pela corrente doutrinária do ativismo judicial e, concomitantemente, tomar o devido cuidado para não assumir uma posição estritamente positivista.

Nesse ínterim, cabe destacar a advertência feita por Perelman (1999, p. 205-209) no que se refere à análise do raciocínio jurídico no processo judiciário:

> O fato de o juiz submeter-se à lei ressalta a primazia concedida ao poder legislativo na elaboração das regras de direito. Mas disso não resulta, de modo, algum, um monopólio do legislativo na formação do direito. O juiz possui, a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe reconhecessem tal poder, ele não poderia, sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento dos conflitos: a natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito. Esta visão das relações entre o legislativo e o judiciário supõe que, em um Estado de Direito, o poder judiciário nunca fique diante de um vazio normativo, e que os textos validamente promulgados permaneçam válidos até o momento em que, de modo implícito ou explícito, tiverem sido ab-rogados. [...]. O raciocínio jurídico manifesta-se, por excelência, no processo judiciário. De fato, o papel específico dos juízes é dizer o direito – e não o criar – embora frequentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, a reinterpretá-la e a torná-la mais flexível.

O que se nota é que o instrumento previsto pela Constituição para o controle concentrado da omissão normativa, promessa de meio para concretização das normas de eficácia limitada vinculada ao princípio da legalidade e, consequentemente, da própria ordem constitucional, revela-se, na realidade, limitado pelos princípios constitucionais da separação dos poderes e da democracia, em especial quando se trata da mora de medida legislativa, o que desafia a busca por soluções plausíveis previstas pelo ordenamento jurídico que contornem o entrave verificado no controle concentrado de constitucionalidade, para, assim, atingir o objetivo de conferir uma eficácia desejável às normas constitucionais.

3.3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Pretende-se, no presente tópico, realizar uma análise com base em dados empíricos relativos ao controle concentrado da omissão normativa

perante o Supremo Tribunal Federal, o que viabilizará a obtenção de uma visão que privilegie as decisões e a formação da jurisprudência em caráter integral, em detrimento de uma observação que utilize informações sobre situações esparsas ou processos isolados. Assim, o que se busca, doravante, é um estudo satisfatório capaz de fornecer uma visão global sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativa à ADO[4].

Tomando por base uma visão geral das ADOs ajuizadas entre janeiro de 2008 e dezembro de 2014, conforme dados fornecidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2014), chega-se a um total de 29 processos. Desse total, 16 processos já tiveram algum tipo de decisão (liminar ou final), ou seja, 55% do total. Desses 16 processos, dez já tiveram decisão final e transitaram em julgado, o que representa 34,5% do total de ações ajuizadas no período.

Aspecto interessante a ser observado é que, com a regulamentação da disciplina processual da ADO realizada pela Lei nº 12.063/2009, que incluiu a referida ação na Lei nº 9.868/1999, passou a ser possível a realização do pedido de medida cautelar, prevista no art. 12-F dessa lei, antes aplicável somente à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade. Em decorrência disso, existindo relevância da matéria e significação especial para a ordem social e segurança jurídica, pode o relator do processo, após manifestação do advogado geral da União e do procurador-geral da República, submetê-lo diretamente à apreciação do tribunal, que pode julgá-lo de modo definitivo no prazo estabelecido. Aliás, a adoção do rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/1999 foi observada em cinco processos, correspondendo a 31,25% dos feitos em que foi observado algum tipo de decisão.

4 Cumpre consignar que a presente análise teve seu âmbito temporal delimitado às ações ajuizadas entre janeiro de 2008 e dezembro de 2014. Tal recorte temporal se faz necessário em virtude da alteração ocorrida no Regulamento do Supremo Tribunal Federal, que modificou a nomenclatura e classificação, perante o controle de processos desse tribunal, das ADOs ajuizadas a partir de janeiro de 2008. Em virtude da Resolução nº 427/2010, do Supremo Tribunal Federal, que regulamentou o processo eletrônico no âmbito do referido tribunal, a ADO, que antes pertencia à mesma classe processual da ação direta de inconstitucionalidade, passou a ser processada de modo autônomo e, portanto, classificada separadamente perante o controle processual.

Da análise da variação do objeto da ADO ao longo do recorte temporal utilizado, constata-se que três processos, ou seja, 10,3% do total de ações ajuizadas, possuem como objeto a regulamentação do art. 37, inciso X, da CRFB/88, que estabelece a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos e o subsídio tratado no art. 39; outros três (10,3% do total) possuem como objeto a omissão no encaminhamento do projeto de lei orçamentária anual, de iniciativa do chefe do Poder Executivo federal. Disso decorre que, a despeito de a Constituição ter sido promulgada há mais de 26 anos, a ADO vem conservando sua utilidade como instrumento processual hábil a controlar a omissão normativa violadora da Constituição, especialmente quando é utilizada no controle da omissão relativa às normas constitucionais que estabelecem a necessidade de edição periódica do ato legislativo ou administrativo.

Em relação aos processos em que foi proferido algum tipo de decisão, de natureza final ou liminar, tem-se que, em um total de 16 processos com decisão, dez apresentaram decisão final e seis, decisão liminar. No que se refere às ações já transitadas em julgado, considerando aquelas julgadas improcedentes sem resolução do mérito e aquelas cujo seguimento foi negado, representativas da fatia de 34,4% dos processos ajuizados no período (total de 29 ADOs), em sete processos ocorreu a perda de objeto (24% dos processos ajuizados) por edição superveniente do ato normativo ou administrativo cuja ausência ou omissão era objeto da ADO. Tal perda de objeto foi verificada nas ADOs nº 1, 3, 7, 8, 17, 19 e 23.

Entre as ações em que foi concedida a medida cautelar prevista no art. 12-F da Lei nº 9.868/1999, ou seja, em seis processos (20,6% do total ajuizado) – ADOs nº 20, 22, 24, 25, 28 e 29 –, o cotejo entre a análise do conteúdo dos julgados e a consequente manifestação do poder constituído em mora revela que apenas na ADO nº 24 foi verificada a existência de algum tipo de providência, o que não significou, contudo, a necessária regulamentação do preceito constitucional.

O que se conclui, a partir dessa análise empírica realizada por meio dos julgados em que já foi proferido algum tipo de decisão, é que a ADO não apresenta, do ponto de vista estrito do processo de fiscalização de

constitucionalidade, ou seja, diante dos mecanismos que os dispositivos que disciplinam a matéria oferecem ao tribunal, nenhum instrumento capaz de impor coativamente a observância de sua decisão em relação à mora na atividade legislativa. Vale dizer: diante das normas atinentes ao controle de constitucionalidade da omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal está autorizado apenas a dar ciência ao poder constituído em mora.

Assim, a problemática transição da norma densificadora entre os cenários político e jurídico (da Constituição para o Poder Legislativo) e a consequente superação das limitações funcionais apresentadas pela ADO clamam por alternativas além daquelas previstas pela legislação. Eis o desafio quando do estudo dos efeitos da decisão proferida em sede de controle concentrado da omissão inconstitucional.

3.4 PERSPECTIVAS PARA O CONTROLE CONCENTRADO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: **caminhos possíveis**

Conforme se observou, alguns aspectos limitam a eficácia da ADO como instrumento previsto para tornar efetiva a norma constitucional dependente de providência legislativa ou administrativa. Com efeito, declarada a omissão inconstitucional em sede de controle concentrado, o tribunal, conforme estabelecido no art. 12-H da Lei nº 9.868/1999, deve dar ciência ao poder competente para que tome as providências necessárias no sentido de concretizar o preceito constitucional objeto da ação.

É preciso, nesta altura, distinguir o órgão legitimado para tornar efetivo o preceito constitucional – o que revelará, também, a natureza da providência a ser tomada. Em se tratando de norma constitucional dependente de regulamentação administrativa, será dada ciência ao órgão administrativo que detém a atribuição para a formulação da respectiva providência. Caso seja necessária a edição de um ato de natureza legislativa para a concretização do preceito constitucional, o poder omisso será o Legislativo ou o chefe do Poder Executivo com iniciativa privativa do processo legislativo (art. 61, § 1º, da CRFB/88).

Na primeira hipótese, a questão atinente aos efeitos da decisão não suscita tanta controvérsia. O próprio § 2º do art. 103 da CRFB/88 e o § 1º do art. 12-H da Lei nº 9.868/1999 estabelecem a possibilidade de o tribunal fixar o prazo de 30 dias para adoção das medidas administrativas necessárias, o que afasta a discussão acerca da possibilidade de fixação de prazo pelo Poder Judiciário. Em caso de descumprimento do conteúdo da decisão pelo presidente da República, o qual, na hipótese tratada, seria o detentor da atribuição legal para a prática do ato administrativo, entende-se, sob a óptica do presente trabalho, que é possível a tipificação de sua conduta como crime de responsabilidade, previsto no art. 85, inciso VII, da CRFB/88[5].

Conforme estabelecido no art. 4º, inciso VIII, e art. 74 da Lei nº 10.079/1950 e no art. 9º do Decreto-Lei nº 201/1967 e em respeito ao princípio do paralelismo das formas, o governador ou prefeito que descumprir o conteúdo da decisão prolatada em sede de ADO também pode responder pelo crime de responsabilidade, caso seja responsável pela colmatação da norma constitucional por meio de medida administrativa.

Já na segunda hipótese, em que a omissão é de natureza legislativa, surgem as limitações legais.

Procedente a demanda, a decisão judicial servirá apenas para constituir o poder em mora. Tal assertiva é decorrente do cotejo entre o art. 103, § 2º, da CRFB/88 e o *caput* do art. 12-H da Lei nº 9.868/1999. Constata-se que a decisão vem desprovida de prazo para cumprimento de seu conteúdo e carente de sanção, o que impossibilita o constrangimento do poder competente à expedição da lei desejada.

Dessa forma, partindo da premissa de que o controle de constitucionalidade tem como finalidade eliminar as tensões existentes entre a Constituição e as normas infraconstitucionais integrantes do ordenamento jurídico, faz-se necessário o desenvolvimento de algumas alternativas capazes de assegurar o efetivo cumprimento do preceito contido na Carta, inviabilizado pela omissão de providência de natureza legislativa. Para Piovesan (2003, p. 121), "[...]

5 "Art. 85. São crimes de responsabilidades os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal, e especialmente, contra [...] VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais" (BRASIL, 1988).

não há como assegurar o efetivo cumprimento do preceito constitucional, ou seja, nada está a garantir que [...] irá legislar e, ao mesmo tempo, caso não legisle, não há como imputar sanção ao comportamento inconstitucional deste Poder".

É necessário, mais uma vez, ressaltar que o objeto do controle de constitucionalidade por omissão, ou seja, a ausência de ato normativo ou administrativo necessário a conferir plena eficácia a um determinado preceito constitucional, relaciona-se diretamente àquelas leis ou atos para os quais o Poder Constituinte estabeleceu o dever de ser editados. Assim, a edição de tais preceitos é, por escolha da própria Constituição, obrigatória, como bem se nota no comando imperativo presente nas normas constitucionais dependentes de regulamentação. Resta, portanto, a necessidade da criação de alternativas adequadas para assegurar o efetivo cumprimento do preceito constitucional.

Analisando a evolução da jurisprudência e da doutrina no tratamento da questão, pode-se destacar o desenvolvimento de algumas tentativas no sentido de solucionar o impasse representado pela decisão proferida em sede do controle concentrado ora estudado.

Um avanço na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode ser notado em relação à questão em que a Constituição demarca um prazo específico para o suprimento da lacuna mediante medida legislativa. Na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.682/MT, estabeleceu-se, na *ratio decidendi* da decisão, a partir do reconhecimento da mora do Congresso Nacional, a necessidade de adoção das providências legislativas no prazo razoável de 18 meses.

Uma crítica que pode ser pontuada acerca do estabelecimento de prazo pelo próprio Poder Judiciário para atuação do Poder Legislativo a partir, sobretudo, do critério da razoabilidade reside na dificuldade de definir aprioristicamente o que é razoável. Nesse sentido, é de extrema dificuldade a definição do que é razoável, haja vista que tal resposta se conduziria sempre a outros critérios. De início, há que se considerar a permeabilidade semântica do vocábulo 'razoável'. Entende-se que, nesse caso, a discricionariedade atribuída pela Constituição ao Poder Executivo ou Legislativo será,

inexoravelmente, aferida pelo Poder Judiciário, o que nem sempre é desejável em um Estado Democrático de Direito.

Assim, sempre que possível, a solução deve ser buscada em mecanismos legalmente estabelecidos e de acordo com os princípios constitucionais em jogo, evitando o apelo a conceitos com permeabilidade semântica, como é o contido no "tempo razoável". É preciso lembrar que está se tratando de uma temática que pode, facilmente, redundar em uma ingerência do Poder Judiciário sobre o Legislativo ou Executivo.

Duas alternativas, sob esse prisma, vislumbram-se possíveis. A primeira delas é a fixação, por meio da modificação do art. 103, § 2º, da CRFB/88, via emenda constitucional, de um prazo para que o poder constituído em mora tome as providências necessárias, ou seja, para que exercite a iniciativa de lei constitucionalmente atribuída[6] a ele no sentido de regulamentar o preceito constitucional violado, seguindo a sistemática já prevista para o Poder Executivo no próprio art. 103, § 2º, do Texto Constitucional e no art. 12-H da Lei nº 9.868/1999. Interessa destacar que, com essa alteração, não caberia mais ao Poder Judiciário o estabelecimento de um período para tomada de providências. A própria lei já o definiria.

Para exemplificar o ora defendido, imagine-se o previsto no art. 40, § 15, da CRFB/88. Nesse caso, pode-se observar que cabe ao Poder Executivo instituir por meio de lei o regime de previdência complementar de seus respectivos servidores. A inércia no exercício da iniciativa legislativa disciplinando

6 É preciso deixar claro que a identificação do poder ou órgão responsável pela omissão inconstitucional no julgamento da ação remete à Constituição. Assim, o próprio texto indica quem detém a atribuição de desencadear o processo legislativo para a correlata concretização de seus preceitos. Podem-se distinguir, a título de exemplo, duas situações distintas em relação à escolha da iniciativa do processo legislativo. Em regra, a iniciativa de leis complementares e ordinárias cabe, nos termos do art. 61 da CRFB/88, a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao procurador-geral da República e aos cidadãos, nos termos da própria Constituição. Decorre disso, que a iniciativa de leis é concorrente entre todos os indicados. Noutros casos, a Carta determina um legitimado específico para a iniciativa de projeto de lei, como se pode observar no § 2º do art. 28, que assim dispõe: "§ 2º Os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, observado o que dispõem os art. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I" (BRASIL, 1988).

o tema implicaria uma omissão inconstitucional, desencadeando os efeitos do controle de constitucionalidade já estudados. Julgada procedente a ação, fixar-se-ia o prazo estabelecido no art. 103, § 2º, para o suprimento da lacuna legislativa. Caso o poder constituído em mora, no caso vertente, o Poder Executivo, não tomasse as providências fixadas no conteúdo da decisão para suprir a omissão, infere-se que estaria descumprindo uma ordem judicial. Ora, tal comportamento é tipificado pelo art. 85, inciso VII, da CRFB/88, pelos arts. 4º, inciso VIII, e 74 da Lei nº 10.079/1950 e pelo art. 9º do Decreto-Lei nº 201/1967 (em se tratando de governador e prefeito) como crime de responsabilidade.

A segunda modificação sugerida é a inserção, no art. 103, § 2º, da CRFB/88, da utilização do regime de urgência previsto no art. 64, § 2º, da Carta pelo tribunal, caso já exista algum projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional disciplinando o tema objeto da omissão. Dessa forma, finalizado o prazo para a manifestação sobre a norma pendente de regulamentação, sobrestar-se-iam todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção daquelas que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação do projeto. A previsão da apreciação do projeto em regime de urgência pela decisão proferida na ação satisfaria a exigência de concordância com o princípio da separação dos poderes e da autonomia do legislador, bem como da supremacia das normas constitucionais[7].

Aliás, é interessante notar que a possibilidade de o Supremo expedir regulamentos com vigência provisória para suprir a omissão legislativa foi originalmente defendida pelos membros da Assembleia Constituinte, sendo prevista no art. 149, § 2º, do projeto e posteriormente retirada no segundo substitutivo apresentado pela Comissão de Sistematização (SOUZA, 2010). Fazendo uso de uma interpretação histórica do dispositivo contido no art. 103, § 2º, da CRFB/88, resta esclarecido o desejo do Poder Constituinte originário na impossibilidade de o tribunal proferir uma decisão de natureza legislativa. Nada impede, contudo, que o tribunal, além de cientificar o

7 Já manifestamos nossa discordância acerca da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal proferir uma decisão com efeitos concretos, ou seja, dispor normativamente sobre a matéria a título provisório, atuando em típica função legislativa.

poder omisso para tomada das providências cabíveis, determine a aplicação, no que for pertinente, de ato legislativo já existente.

Este é o caso verificado no paradigmático julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil no Estado do Espírito Santo (SINDIPOL), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (SINTEM) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (SINJEP), em que se pleiteava a garantia constitucional aos seus associados do exercício do direito de greve previsto no art. 37, inciso VII, da CRFB/88. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei nº 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

Alternativas existem e devem perfeitamente ser utilizadas, desenvolvidas e aperfeiçoadas. Somente assim, buscando soluções possíveis já existentes no ordenamento e introduzindo novos mecanismos legais, as limitações funcionais apresentadas pelo controle judicial da omissão inconstitucional podem ser superadas.

4 CONCLUSÃO

A previsão normativa da fiscalização de constitucionalidade da omissão normativa afigura-se no contexto da necessidade de afirmação da Constituição como norma hierarquicamente superior do ordenamento jurídico e capaz, portanto, de determinar tanto o processo de elaboração de normas (supremacia formal) quanto o conteúdo destas (supremacia material).

A conjugação dessa necessidade de a Carta afirmar-se como documento jurídico capaz de ordenar a realidade político-social e estabelecer-se como fundamento de validade das demais normas integrantes do ordenamento jurídico com a emergência de certos pressupostos de ordem teórica e axiológica, tal qual destacado na primeira seção, resultou na positivação constitucional do controle da omissão normativa, que passou, a partir de sua promulgação, em 1988, a ser sindicável jurisdicionalmente por meio da fiscalização concentrada de constitucionalidade.

A inconstitucionalidade por omissão, tal qual a inconstitucionalidade por ação, é resultado de uma situação contrária à Constituição. Nesse caso, tem-se um comportamento omissivo, em que há um silêncio normativo violador da ordem constitucional.

A previsão do controle da inércia legislativa na CRFB/88 significou um rompimento em relação à concepção fundada na impossibilidade de formular pretensões em face do Poder Legislativo, posto que a função legislativa possuiria irrestrita liberdade e atuaria somente no interesse coletivo.

Para a delimitação objetiva do que pode ser conceituado como omissão normativa (legislativa ou administrativa) contrária ao *corpus* constitucional e, consequentemente, pode ser objeto da fiscalização concreta de constitucionalidade, é necessária a distinção entre um simples dever de legislar e uma ordem de legislar dirigida a um destinatário específico. Está-se diante de um silêncio normativo inconstitucional apenas quando tal destinatário queda-se omisso perante uma **específica** ordem dirigida a ele.

A figura da omissão inconstitucional encontra-se no limite entre a discricionariedade do legislador – conferida pela própria Constituição, ressalte-se – e a vinculação de sua atuação (positiva) à Carta. O que define esse limite é a possibilidade de controle judicial da omissão. Caso o legislador não atue quando é obrigado pela Carta, sua omissão poderá ser sindicável jurisdicionalmente. Já quando se omite em relação a um simples dever de atuação destinado a ele, o controle não pode ser desencadeado.

É necessária a distinção do órgão responsável pela densificação do preceito constitucional. Tratando-se de norma constitucional dependente de regulamentação administrativa, será dada ciência ao respectivo órgão administrativo, que terá 30 dias para tomar as providências necessárias, nos termos do § 1º do art. 12-H da Lei nº 9.868/1999.

Em se tratando de omissão de medida de natureza legislativa, surgem algumas importantes limitações. Nesse caso, ante uma análise estrita sob o enfoque processual da ADO, não é possível estabelecer uma solução eficaz frente ao problema das situações omissivas contrárias a Constituição. Tal entrave reside nas limitações de ordem jusnormativa que permeiam tal instrumento processual, destacando-se, nesse caso, a incidência dos princípios

da democracia e da separação dos poderes, que impedem a prolação de uma decisão com efeitos concretos ou, ainda, a possibilidade de determinação de uma sanção específica em caso de descumprimento do conteúdo da decisão pelo poder ou órgão omisso.

Assim, é necessária a criação de alternativas viáveis à superação das limitações apresentadas pela ADO, especialmente quando se tratar de ausência de regulamentação legislativa do preceito constitucional. Nesse sentido, apresenta-se como solução possível a utilização do regime de urgência previsto no art. 64, § 2º, da CRFB/88 pelo Supremo Tribunal Federal, caso já exista algum projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional com o propósito de regular a matéria. Sugere-se, também, a expressa previsão legal de um prazo para atuação do órgão constituído em mora, seguindo a trilha do já estabelecido em se tratando de providência a ser tomada por órgão administrativo.

Outra alternativa viável é a possibilidade de expedição de uma decisão com caráter integrativo dirigida ao Poder Legislativo. Nesse caso, estaria o Supremo autorizado a determinar a aplicação, no que for pertinente, de ato legislativo já existente, de modo a suprir a ausência de regulamentação. O dispositivo constitucional seria provisoriamente regulamentado por uma lei válida e eficaz, já integrante do ordenamento jurídico.

Em um Estado Democrático de Direito, tal qual se deseja e aspira, é necessário que a Constituição seja cumprida e, sobretudo, levada a sério, o que impede que se possa escolher (ou desejar) qual parte será cumprida e quais direitos serão concretizados. É necessário, portanto, assegurar a força normativa da Constituição e sua superioridade material, o que possibilita, nesse diapasão, a previsão de soluções e alternativas às limitações demonstradas pelo instrumento processual ora tratado, permitindo, assim, a busca constante pela efetividade das normas constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Câmara dos Deputados. Dispositivos constitucionais sujeitos a regulamentação. **Câmara dos Deputados**, Atividade Legislativa, Legislação, Constituições Brasileiras, Regulamentação da Constituição de 1988. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 nov. 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI, ADC, ADO e ADPF. **Supremo Tribunal Federal**, Processos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticao Inicial.asp>. Acesso em: 9 dez. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1982.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAZ, Anna Candido da Cunha. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (*Die normativekraft der Verfassung*). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Responsabilidade civil do Estado Legislador**: atos legislativos inconstitucionais e constitucionais. 2010. 249 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2008. Tomo VI.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. **A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas**. 2010. 227 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustav; MARCENÒ, Valeria. **Giustizia constituzionale**. Bologna: Il Mulino, 2012.

Correspondência | Correspondence:

Murilo Gaspardo
Rua Maestro Grossi, 508, Nova Jaboticabal, CEP 14.887-036. Jaboticabal, SP, Brasil.
Fone: (16) 3203-1174.
Email: murilogaspardo@franca.unesp.br

Recebido: 13/03/2015.
Aprovado: 27/05/2015.

Nota referencial:

GASPARDO, Murilo; POLYCARPO, Guilherme Bollini. Os limites objetivos do controle judicial da inconstitucionalidade por omissão. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 17, n. 2, p. 145-173, maio/ago. 2015. Quadrimestral.