



Centro Universitário de Brasília - Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

DJALMA LINS E SILVA NETO

**OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL E O DEVER DE
REPARAÇÃO DO DANO**

Brasília
2017

DJALMA LINS E SILVA NETO

**OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL E O DEVER DE
REPARAÇÃO DO DANO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro
Universitário de Brasília — UniCEUB.

Brasília
2017

DJALMA LINS E SILVA NETO

**OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL E O DEVER DE
REPARAÇÃO DO DANO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientadora: Prof.^a M.^a Anna Luiza de Castro
Gianasi

Brasília, 18 de maio de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Anna Luiza de Castro Gianasi

Prof.^a Aléssia Barroso

Prof.^o Rafael Oliveira

*Àqueles que acreditam que o Direito é o
caminho para uma sociedade justa.*

RESUMO

A questão da efetividade das normas constitucionais é tema que possui destaque na atual ordem constitucional brasileira, sobretudo a partir da Constituição de 1988. Trata-se da eficácia social da norma constitucional, ou seja, a efetiva aplicação do direito previsto em tese pelo constituinte. A existência de normas constitucionais que necessitam da efetiva participação do legislador infraconstitucional, para que sua eficácia seja plena, faz surgir a discussão sobre a responsabilização estatal por sua conduta omissiva, isto é, deixar de fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado. Nesta perspectiva, faz-se necessário cogitar a reparação do dano causado pelo Estado legislador em razão da sua inatividade legiferante. Nesta obra são abordados temas basilares sobre a responsabilidade civil do Estado; uma perspectiva acerca da efetividade das normas constitucionais; a ocorrência da omissão legislativa inconstitucional; além de fundamentos, máxime, a força normativa da Constituição, que corroboram com a possibilidade de responsabilização do Estado por sua inércia legislativa. A metodologia utilizada foi a dogmática-instrumental tendo em vista a busca de contribuição teórica para problemas práticos, além disso, fez-se uma análise do posicionamento da doutrina e da jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, acerca da omissão legislativa inconstitucional, tanto em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão quanto em Mandado de Injunção, a fim de que se obtenha um panorama geral do tema. É constatado no bojo deste trabalho que o descumprimento do dever constitucional de legislar não pode ser um impeditivo para que a Constituição goze da sua máxima efetividade e, caso esse princípio não seja observado, que o Estado deve responder pelos danos causados.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Efetividade das normas constitucionais. Omissão legislativa. Reparação do dano.

ABSTRACT

The issue of the effectiveness of constitutional norms is an issue that is highlighted in the current Brazilian constitutional order, especially since the 1988 Constitution. It is the social efficacy of the constitutional norm, that is, the effective application of the right foreseen in thesis by the constituent. The existence of constitutional norms that require the effective participation of the infraconstitutional legislator, so that its effectiveness is full, raises the question of state accountability for its omissive conduct, that is, to stop doing what was constitutionally obligated. From this perspective, it is necessary to consider reparation for the damage caused by the legislating State by reason of its non-compliance. In this work, basic themes on civil liability of the State are addressed; A perspective on the effectiveness of constitutional norms; The occurrence of unconstitutional legislative omission; In addition to fundamentals, especially the normative force of the Constitution, which corroborate with the possibility of State responsibility for its legislative inertia. In addition, an analysis is made of the position of doctrine and jurisprudence, especially of the Brazilian Supreme Court, regarding the unconstitutional legislative omission in order to obtain an overview of the subject. It is found in the context of this work that noncompliance with the constitutional duty to legislate can not be an impediment for the Constitution to enjoy its maximum effectiveness and, if this principle is not observed, that the State must respond for the damages caused.

Keywords: Civil liability of the State. Effectiveness of constitutional norms. Legislative omission. Repair of damage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	9
2.1 Conceito	9
2.2 Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil	10
2.3 Evolução histórica da responsabilidade do Estado	11
2.3.1 <i>A irresponsabilidade do Estado</i>	12
2.3.2 <i>Concepção civilista</i>	12
2.3.3 <i>Teorias publicistas da responsabilidade civil do Estado</i>	13
3 A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	15
3.1 O sentido e a estrutura das Constituições	15
3.2 O neoconstitucionalismo e a força normativa da Constituição	18
3.3 A eficácia das normas constitucionais	24
3.3.1 <i>A eficácia e a efetividade da norma constitucional</i>	26
3.3.2 <i>Tipologia das normas constitucionais</i>	28
4 OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL	35
4.1 As lacunas no Direito Constitucional	40
4.2 Momento da caracterização da omissão legislativa	44
4.3 Omissão total e omissão parcial	48
4.4 Medidas processuais contra a inércia legislativa	52
4.4.1 <i>Da ação direta de inconstitucionalidade por omissão</i>	53
4.4.2 <i>Do mandado de injunção</i>	59
5 RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO LEGISLADOR	63
5.1 A separação e harmonia entre os Poderes - súmula 339 STF	67
5.2 Reserva do possível	70
5.3 A livre conformação e o direito subjetivo à atividade legislativa	73
6 CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	83

1 INTRODUÇÃO

Há muito se discute sobre a eficácia das normas constitucionais, principalmente com o advento da Constituição de 1988, que contempla dispositivos não bastantes em si mesmos, ou seja, requerem a atuação do legislador infraconstitucional para garantir-lhes a eficácia almejada.

A Constituição, apesar de não realizar nada por si só, ela pode impor tarefas e, se transforma em força ativa, na medida em que essas tarefas são efetivamente cumpridas. Logo, toda vez que uma norma constitucional é descumprida, coloca-se em xeque a própria força normativa da Constituição.

Ao comandar que o legislador atue para que sua eficácia seja plena, a Constituição não lhe confere uma faculdade para agir. O juízo de conveniência e oportunidade que lhe é conferido para os atos legislativos, não pode se traduzir numa constante desobediência à Constituição. A imposição constitucional de legislar deve ser observada a fim de que a força ativa da Constituição garanta a segurança jurídica e o bem-estar social.

Nesse diapasão percebe-se uma polêmica entre a omissão inconstitucional e a efetividade das normas constitucionais, sobretudo as normas constitucionais de eficácia limitada, e é, sem dúvida uma das mais relevantes e inquietantes do Direito Constitucional.

É fato que essa ineficácia desmantela os valores estabelecidos pela Constituição, o que coloca em risco todo o sistema jurídico-político cujo objetivo é justamente assegurar essa pauta axiológica sobre a qual se fundamentam os direitos constitucionalmente dispostos. Em outras palavras, a inobservância das normas constitucionais significa, em última análise, afrontar seus próprios fundamentos constitutivos.

Dessa forma discute-se a possibilidade da responsabilização estatal por essas condutas omissivas inconstitucionais do legislador que impedem a norma constitucional de gozar da eficácia plena que lhe é esperada.

Cabe ressaltar que, por se tratar de uma pesquisa dogmática-instrumental, a qual busca a contribuição teórica para resolução de problemas práticos, cuja finalidade é a racionalização das técnicas jurídicas e o aperfeiçoamento dos textos normativos, foram preponderantes os aspectos abordados pela doutrina, bem como pela jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, que ainda não se posicionou sobre o tema.

Sendo assim, com o intuito de fundamentar a possibilidade do pleito indenizatório, com a conseqüente reparação de dano causado pelo Estado em decorrência de sua inatividade legiferante, dividiu-se o presente trabalho em quatro partes, para efeito de embasamento teórico

Preliminarmente, será analisada a Responsabilidade Civil como vetor capaz de ensejar a obrigação de indenizar do Estado pelos danos causados resultantes da omissão, identificando seus pilares basilares, bem como conceito, natureza jurídica e uma breve evolução histórica.

Posteriormente, haverá um diagnóstico acerca da efetividade das normas constitucionais. Esse capítulo é de suma importância para embasar os argumentos e proposições que serão sustentados no decorrer do trabalho. Serão destacados posicionamentos doutrinários a fim de garantir-se uma melhor compreensão temática.

Já no capítulo seguinte, tratar-se-á da omissão legislativa inconstitucional propriamente dita. Conceito, suas formas e possibilidades, momento da caracterização da omissão, além de instrumentos que são capazes, em tese, de fazer cessar a inércia legislativa, com elucidações da doutrina, além de julgados dos tribunais, mormente, do Supremo Tribunal Federal.

No último capítulo será investigado o fenômeno da responsabilização estatal, que poderia ter sido alocado no capítulo concernente à Responsabilidade Civil, mas por questões didáticas optou-se em deixá-lo por último, pela facilidade de compreensão a partir dos referenciais teóricos contidos nos capítulos anteriores. Neste capítulo, será travada uma discussão da responsabilidade do Estado legislador, num primeiro momento, por sua conduta comissiva e, posteriormente, por sua conduta omissiva. Além disso serão refutados os principais fundamentos que podem inviabilizar o pleito indenizatório.

Finalmente, serão apresentadas as considerações finais com a síntese dos principais argumentos sustentados no trabalho, além de fundamentos viabilizadores do pleito indenizatório e o respectivo dever de indenizar, em função de uma conduta ilícita do Estado: a omissão legislativa inconstitucional.

2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito

Não há consenso entre os autores sobre o conceito de responsabilidade civil. A palavra "responsabilidade" tem origem no latim "*respondere*", que consiste na ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação.

Para José Aguiar Dias a responsabilidade exprime idéia de equivalência de contra-prestação, de correspondência. Nesse aspecto é possível fixar uma noção de responsabilidade no sentido de repercussão obrigacional da atividade do homem que por ser ilimitada, gera também inúmeras espécies de responsabilidade¹.

É certo que toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. José Aguiar Dias leciona que "a responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social". Mostra que a responsabilidade não é independente de qualquer premissa, mas "termo complementar de noção prévia mais profunda, qual seja a de dever, de obrigação".²

Conclui José Aguiar Dias que "a responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação". E continua afirmando que se age em conformidade com a norma, desnecessário indagar a responsabilidade daí decorrente, pois não resulta em sanção ou reposição de obrigação prévia, uma vez que a cumpriu. Importa falar em responsabilidade quando há violação da norma ou obrigação não observada.³

Pontes de Miranda ao aprofundar a conceituação do instituto, relaciona-o a um "aspecto da realidade social", evoluindo o raciocínio até a afirmação de que "a proibição de ofender, *neminem laedere*, é um dos princípios fundamentais da ordem social" e "o que se tem por ofensa não deve ficar sem satisfação, sem ressarcimento". Ainda registra alguns tipos concretos de responsabilidade, mas, a rigor, não responde claramente à indagação que ele mesmo formula de como se caracteriza a responsabilidade civil.⁴

Embora não se perceba uma definição unívoca, há de se verificar que a essência

¹ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.4

² Ibidem, p. 4-5.

³ Ibidem, p.5.

⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: Tomo 53. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966. p. 3.

da responsabilidade está baseada na obrigação de reparar o dano. Nessa linha de raciocínio afirma Serpa Lopes que a responsabilidade civil significa o dever de reparar o prejuízo.⁵

Já Cavalieri Filho em sinótica definição assegura que a "responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário". Significando que a responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação anterior.⁶

Sintetizando a conceituação desse instituto, Maria Helena Diniz afirma que:

Poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).⁷

Vale ainda registrar que para José Aguiar Dias, a responsabilidade civil é reflexo da própria evolução do direito demonstrando que "a reparação do dano é inspirada, antes de tudo, na preocupação de harmonia e equilíbrio que orienta o direito e lhe constitui o elemento animador".⁸ Nesse sentido o instituto da responsabilidade civil é essencialmente dinâmico, adaptando-se à evolução social, aos novos gêneros de atividade, visando, em qualquer época, restabelecer o equilíbrio jurídico alterado pela lesão, ou seja, restituir à vítima o seu *status quo ante*.

2.2 Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil

Como dito, a responsabilidade civil resulta da violação de um dever jurídico pretérito, isto é, o não cumprimento de uma obrigação preexistente, seja ela contratual ou não.

Nesse aspecto, imperioso diferenciar a *responsabilidade* da *obrigação*, sendo esta um dever jurídico originário e aquela um dever jurídico secundário, que decorre da violação do primeiro. Portanto, só haverá a responsabilidade caso haja uma obrigação; só será responsabilizado aquele que violar dever jurídico preexistente, seja ele estabelecido na lei, no contrato ou na própria ordem jurídica.

⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil*. v. 5, 5. ed. rev. pelo Prof. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. p. 160

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 7, Responsabilidade Civil, 20. ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei 10406, de 10.01.2002) e o Projeto de Lei n. 6960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 40.

⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 16.

Arnoldo Wald atribui à doutrina alemã essa importante distinção "entre *obrigação* (Schuld) e *responsabilidade* (Haftung), considerando que a violação da obrigação enseja a responsabilidade, ou seja, o dever de reparar o dano, para restabelecer a situação que existiria se o ato ilegítimo não tivesse sido praticado".⁹ Destarte, a responsabilidade será sempre uma obrigação secundária, sucessiva, uma vez que decorre de violação de direito de terceiro, denominada obrigação de indenizar, determinada em lei (art. 927 CC), com a finalidade de restituir a vítima à situação jurídica anterior (*statu quo ante*), ou situação equivalente.

Trata-se, portanto, de uma obrigação nova que não foi desejada pelo agente, mas de uma obrigação-sanção imposta pela lei como resultado pelo não cumprimento de um dever. A sanção é a consequência jurídica da prática de um ato ilícito, seja ele ilícito penal ou civil, já que constitui característica de ambos a existência de um fato contrário ao direito, a saber, a violação da norma jurídica. A diferença é que para o ilícito penal se aplica a espécie "pena", ou seja, coação pessoal, enquanto o ilícito civil acarreta coação patrimonial.

Diante do exposto, conclui-se que a natureza jurídica da responsabilidade civil é sancionadora, como afirma Aguiar Dias "quem age conforme ao direito, de maneira lícita, não é responsável, porque a responsabilidade é sanção da violação de uma regra de direito".¹⁰

2.3 Evolução histórica da responsabilidade do Estado

O problema da responsabilidade extracontratual do Estado guarda íntima conexão com a formação do Estado de Direito, pois este, na lição de J. J. Canotilho, constitui um instrumento de legalidade, não apenas no sentido de submissão dos atos governamentais ao Direito, mas especialmente porque a indenização pelos sacrifícios impostos aos particulares cumpre outra função ineliminável no Estado Democrático de Direito: a realização da justiça material.¹¹

Ante a insuficiência dos mecanismos de controle dos atos estatais e o crescente intervencionismo do Estado na esfera patrimonial dos particulares, tornou-se imperioso ampliar o campo de abrangência da responsabilidade civil, transformando-a num poderoso instrumento de defesa do cidadão.

⁹ WALD, Arnoldo. *Obrigações e Contratos*. 17. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, com a colaboração do Desembargador e Professor Semy Glanz. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 695.

¹⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 113.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*. Coimbra: Almedina, 1974. p. 14.

A responsabilidade do Estado encontra-se entre os casos de responsabilidade objetiva, na qual a responsabilização estatal se verifica independente de comprovação de culpa ou dolo, conforme previsto no art. 37, §6º, da Constituição Federal. Entretanto, nem sempre foi assim. Até a Constituição de 1946, a responsabilidade do Estado era subjetiva, ou seja, era necessária a comprovação de culpa ou dolo do agente para que houvesse a responsabilização estatal.

2.3.1 A irresponsabilidade do Estado

No Estado despótico e absolutista vigorou o princípio da irresponsabilidade. A ideia de uma responsabilidade pecuniária da Administração era considerada como um entrave perigoso à execução de seus serviços. Teoria traduzida por diversas expressões famosas como: "O rei não erra" (*The king can do no wrong*), "o Estado sou eu" (*L'État c'est moi*).

O único meio dos administrados reaverem seu prejuízo era com ação indenizatória contra o próprio funcionário causador do dano, mas jamais contra o Estado. Sustentava-se que o Estado e funcionário são sujeitos diferentes e, este último, mesmo agindo fora dos limites dos seus poderes ou abusando deles, não obrigava a Administração.¹² Ou seja, a responsabilidade só poderia recair sobre o funcionário, jamais sobre o Estado.

2.3.2 Concepção civilista

Diante da Revolução Francesa do final do século XVIII, o que implicou forte mudança política na Europa, surge a teoria civilista, que admitia a responsabilidade civil do Estado sob a égide do Direito Civil.

Em um primeiro momento, a teoria civilista, em reação ao que preceituava a teoria da irresponsabilidade civil do Estado, objetivou a distinção entre os atos da Administração Pública, em atos de império e atos de gestão, para fins de aferição de responsabilidade estatal.

Os atos de império "eram aqueles praticados com prerrogativas próprias da autoridade Estatal e impostos unilateralmente aos particulares, independentemente de sua aquiescência e regradados por um direito especial exorbitante do direito comum". Por outro lado, os atos de gestão "são aqueles praticados pelo Estado em condições de igualdade com o

¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 283.

homem comum, normalmente atos meramente burocráticos de gerenciamento e funcionamento de serviços públicos".¹³

Nessa perspectiva, os atos de império do Estado não se encaixariam no Direito Privado, logo, o Estado não seria responsabilizado por eventuais prejuízos causados por seus agentes. Por outro lado, os atos de gestão eram regidos pelo direito comum, o que implicaria a responsabilidade estatal quando, por culpa de algum dos seus agentes, fosse causado dano a terceiro.

Posteriormente, com o advento da Teoria da Culpa Civil, que equiparou o Estado ao particular, vislumbrou-se a responsabilidade subjetiva do Estado, ou seja, "[...] o Estado passou a ser responsabilizado pelos atos de seus agentes quando prejudiciais a terceiros em razão de imprudência, negligência ou imperícia do agente público".¹⁴

Observe-se que o Estado foi equiparado a pessoa jurídica de Direito Privado, devendo, portanto, ser demonstrada a culpa ou dolo para que, então, possa restar configurada sua responsabilidade perante os particulares, originando a expressão teoria da culpa civil ou responsabilidade subjetiva.

2.3.3 Teorias publicistas da responsabilidade civil do Estado

Com o reconhecimento na França de que o Direito Administrativo, ao contrário do que era pensado anteriormente, constitui ramo autônomo, uma vez que possui um conjunto de características e princípios próprios, foi concebida a noção de que a responsabilidade do Estado não poderia ser considerada nos moldes do Direito Civil, mas, sim, sob a perspectiva peculiar do Direito Público.¹⁵

a) Teoria da Culpa Administrativa ou Culpa Anônima

A teoria trouxe, como grande novidade, o fato de que o particular poderia buscar reparação do Estado sem, contudo, saber necessariamente qual o agente público específico teria sido o causador do dano. Nessa perspectiva, é possível a percepção de que, para obter o ressarcimento do prejuízo causado pelo Estado, o particular deveria comprovar que o dano

¹³ CAMPOS, Gabriel de Britto. *Curso de direito administrativo*. Brasília: Fortium, 2006. p. 616-617.

¹⁴ *Ibidem*, p. 617.

¹⁵ CAMPOS, Gabriel de Britto. *Curso de direito administrativo*. Brasília: Fortium, 2006. p. 618.

sofrido adveio do serviço que porventura não tenha funcionado, funcionado atrasado ou funcionado mal.¹⁶

b) Teoria do Risco Administrativo

Esta é a teoria adotada pelo Direito brasileiro. A Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Conseqüentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar o ônus da sua atividade, independente de culpa dos seus agentes.¹⁷

É também chamada de teoria da responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que "não sendo necessário demonstrar o dolo ou culpa do agente público, a responsabilidade do Estado é verificada objetivamente pela simples constatação do nexo de causalidade entre a ação do Estado e o dano sofrido pela vítima".¹⁸

c) Teoria do Risco Integral

A teoria do risco integral consistiria no fato de que "o Estado responde por todo e qualquer dano causado a qualquer vítima, bastando que seja comprovado o nexo causal e independe de culpa ou dolo da vítima".¹⁹

De acordo com Meirelles, a teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Para essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.²⁰

A partir dessas considerações iniciais sobre a responsabilidade civil, passa-se à análise dos demais temas que irão subsidiar o dever de indenizar do Estado, são elas: (i) a efetividade das normas constitucionais; (ii) a omissão legislativa inconstitucional; (iii) a responsabilização do Estado legislador.

¹⁶ Ibidem, p.618.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 287.

¹⁸ CAMPOS, op. cit., p. 620.

¹⁹ Ibidem, p. 620.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 632.

3 A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

É certo que a discussão acerca da omissão legislativa inconstitucional é tema de extrema complexidade que enseja inúmeros debates sobre suas consequências na jurisdição constitucional brasileira.

Desse modo, como o intuito da obra é analisar se a omissão legislativa inconstitucional implica uma responsabilização do Estado, é imprescindível trazer à tona relevantes referenciais teóricos que servirão de embasamento para a compreensão do tema, como: i) o sentido e a estrutura das Constituições; ii) o neoconstitucionalismo e a força normativa da Constituição; iii) a eficácia das normas constitucionais.

3.1 O sentido e a estrutura das Constituições

A Constituição de um país pode ser estudada sob diferentes prismas e múltiplas perspectivas.²¹ Como se sabe, a definição de Constituição é obtida de acordo com o olhar científico que o pesquisador faz incidir sobre o seu objeto de estudo. Não se pretende fixar um conceito completo e imutável de Constituição, mas apenas apresentar os sentidos norteadores que delimitam o tema.

Em um sentido sociológico, a Constituição não é meramente produto da razão do homem ou por ele deduzida logicamente a partir de certos princípios. Ao contrário, é resultado de algo que se encontra em relação viva e concreta com as forças sociais, restando ao constituinte, se muito, sistematizar e reunir esses dados concretos em um documento formal, que apenas teria sentido se correspondesse àquelas relações materiais que representam a verdadeira e efetiva constituição.²²

Segundo Lassalle, exímio representante do sociologismo constitucional, a Constituição de um país é, em essência, a soma dos *fatores reais do poder*²³ que regem nesse país. Os fatores reais do poder convertem-se em fatores jurídicos quando, observados certos procedimentos, são transportados para uma "folha de papel", recebem expressão escrita;

²¹ A sociologia, a ciência política, a filosofia, a economia e outras ciências podem estudar a Constituição a partir de seus conceitos específicos. No entanto, no presente trabalho, a Constituição será compreendida a partir de uma perspectiva jurídica.

²² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 381.

²³ Poder militar, representado pelas Forças Armadas; poder social, representado pelos latifúndios; poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital; poder intelectual, representado pelas consciência e cultura gerais. (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 9.)

então, a partir desse momento, já não são simples fatores reais do poder, mas transmutam-se em direito - instituições jurídicas.²⁴

Sendo assim, para Lassalle, existem dois tipos de Constituição: a real, determinada pelos fatores reais do poder; e a escrita, denominada "folha de papel" que só é boa e durável quando correspondente à constituição real. Caso contrário, torna-se inevitável o conflito, do qual o desfecho é o desrespeito e descumprimento da constituição escrita, e somente será resolvido se esta for alterada para adequar-se à constituição real, ou então, mediante a transformação dos fatores reais do poder.²⁵

Em sentido jurídico, que interessa ao jurista, "a constituição se apresenta essencialmente como *norma jurídica*, norma fundamental, ou lei fundamental de organização do Estado e da vida jurídica de um país".²⁶ O Positivismo Jurídico reconhece a influência de fatores sociais, econômicos e políticos na elaboração do sistema normativo, mas não se preocupa em analisar a Constituição à luz de outras ciências que não o próprio Direito.²⁷ Essa doutrina, que teve seu ápice com Hans Kelsen e sua *Teoria pura do direito*, busca expurgar a ciência jurídica de toda classe de juízo de valor moral ou político, social ou filosófico, concebendo o Direito apenas como direito positivo, um dever-ser, contrapondo-se, portanto, à concepção sociológica.

Para Kelsen, o ordenamento jurídico está estruturado sob a forma de sistema e se compõe da reunião ordenada de normas jurídicas, dispostas hierarquicamente e com implicações mútuas. Sendo assim, as normas em escala hierárquica inferior buscariam fundamento de validade nas normas imediatamente superiores, formando-se a denominada "pirâmide jurídica". E no cume desta "pirâmide jurídica" se encontra a Lei Fundamental, que disciplina a elaboração das demais normas jurídicas, determinando processos formais de elaboração além do conteúdo que devem revestir.²⁸

Se por um lado, a concepção sociológica se insculpe na realidade fática a ponto de a constituição escrita se adequar à constituição real sob pena de constante descumprimento dos preceitos constitucionais; por outro, o positivismo kelseniano se abstrai de todo e

²⁴ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 9.ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 20.

²⁵ Ibidem, p. 39.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 29.

²⁷ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 247.

qualquer lastro social, surgindo como categoria normativa abstrata capaz de solucionar todos os problemas do mundo real. Ambas escolas pecam pela unilateralidade.

A concepção estrutural parece solucionar esse entrave. Nas palavras de José Afonso da Silva:

A constituição há de ser considerada no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma na sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e sentido axiológico. Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam como num todo unitário. O sentido jurídico de constituição não se obterá se a considerarmos desgarrada da totalidade da vida individual, sem conexão com o conjunto da comunidade como interferência das condutas entre sujeitos e instituições sociais e políticas. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir da comunidade, formando os elementos constitucionais do grupo social que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: *a constituição*.

[...]

A constituição seria, pois, algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder. Não pode ser compreendida e interpretada se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como *conexão de sentido*, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores. Isso não impede que o estudioso dê preferência a dada perspectiva.²⁹

Desta forma a concepção estrutural consegue concentrar, em uma só perspectiva, os elementos políticos, econômicos, sociológicos e jurídicos da Constituição, como diferentes aspectos de um mesmo ser.

Há que se falar ainda em constituição em sentido material e sentido formal. Fala-se em Constituição material quando o critério definidor se atém ao conteúdo das normas examinadas. Assim, a Constituição será o conjunto de normas que estabelecem a competência dos principais órgãos do Estado, determinando como e por quem serão dirigidos; as normas que limitam a ação dos órgãos estatais em benefício do indivíduo, preservando seus direitos fundamentais.³⁰ Não só isso, mas a Constituição tem por alvo criar "bases para a convivência livre e digna de todas as pessoas, em um ambiente de respeito e consideração recíprocos. Isso reconfigura o Estado, somando-lhe às funções tradicionais as de agente intervencionista e de prestador de serviço".³¹ Segundo Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 35-36.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 55-56.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56.

O conceito material de Constituição, portanto, segue a inteligência sobre o papel essencial do Direito e do Estado na vida das relações em uma comunidade. A Constituição, como ordem jurídica fundamental da comunidade, abrange, hoje, na sua acepção substancial, as normas que organizam aspectos básicos da estrutura dos poderes públicos e do exercício do poder, normas que protegem as liberdades em face do poder público e normas que tracejam fórmulas de compromisso e de arranjos institucionais para a orientação das missões sociais do Estado, bem como para a coordenação de interesses multifários, característicos da sociedade plural.³²

Por Constituição em sentido formal, entende-se aquela que é escrita, solene que positiva as normas jurídicas do Estado por um processo constituinte específico. É aquela elaborada por um órgão dotado de poder suficiente, poder constituinte. Integra documento normativo construído pela razão e não pelo tempo. Assim, distingui-se da Constituição costumeira, lentamente elaborada, por força dos costumes, por ação imperceptível de um poder constituinte difuso, e cristalizada pela história.³³

O tema desta monografia considerará a Constituição em sua perspectiva formal. Ou seja, parte-se da premissa de que se a norma jurídica está na Constituição ela é constitucional não importando seu conteúdo nem os fatores sociológicos, econômicos e políticos que lhe eivaram de constitucionalidade, buscando responder à questão jurídica da atuação de suas normas e sua aplicabilidade.

3.2 O neoconstitucionalismo e a força normativa da Constituição

Uma das principais revoluções teóricas do constitucionalismo a partir de 88 tem por base a ideia de que a Constituição tem força normativa e, portanto, tem que ser efetivada. Em verdade, trata-se de uma superação de paradigma ultrapassado que reconhecia apenas sua posição formal.³⁴

A despeito das controvérsias, conforme observa Daniel Sarmento, acredita-se que a mudança de ineficácia para a eficácia se deu por conta do fortalecimento de uma teoria de bastante relevância para o Direito Constitucional e que tem ampla aceitação na doutrina brasileira: o chamado *neoconstitucionalismo*. Segundo Daniel Sarmento, o neoconstitucionalismo se desenvolveu a partir de três marcos: histórico, filosófico e teórico.³⁵

³² Ibidem, p. 57.

³³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 29.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.193.

³⁵ SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<https://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

O marco filosófico se revela por meio do pós-positivismo, de modo que o Direito não pode ser concebido desatrelado da política e da Moral. Dessa forma a discussão clássica sobre a descrição do Direito como ele é, e a prescrição de como ele deveria ser se atenua, já que os princípios e valores constitucionais são impregnados de forte conteúdo moral. Ou seja, as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, mas tornam-se muito mais porosas, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça e a cultura jurídica começa a aplicá-los.³⁶

Quanto ao marco histórico, verifica-se que o neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa Continental, por meio constitucionalismo do pós-guerra, sobretudo na Alemanha e Itália, em razão dos regimes totalitários adotados. Após o fim da 2ª Guerra Mundial, o constitucionalismo passou a ganhar espaço por conta das barbaridades cometidas sob o manto protetor do positivismo jurídico^{37 38}.

Já no marco teórico, segundo Barroso, três grandes transformações marcam a ascensão do neoconstitucionalismo: (i) o reconhecimento da força normativa da Constituição; (ii) a expansão da jurisdição constitucional; e (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.³⁹

Quanto à força normativa da Constituição, cabe destacar Konrad Hesse e sua obra *A força normativa da Constituição*. Com o intuito de contrapor-se às reflexões trazidas por Lassalle, Hesse tende a demonstrar que o resultado do embate entre os fatores reais de poder e a Constituição, não necessariamente, se verifica em desfavor desta. Hesse afirmava que:

Se as normas constitucionais nada mais expressam que relações fáticas altamente mutáveis nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-

³⁶ Ibidem.

³⁷ Sobre o tema, vale ressaltar que a Lei Fundamental da Alemanha, promulgada em 1949, não adotou qualquer cláusula especial para o estado de necessidade, em virtude da experiência colhida com o art. 48 da Constituição de Weimar, de 1919, segundo o qual "caso a segurança e a ordem públicas estejam seriamente ameaçadas ou perturbadas, o Presidente do Reich (Reichspräsident) pode tomar as medidas necessárias a seu restabelecimento, com auxílio, se necessário, de força armada. Para esse fim, pode ele suspender, parcial ou inteiramente, os direitos fundamentais (Grundrechte) fixados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154".

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.190-200.

³⁹ Ibidem, p. 193.

somente a miserável função - indigna de qualquer ciência- de justificar as relações de poder dominantes.⁴⁰

Hesse concorda que não há como abandonar o fator realidade no âmbito da Constituição, mas não o considera como argumento, como feito por Lassalle, para tornar a Constituição mero pedaço de papel. Nesse ponto, Hesse afirma que a Constituição não será apenas um pedaço de papel se estiver presente a vontade de Constituição. Ou seja, apesar da Constituição não realizar nada por si só, ela pode impor tarefas, e se transforma em força ativa: i) se essas tarefas forem efetivamente realizadas; ii) se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida; iii) se independente de qualquer juízo de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.⁴¹ Nas palavras do jurista alemão:

(...)

Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. (HESSE, 1991, p. 19-20)

Segundo Hesse, para que a Constituição desenvolva de forma ótima sua força normativa, há de se observar dois pressupostos: o conteúdo da Constituição e a práxis constitucional.⁴²

O conteúdo de uma Constituição deve lograr corresponder à natureza singular do presente, ou seja, quanto mais o conteúdo de uma Constituição for compatível com os anseios, os elementos econômicos, sociais e políticos dominantes, mais seguro será o desenvolvimento de sua força normativa. Além desses fatores, é necessário que a Constituição incorpore, principalmente, o estado espiritual do seu tempo (*geistige Situation*), o que assegurará, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. Já a práxis é o fator determinante para a força normativa da Constituição. Exige-se de todos os partícipes da vida constitucional partilhar da vontade da Constituição, por meio da práxis,

⁴⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 11.

⁴¹ *Ibidem*, p. 19.

⁴² *Ibidem*, p. 20.

sobretudo quando sua observação revelar-se incômoda.⁴³ Somente quando esses pressupostos não podem ser observados é que há a conversão das questões jurídicas (*Rechtsfragen*) em questões de poder (*Machtfragen*).⁴⁴

Sendo assim, Hesse constrói uma perspectiva coordenada entre a realidade (ser) e a Constituição (dever-ser) "ela (Constituição) significa mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. [...] A "Constituição real" e a "Constituição Jurídica" se condicionam mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra".⁴⁵

As constituições pós 45, passam de meras cartas políticas (pedaços de papel) e passam a ser o centro de todo o Direito moderno e pós-moderno (norma jurídica com eficácia). Isso ocorre principalmente por conta da atuação positiva do Estado na defesa de direitos fundamentais (Constituição Jurídica), estipulados em determinada sociedade por força do momento histórico, social, político e econômico em que vive e que definiu como fundamentais (Constituição real).

De fato, até meados do século XX, quando ainda estava em vigor o positivismo, as Constituições eram tidas como documentos importantes, no entanto, não eram dotadas de eficácia direta e, assim sendo, não podiam ser aplicadas de forma imediata aos casos concretos, nem geravam direitos subjetivos aos cidadãos. Apenas as leis editadas pelo parlamento gozavam de eficácia normativa.⁴⁶

As constituições contemporâneas não apenas conferem direitos subjetivos aos cidadãos, como também acrescem uma "mais valia" aos direitos fundamentais - coração das constituições - numa dimensão objetiva, e o caso *Lüth*⁴⁷, expressão dessa nova concepção,

⁴³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 21-22.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.193-194.

⁴⁷ "Tratava-se de discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta *Veit Harlan*, notório colaborador do regime nazista, organizado pelo Presidente do Clube da Imprensa de Hamburgo, *Erich Lüth*, em 1950. A produtora e a distribuidora do filme insurgiram-se contra o boicote e obtiveram decisão injuntiva da Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no art. 826 do Código Civil alemão, segundo o qual "quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano". Irresignado com o julgamento, *Lüth* interpôs queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para o Tribunal Constitucional. Este acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que cláusulas gerais do Direito Civil, como os "bons costumes", referidos no art. 826 do BGB, têm de ser interpretadas de acordo com a ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo". SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. Disponível em: <

julgado pela Corte Constitucional alemã em 1958, é considerado até hoje como a mais importante decisão daquele Tribunal do ponto de vista teórico. Na histórica decisão assentou o Tribunal: i) a Lei Fundamental não é um documento neutro; sua sessão de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, gozando de eficácia; ii) esse sistema de valores se centra na dignidade da pessoa humana, que incide sobre todas as esferas de Direito Público e Privado; iii) a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais calcadas na dignidade da pessoa humana serve de norte para todas as ações estatais, seja no âmbito administrativo, legislativo ou judicial.⁴⁸

Com isso, vê-se claramente uma mudança de posicionamento com relação à força normativa da Constituição, principalmente no que tange à garantia de direitos fundamentais. E esse novo constitucionalismo repercutiu em diversos países, inclusive no Brasil.

À frente de tais transformações, uma consequência é inevitável ante o neoconstitucionalismo: a expansão da jurisdição constitucional. De fato, ocorre uma ampliação da atuação Poder Judiciário, tendo em vista que diversas questões, agora, possuem vieses constitucionais. Não obstante, os valores sociais e políticos transformaram-se em questões jurídicas, assim como proposto por Hesse, propiciando maior interferência do Judiciário.⁴⁹

O ordenamento jurídico passa, então, a ser visto à luz da Constituição, a qual tem eficácia normativa por meio de seus princípios e regras e, assim sendo, a jurisdição constitucional brasileira, que já era ampla em virtude do modelo misto de controle de constitucionalidade adotado⁵⁰, fica ainda mais sobrecarregada, fomentando a judicialização das relações sociais e acarretando conflitos institucionais. Tal fato ainda é potencializado pelo caráter analítico e dirigente da Constituição, pelas inúmeras técnicas de exegese judicial, e

<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁴⁹ Tal fato se comprova pelas recentes decisões do STF sobre temas polêmicos, como por exemplo, a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, permissão de pesquisas com células-tronco embrionárias, possibilidade de união estável entre casais do mesmo sexo, dentre outros. (BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 240-244.)

⁵⁰ O Brasil adota modelo híbrido quanto ao controle de constitucionalidade. O modelo norte-americano difuso, no qual qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de lei no caso concreto e o modelo concentrado austríaco, no qual existe um Tribunal específico que guarda a Constituição. (BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. v. 1, nº 3 (2006). Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/3916>. Acesso em 22 mar. 2017.

pelos conceitos abertos, fazendo com que muitas questões polêmicas e moralmente complexas cheguem ao Judiciário.⁵¹

Por fim, cabe destacar a nova dogmática da interpretação constitucional. A essência do neoconstitucionalismo é traduzida pela prática da força normativa da Constituição. E, para isso, o intérprete há de atribuir o sentido que traga maior efetividade ao texto constitucional, buscando otimizar e maximizar a norma.⁵²

O princípio da máxima efetividade, ou interpretação efetiva, tem por objetivo conferir às normas constitucionais aplicabilidade direta e imediata, na extensão máxima de sua densidade normativa.⁵³ Segundo Luís Roberto Barroso:

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.

Destarte, a interpretação tem papel decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. Para Hesse "a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação".⁵⁴ Isso quer dizer que, uma mudança das relações fáticas pode ou deve provocar mudanças na interpretação da Constituição.

O neoconstitucionalismo, portanto, está diretamente ligado à força normativa da Constituição, que se dá pelo conteúdo, pela práxis e, principalmente, pela interpretação conferida à norma, buscando sempre sua maior efetividade. Efetividade esta que será abordada mais detalhadamente a seguir.

⁵¹ CHAVES, André Luiz Maluf. *A necessidade de prevalência da doutrina dos diálogos constitucionais na interpretação final da Constituição feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro de 2013. p. 09.

⁵² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 184.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 28-29.

⁵⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 23.

3.3 A eficácia das normas constitucionais

Como visto, a Constituição é um conjunto de normas fundamentais, condicionadas pela cultura total, e ao mesmo tempo condicionantes desta, emanadas da vontade existencial da unidade política, e reguladoras da existência, estrutura e fins do Estado e do modo de exercício do poder político.⁵⁵ De fato, o Direito não é uma construção exclusivamente racional, apática às relações de poder⁵⁶, e nem se limita à explicação de fenômenos sociais, mas, antes, possui um caráter normativo.

É fato que os valores sociais a serem protegidos e os fins a serem buscados são uma questão política e não jurídica. No entanto, "uma vez consumada decisão pelo órgão próprio, ela se exterioriza, se formaliza pela via do Direito, que irá então conformar a realidade social. Por este mecanismo, o poder transforma-se de político em jurídico".⁵⁷ A organização desse poder e o delineamento dos esquemas de conduta a serem observados são levados a efeito pelas *normas jurídicas*, que compõem, no seu conjunto, o que se denomina direito subjetivo.⁵⁸

Preliminarmente à abordagem da eficácia das normas constitucionais, é necessário trazer à tona o conceito de norma jurídica, bem como de sua característica essencial: a imperatividade.

De acordo com Norberto Bobbio, a norma jurídica é uma proposição prescritiva, com força imperativa, que objetiva direcionar, modificar ou impulsionar o comportamento humano em busca de uma finalidade qualquer.⁵⁹ Sendo assim, a norma constitucional - espécie da norma jurídica -, quer se destine à organizar o desempenho de alguma função estatal (normas de organização), quer tenha por finalidade disciplinar a conduta dos indivíduos (normas de comportamento), reveste-se de uma característica que é própria ao Direito: a imperatividade.⁶⁰

⁵⁵ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 77.

⁵⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 32.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 73.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 74.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2003. p. 78.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 74.

É certo que a imperatividade das normas jurídicas não goza de mesma intensidade. Com base nisso, a doutrina divide as normas jurídicas em: normas cogentes e normas dispositivas. As normas cogentes são preceptivas, quando obrigam a determinada conduta, ou proibitivas, quando a vedam. Tem por essência impor-se à vontade do destinatário, não há margem à vontade individual para convencionar distintamente. Já as normas dispositivas, deixam ao destinatário a liberdade de dispor de maneira distinta acerca da situação tipificada na norma, que somente se aplica ao caso de obscuridade ou omissão na manifestação de vontade dos interessados. Em qualquer caso, não há a ausência de imperatividade, apenas uma graduação de seu teor.⁶¹

Para José Afonso da Silva, as normas cogentes, ou seja, aquelas de observação obrigatória, que impõem uma ação ou uma abstenção e, portanto, subdividem-se em normas preceptivas e normas proibitivas. Assim explica o autor:

O caráter imperativo das normas jurídicas revela-se no determinar uma conduta positiva ou uma omissão, um *agir* ou um *não-agir*; daí distinguem-se as normas jurídicas em *preceptivas* - as que impõem uma conduta positiva - e em proibitivas - as que impõem uma omissão, uma conduta omissiva, um não-atuar, não-fazer.⁶²

As normas dispositivas por sua vez, são aquelas que completam outras ou ajudam a vontade das partes a atingir seus objetivos legais, porque da natureza imperativa do Direito não se segue que ele não leve em conta ou suprima sempre a vontade individual. São normas que possibilitam uma acomodação particular, e só serão aplicáveis na inexistência de acordo das partes. São também imperativas porque dadas certas condições ou hipóteses previstas, incidem obrigatoriamente.⁶³

Como de regra, as normas jurídicas têm um mandamento, uma ordem, com força jurídica e sua inobservância implica um ato de coação, de cumprimento obrigatório, a fim de garantir-lhe a imperatividade, contrapondo o posicionamento que vigorou ao longo de vários anos, no qual as disposições constitucionais eram desprovidas de sanção, sendo, portanto, mero ideário não jurídico.⁶⁴

⁶¹ Ibidem, p. 75.

⁶² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 67. Em relação às normas preceptivas, e.g., art. 5º, *caput*, art. 44, art. 164, todos da CF/88; quanto às proibitivas, e.g., art. 5º, III, XI, XII, XXXVII, art. 14, §2º, art. 17, §4º, art. 142, §3º, IV, todos da CF/88. É possível encontrar as duas categorias de norma no mesmo dispositivo, e.g., art. 5º, IV da CF/88.

⁶³ Ibidem, p. 70.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 76.

No Brasil, Ruy Barbosa foi precursor em divulgar a imperatividade das normas constitucionais:

Não há, numa Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício, os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo seu critério, os habilite a exercerem. A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos.⁶⁵

Cabe destacar que a imperatividade da norma constitucional deflui principalmente de sua posição privilegiada na hierarquia das normas. Com o neoconstitucionalismo e a interpretação da norma conforme a Constituição, tudo o que vai de encontro às normas constitucionais é passível de invalidade, sujeitando não apenas a conduta humana, mas o próprio Estado de Direito.

Como dito alhures, as normas que integram a constituição, apesar de todas serem dotadas de imperatividade, nem todas possuem a mesma densidade, ou seja, há normas com maior grau de imperatividade que outras, o que não invalida seu caráter vinculante e imperativo. Apenas se verifica uma maior ou menor grau de aplicabilidade das normas constitucionais.

3.3.1 A eficácia e a efetividade da norma constitucional

Antes de se adentrar na tipologia de normas constitucionais quanto à sua eficácia, vale destacar a diferença terminológica entre eficácia e efetividade. Isso porque, eficácia é um termo com dupla conotação que abarca tanto a qualidade da norma vigente em produzir os efeitos jurídicos por ela esperados, como a concreta observância e aplicabilidade por parte das pessoas a que se destina - efetividade.

Miguel Reale destaca a importância da eficácia ao dizer que "uma regra elaborada tecnicamente pelo órgão do Estado não é regra jurídica no sentido da palavra, quando não encontra correspondência no viver social nem se transforma em momento da vida de um povo".⁶⁶

À aptidão de produzir efeitos, capacidade de atingir objetivos previamente definidos como metas dá-se o nome de eficácia jurídica. José Horácio assim define "a eficácia

⁶⁵ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 488-489.

⁶⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 406.

jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita".⁶⁷

Como explicitado por Ruy Barbosa⁶⁸, não há na Constituição cláusulas caracterizadas puramente com valor moral de conselhos, avisos ou lições, ou seja, as normas constitucionais sempre gozam de alguma eficácia jurídica. Logo, a efetividade corresponde ao que se chama de eficácia social da norma constitucional. Nesse ponto vale destacar as ideias de Barroso:

A noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen - distinguindo-a do conceito de vigência da norma - retratou como sendo o "fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos".

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.⁶⁹

A diferença entre a eficácia e a efetividade se dá na medida em que, enquanto aquela corresponde à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica, esta se verifica no alcance dos objetivos da norma. José Afonso explica que "se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer".⁷⁰

Portanto, apesar de conexas - já que só efetiva a norma eficaz -, a eficácia jurídica e a eficácia social (efetividade) possuem sentidos diversos. É possível, então, que uma norma tenha eficácia jurídica mas não tenha eficácia social, ou seja, pode gerar efeitos jurídicos, como revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social.⁷¹ Nessa perspectiva, a efetividade como um princípio tem por finalidade robustecer a validade e a eficácia das cláusulas constitucionais, em última análise, robustecer a supremacia da Constituição.

Feitas essas considerações acerca da eficácia e efetividade, passa-se à análise da tipologia das normas constitucionais. Vale frisar que, como já dito, a norma constitucional é

⁶⁷ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 289.

⁶⁸ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 488-489.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 82-83.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 66.

⁷¹ *Ibidem*, p. 66.

dotada de imperatividade e de alguma eficácia jurídica. Logo, qualquer divisão das normas constitucionais quanto à sua eficácia são meramente para fins didáticos.

3.3.2 Tipologia das normas constitucionais

A despeito da classificação das normas constitucionais quanto à sua imperatividade (cogentes e dispositivas), a doutrina e a jurisprudência norte-americanas conceberam e elaboraram uma classificação das normas constitucionais, do ponto de vista da sua aplicabilidade, denominando-as em *self executing provisions* e *not self-executing provisions*⁷², que os autores brasileiros traduziram por normas autoaplicáveis e normas não autoaplicáveis.⁷³

As normas autoaplicáveis são aquelas que possuem aplicabilidade imediata, pois são revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam, enquanto as normas não autoaplicáveis são as de aplicabilidade dependente de leis ordinárias.⁷⁴

Ocorre que a simples divisão em normas autoaplicáveis e normas não autoaplicáveis não condizem com a realidade das coisas. Os novos conteúdos das constituições contemporâneas, voltadas para a efetivação de valores sociais, ainda que imprecisamente, implicaram numa reelaboração doutrinária da matéria.

De fato, a simples e pura classificação em normas autoaplicáveis e normas não autoaplicáveis sugere a existência de normas ineficazes e despidas de imperatividade. O próprio Ruy Barbosa, como anotado noutro lugar, observa que a Constituição não é composta por cláusulas a que se deva atribuir mero valor moral de conselhos, avisos e lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular dos seus órgãos.

Nesse ponto, elucida José Afonso da Silva:

Nem as normas ditas autoaplicáveis produzem por si mesmas todos os efeitos possíveis, pois são sempre passíveis de novos desenvolvimentos mediante legislação ordinária, nem as ditas não autoaplicáveis são de eficácia nula, pois produzem efeitos jurídicos e têm eficácia, ainda que relativa e reduzida.

⁷² COOLEY, Thomas M. *Treatise on the constitutional limitations which rest upon the Legislative power of the states of the American Union*. 6. ed. Boston: Little, Brown and Co., 1890. p. 98-101 *apud* SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 73.

⁷³ Sobre essas distinções: BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 488 e ss.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 74.

Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma *até onde possa, até onde seja suscetível de execução*. O problema situa-se, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais efeitos parciais e possíveis de cada uma.⁷⁵

Da mesma maneira que se pode afirmar que toda norma constitucional é dotada de alguma eficácia, é possível dizer que nenhuma é completa, bastante em si. Isso porque a norma é geral e abstrata tanto que necessita do intérprete para conferir-lhe a eficácia que se pretende, tornando-a concretamente aplicável aos casos concretos da vida social.

Sendo assim, a doutrina reclassificou as normas constitucionais para uma melhor compreensão da aplicação da norma. Cite-se:

a) *Luís Roberto Barroso*⁷⁶, que classifica as normas em: i) normas constitucionais de organização; ii) normas constitucionais definidoras de direitos; iii) normas constitucionais programáticas;

b) *Celso Antônio Bandeira de Mello*⁷⁷, que classifica em: i) normas concessivas de poderes jurídicos; ii) normas concessivas de direitos; iii) normas meramente indicatórias de uma finalidade a ser atingida;

c) *Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito*⁷⁸, que classificam as normas constitucionais em: (i) quanto ao modo de sua incidência: (i.1) - normas de integração; e (i.2) - normas de mera aplicação; e (ii) quanto à produção de efeitos: (ii.1) - normas de eficácia parcial; e (ii.2) - normas de eficácia plena.

Não obstante a contribuição dos renomados autores, a classificação de José Afonso da Silva parece a mais adequada uma vez que, o presente estudo tem por finalidade desvendar os problemas afetos à inconstitucionalidade por omissão, que está intimamente ligado à eficácia normativa e, por conseguinte, sua aplicabilidade, tema que foi melhor abordado pelo distinto jurista brasileiro.

Segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais dividem-se em: (i) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; (ii) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral;

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 66.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 75-76.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 90.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social*, apud, BARROSO, op. cit., p. 88-89.

⁷⁸ BRITO, Carlos Ayres; BASTOS, Celso Ribeiro. *Interpretação e aplicação das normas constitucionais*, apud, BARROSO, op. cit., p. 88.

(iii) normas de eficácia limitada ou reduzida, que se subdividem em: (iii.1) - normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; (iii.2) - normas declaratórias de princípio programático. Cada uma delas será melhor detalhada a seguir.⁷⁹

3.3.2.1 Normas constitucionais de eficácia plena

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas "que, desde a entrada em vigor da Constituição produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular".⁸⁰ Por meio de comando certo e definido, essas normas fixam condutas positivas ou negativas, que são imediatamente exigíveis, aproximando-se das *self executing provisions* previstas por Cooley, fixando-se, preponderantemente, entre as regras organizativas⁸¹ e limitativas⁸² dos poderes do Estado. Como são normas completas e bastantes em si, não dependem de norma integrativa ulterior para produzirem os efeitos a que se prestam.

As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, pois são dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua exequibilidade. São as normas autoaplicáveis, pois os beneficiários da norma são investidos em direitos subjetivos acionáveis imediatamente. Para seu efetivo exercício, são necessários apenas a existência de um aparato jurisdicional e dos órgãos de aplicação, pressupostos da existência do próprio Estado. Como sua aplicação não é condicionada a nenhum provimento legiferante, esse tipo de norma não suscita a problemática da omissão legislativa inconstitucional.

3.3.2.2 Normas constitucionais de eficácia contida

Assim como as normas de eficácia plena, as normas de eficácia contida gozam de eficácia plena e imediata, entretanto, aquelas possuem eficácia integral, enquanto estas podem ter sua eficácia contida, ou seja, limitada pela própria constituição ou pela lei.

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 86.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 101.

⁸¹ Cite-se, *e.g.*, art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 mar. 2017.)

⁸² Cite-se, *e.g.*, art. 145, §2º. As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 mar. 2017.)

De acordo com José Afonso da Silva, "são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados".⁸³

As normas de eficácia contida possuem certas peculiaridades: (i) são normas que, em regra, solicitam intervenção do legislador; (ii) em caso de omissão do legislador, a sua eficácia será plena, imediata e integral⁸⁴; (iii) são de aplicabilidade direta e imediata, já que conferidas de normatividade suficiente; (iv) algumas possuem conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública, etc.), como valor a ser preservado, o que implica a contenção de sua eficácia; (v) sua eficácia pode ser afastada por outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos fáticos (estado de sítio, por exemplo).⁸⁵

Cabe ainda observar, a correção terminológica empreendida por Michel Temer⁸⁶ que, de maneira acertada, adota a expressão normas constitucionais de eficácia *reduzível* ou *restringível* para designar aquelas normas que possuem aplicabilidade plena e imediata, mas podem ter seu alcance reduzido pelo legislador infraconstitucional ou pela própria Constituição.

Mais profunda ainda é a crítica do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao declarar que a distinção feita por Silva entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida, não separa duas espécies de normas quanto à eficácia, mas de duas subespécies de normas em que está presente a plenitude da eficácia. Rigorosamente, a lição de José Afonso da Silva levaria, dentro da lógica, a distinguir duas espécies de normas quanto à eficácia e à aplicabilidade: as normas plenamente eficazes e de aplicação desde a vigência e as normas de eficácia limitada e aplicabilidade reduzida. E a subdivisão das primeiras em: normas plenamente eficazes propriamente ditas (as que ao ver de José Afonso da Silva não poderiam ter seu alcance restringido pelo legislador) e as normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, mas restringível pelo legislador.⁸⁷

⁸³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 116.

⁸⁴ Cite-se, e.g., o art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Ora, até que o legislador ordinário se manifeste acerca das qualificações profissionais, o cidadão pode escolher essa ou aquela profissão independente de qualquer qualificação.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 104-105.

⁸⁶ TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 26.

⁸⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 140.

3.3.2.3 Normas constitucionais de eficácia limitada

As normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que não possuem aplicabilidade imediata, direta e integral. Ao contrário, são normas cuja aplicabilidade é indireta, mediata e reduzida, isso porque dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos visados pelo legislador constituinte, ou seja, sua eficácia somente se desenvolve mediante normatividade ulterior. Por esse motivo, se diz que tal espécie normativa não é autoaplicável, porquanto sua operatividade impescinde de uma integração normativa futura e incerta do legislador ordinário.

Ao contrário do que sustentava a doutrina norte-americana em relação às *not self-executing provisions*, que sugeriu a existência de normas ineficazes e imperativas⁸⁸, ainda que as normas de eficácia limitada careçam de atuação do legislador infraconstitucional, possuem eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, a ponto de ensejar Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção, abordados mais adiante, nos seguintes casos, como elucida José Afonso da Silva⁸⁹:

- I - estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- II - condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;
- III - informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
- IV - constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- V - condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;
- VI - criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem

As normas constitucionais de eficácia limitada subdividem-se em: (i) normas constitucionais de princípio institutivo; (ii) normas constitucionais de princípio programático. As normas constitucionais de princípio institutivo são aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.⁹⁰ Ou seja, tais normas têm conteúdo organizativo, definindo linhas básicas para instituição de órgãos e entidades, assim como suas respectivas atribuições e relações. Dividem-se ainda em: (i) normas constitucionais de princípio institutivo impositivas, que determinam ao legislador ordinário, em termos peremptórios, a emissão de legislação integrativa⁹¹; (ii) normas

⁸⁸ Vide item 2.3.2.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 164.

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 126.

⁹¹ Cite-se, *i.g.*, art. 32, §4º. Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar; art.90, §2º. A lei regulará a organização e o funcionamento do

constitucionais de princípio institutivo facultativas ou permissivas, que não impõem deveres ao legislador ordinário, limita-se em permitir que a situação nelas versada seja regulada.⁹²

Já as normas constitucionais de princípio programático são aquelas normas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins do Estado.⁹³ São aquelas normas traduzidas em princípios, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São normas que incorporam direitos socioeconômicos de prestação diferida para suprir carências sociais ou para retificar as desigualdades ainda que interfiram no domínio privado. Por mais que tais normas tenham por finalidade atingir fins sociais e, em última análise, parecem um direcionamento a ser tomado sem qualquer força normativa, sua eficácia se mostra presente, como ensina J. J. Canotilho:

O sentido dessas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas, é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. [...] Problema diferente é o de saber em que termos uma norma constitucional é susceptível de "*aplicação directa*" e em que medida é exequível por si mesmo.⁹⁴

Cabe destacar a observação feita pelo próprio Canotilho, segundo o qual, "pode e deve falar-se da "morte" das normas constitucionais programáticas",⁹⁵ em virtude de sua carga histórica de normas concebidas como desprovidas de normatividade jurídica. Mais correto falar-se em *normas-fim* (ligadas aos objetivos do Estado) e *normas-tarefa* (dever jurídico de ação para concretização dos fins) que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional.⁹⁶ Esclarece o autor:

Conselho da República. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.)

⁹² Cite-se, *i.g.*, art. 22, parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo; art. 195, §4º. A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.)

⁹³ SILVA, op. cit., p. 138.

⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1176-1177.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 1176.

⁹⁶ *Ibidem*.

A eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de norma careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; *é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes.*[...] significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam. (CANOTILHO, op. cit., p. 1177)

Apesar de as normas programáticas e institutivas serem espécies de um mesmo gênero, normas constitucionais de eficácia limitada, elas são distintas pelos seus fins e conteúdos. Enquanto aquelas são envolvidas em um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, por meio de ações positivas, visando o bem comum, pela democracia social; estas, têm conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, e de suas respectivas atribuições e relações. No entanto, sua similitude é que interessa no presente estudo: a imprescindibilidade de normatividade posterior.

Não obstante a classificação de José Afonso da Silva contemplar apenas essas duas espécies de normas (programáticas e institutivas), parece razoável a inclusão à categoria de normas de eficácia limitada, aquelas denominadas por Barroso como *Normas constitucionais definidoras de direitos*, precisamente as que contemplam interesses cuja realização depende de edição de norma infraconstitucional integradora.⁹⁷

De fato, há normas que necessitam de integração normativa ulterior que não se destinam nem à criação de órgãos, ou mesmo organizar ou regular as entidades, nem à criação de programas assistenciais e de políticas públicas, mas, antes disso, conferem direito subjetivo ao destinatário da norma, ficando a realização a cargo de regulamentação do legislativo.⁹⁸

A não regulamentação pelo legislador infraconstitucional que implica a omissão legislativa inconstitucional, tema que será abordado no próximo capítulo, e, uma vez configurada, discute-se a possibilidade da responsabilização do Estado pela inércia, inquietação que motivou o presente estudo.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 95-112.

⁹⁸ Cite-se, e.g., art. 7º, XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme *definido em lei*. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.) Observe-se que a própria Constituição confere o direito mas transfere sua regulamentação para o constituinte ordinário.

4 OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

Como se observou noutro tópico, as normas constitucionais de eficácia limitada são as que embasam o presente estudo uma vez que, sem a atuação do legislador infraconstitucional, não há a plena aplicabilidade⁹⁹ dos preceitos emanados da Constituição.

A Constituição é suscetível de descumprimento tanto por ação quanto por omissão, pois, como ensina Luís Roberto Barroso, vulnera-se "a imperatividade de uma norma de direito quer quando se faz aquilo que ela proíbe, quer quando se deixa de fazer o que ela determina".¹⁰⁰

A inércia legislativa em âmbito constitucional consiste na inatividade consciente da aplicação da Constituição, isto é, um mandamento constitucional deixa de ter a sua aplicabilidade plena, pela não atuação do poder público competente, o Poder Legislativo, por determinado lapso temporal suficiente que demonstre a sua intenção de não obedecer o comando constitucional.

É certo que nem toda inatividade do Poder Legislativo se caracteriza como uma omissão, tampouco uma omissão inconstitucional. Tal atribuição se verifica na inação qualificada como uma contradição a um comando constitucional que determina a integração da norma para que a Constituição se torne aplicável. Isto significa que só há "a omissão inconstitucional quando há o dever constitucional de ação. A inconstitucionalidade por omissão pressupõe a exigência constitucional de ação".¹⁰¹

A omissão inconstitucional caracteriza-se pela: a) pela falta ou insuficiência de medidas legislativas; b) pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo; c) pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza

⁹⁹ Apesar de o art. 103, §2º da Constituição falar em "medida para tornar *efetiva*", ao tratar da omissão legislativa inconstitucional, entende-se que o termo mais adequado seria *aplicável*. Isso porque o termo *efetividade*, de acordo com Barroso (2006, p. 82-83), "representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social", está mais ligado ao controle concreto de constitucionalidade e não seria ideal para os casos de controle abstrato de constitucionalidade. Já *aplicabilidade*, de acordo com Silva (2000, p. 60) trata da realizabilidade, praticidade da norma constitucional. Talvez, por isso mesmo o autor esclarece que a omissão inconstitucional se verifica "nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar *plenamente aplicáveis* normas constitucionais que postulam lei ou providência administrativa ulterior para que para que os direitos ou situações nelas previstas se efetivem na prática". (Silva, 2000, p. 166)

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 154.

¹⁰¹ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 78.

regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública.¹⁰² Frise-se que no âmbito desse estudo, das três espécies de inconstitucionalidade por omissão, somente importa a primeira, ou seja, no caso de falta ou insuficiência de medidas legislativas.

Segundo Flávia Piovesan as expressões "constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, a relação que se estabelece entre a Constituição e um comportamento, que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível".¹⁰³

Para Puccinelli Júnior:

É de observar, outrossim, que o vício de inconstitucionalidade implica um descompasso direto e imediato entre o comportamento ameaçador, de um lado, e a Constituição, de outro. Dentro deste conceito relacional, não há espaço para a chamada "inconstitucionalidade indireta ou mediata", em que a lesão impacta de forma direta sobre norma interposta entre o ato violador e a Constituição, refletindo apenas indiretamente sobre esta última. Tal achaque não passa de mera ilegalidade, inconfundível com a noção rigorosa e científica de inconstitucionalidade. Abonar o contrário equivaleria a elevar todas as questões de invalidez normativa ao *status* de questões inconstitucionais, o que não se concebe.¹⁰⁴

A omissão legislativa resulta de um silêncio do legislador na incumbência de emitir normas necessárias à efetividade da Constituição. Significa, pois, que o legislador não faz algo que positivamente lhe foi imposto pela Constituição. É dizer, a não exequibilidade da norma frustra o efetivo cumprimento da Constituição.

J. J. Canotilho diferencia a omissão legislativa inconstitucional decorrente da violação de preceitos constitucionais concretamente impositivos¹⁰⁵, da violação decorrente da não atuação de *normas-fim* ou *normas-tarefa*, abstratamente impositivas¹⁰⁶. Nesse sentido:

O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples 'não fazer', a um simples 'conceito de negação'. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexas-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional. As omissões legislativas inconstitucionais derivam desde logo do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam

¹⁰² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 394-396.

¹⁰³ PIOVESAN, op. cit., p. 76.

¹⁰⁴ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 125-126.

¹⁰⁵ Cite-se, e. g., estabelecimento e atualização do salário mínimo (art. 7º, IV -]; Organização da seguridade social (art. 194, parágrafo único); ações e serviços de saúde (art. 197);

¹⁰⁶ Cite-se, e. g., os objetivos fundamentais do Estado (art.3º); promover a justiça social com valorização do trabalho e da livre iniciativa (art. 170)

o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da Constituição. Consequentemente devemos separar omissões legislativas resultantes da violação de preceitos constitucionais concretamente impositivos, do não cumprimento da constituição derivado da actuação de normas-fim ou normas-tarefa, abstractamente impositivas. Há uma omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não adopta as medidas legislativas necessárias para dar execução aos preceitos constitucionais que, de forma permanente e concreta, impõem, por exemplo, o estabelecimento e a actualização do salário mínimo nacional [...]. Já tem contornos menos definidos o não cumprimento de normas-fins ou normas-tarefa que, de forma permanente mas abstracta, impõem a prossecução de certos objectivos [...]. O incumprimento dos fins e objectivos da constituição é também inconstitucional, mas a sua concretização depende essencialmente da luta política e dos instrumentos democráticos, ao passo que as omissões legislativas inconstitucionais, em sentido restrito, podem originar uma acção de inconstitucionalidade.¹⁰⁷

Assim, de acordo com J. J. Canotilho, devem-se distinguir as imposições abstratas das imposições concretas. A omissão há de se relacionar ao descumprimento de uma exigência concreta constitucional de ação. Nesta concepção, esclarece o professor, "a omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas, destinadas a actuar as imposições constitucionais permanentes e concretas".¹⁰⁸ Já as normas-fim e normas-tarefa não se incluem no conceito por não se encontrar definido "concretamente aquilo que o legislador deve fazer para, no caso de omissão, se poder falar em silêncio legislativo constitucional".¹⁰⁹

Ou seja, a violação se dá por ato omissivo do legislador, quando há um dever concreto de atuar, imposto pelas normas constitucionais. Sendo assim, o conceito de omissão remete a não fazer aquilo que de forma explícita e concreta se estava obrigado a fazer, ou seja, a omissão inconstitucional tem relação direta com a exigência concreta de ação estabelecida pelas normas constitucionais.

Entendimento reiterado por Jorge Miranda, o qual sustenta que a omissão legislativa apresenta os seguintes pressupostos: a) o não cumprimento da Constituição derive da violação certa e determinada da norma; b) se trate de norma constitucional não exequível por si mesma; c) nas circunstâncias concretas da prática legislativa, faltem as medidas legislativas necessárias para tornar exequível aquela norma.¹¹⁰

Sendo assim, para que a omissão legislativa se caracterize, a intervenção do legislador "há de advir não do dever geral de legislar, mas da específica e concreta

¹⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1033-1034.

¹⁰⁸ Idem. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 332-338.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 332.

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 518.

incumbência ou encargo constitucional. Surge uma verdadeira ordem de legislar de cunho específico cujo cumprimento está adstrito à emissão das normas correspondentes".¹¹¹

Mais abrangente, Clèmerson Merlin Clève entende que mesmo as normas-fim e normas-tarefa, normas que impõem abstratamente a prossecução de certos objetivos, são passíveis de caracterizar omissão inconstitucional. Relata o autor que, "qualquer imposição constitucional ou ordem de legislar"¹¹², abstrata ou concreta, desde que definida em norma certa e determinada, pode fundamentar, havendo inércia, omissão inconstitucional."¹¹³

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, o processo de mutação constitucional, que ocorre por meio de leis, decisões judiciais, costumes, alterando o significado, sentido ou alcance do texto constitucional, se difere da mutação inconstitucional, que persiste diante da inexistência ou ineficácia de um controle de constitucionalidade ou pela ideia de que a Constituição nasce para ser aplicada e qualquer obstáculo que inviabilize sua efetiva aplicação é incompatível com ela. Nesse sentido:

A inércia caracteriza-se pela não aplicação *intencional, provisória* mas *prolongada*, das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes das cumprimento e execução. Configura inegável processo de mudança constitucional; embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional.

Afeta, também, o sentido da Constituição.

Destinada esta à aplicação efetiva, qualquer obstáculo que se lhe anteponha desvirtua sua finalidade, resultando numa *inconstitucionalidade*, ainda que insindicável e temporária. Por outro lado, indiretamente, a inércia dá causa à ocorrência de outros processos de mutação constitucional. O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e sua efetiva aplicação, sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando se efetivar, dê à Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental.¹¹⁴

De fato, ao contrário da maioria dos processos de mutação constitucional (lei, jurisdição, costumes), que buscam adaptar a Constituição à realidade social, a mutação inconstitucional serve, na maioria das vezes, para evitar tal adaptação. Já que ficou a cabo do legislador ordinário promover essa adaptação, decorrente da vontade política, social,

¹¹¹ PIOVESAN, op. cit., p. 80.

¹¹² J. J. Canotilho distingue as ordens de legislar das imposições constitucionais, embora o não cumprimento de ambas caracterize uma omissão inconstitucional. As últimas configuram determinações permanentes (ex.: garantia de ensino básico universal, gratuito e obrigatório), e as ordens de legislar tratam de determinações únicas (ex.: criação de uma instituição, como a Corte Constitucional, imposição que se encerra com a publicação da lei de criação).

¹¹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 325.

¹¹⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 230-231.

econômica da sociedade e positivada na Constituição, e sua inércia traduz, em última análise, não só a descrença na Constituição como faz dela mero "pedaço de papel", tal qual previu Lassalle.

Somente é possível se falar em omissão legislativa inconstitucional quando a Constituição estatui normas de eficácia limitada, na classificação de José Afonso da Silva; ou normas constitucionais definidoras de direito cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora, nomenclatura adotada por Luís Roberto Barroso, cuja densidade não é suficiente para serem executáveis por si mesmas, relegando ao legislador ordinário a tarefa de lhes conferir eficácia.

Paulo Eduardo Garrido Modesto ensina que a omissão legislativa inconstitucional é configurada pela aglutinação de alguns elementos: "(a) uma inércia na atividade concretizadora, [...] (b) de certa e determinada norma constitucional, com reduzida eficácia de aplicação (exequibilidade), (c) consiste na violação de uma obrigação institucional geral ou especial, (d) constatada a partir de um "juízo" concreto sobre o transcurso do tempo".¹¹⁵

Sendo assim, a não edição de norma integradora de preceito constitucional pelo legislador ordinário, cuja inação contraria o dever institucional de legislar, num determinado espaço de tempo, configura a omissão legislativa inconstitucional. Não há que se falar, destarte, no princípio da livre conformação do legislador, segundo o qual, num juízo de conveniência e oportunidade, o órgão legiferante escolhe o melhor momento para se editar uma lei.

Isso porque, de acordo com a doutrina da máxima efetividade da Constituição¹¹⁶, essa liberdade de conformação converte-se num dever de atuar garantindo a força normativa da Constituição. Ou seja, a inatividade legislativa torna-se passível de controle jurisdicional, difuso ou concentrado como se verá mais adiante, sempre que frustrar o propósito constituinte. Nesse sentido, ensina Luís Roberto Barroso:

Normalmente, o legislador tem a *faculdade* — e não o dever — de legislar. Insere-se no âmbito próprio de sua discricionariedade a decisão acerca da edição ou não de uma norma jurídica. De regra, sua inércia não caracterizará um comportamento inconstitucional. Todavia, nos casos em que a Lei maior impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará um caso de

¹¹⁵ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão, categoria jurídica e ação constitucional específica. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 99, p. 121, jul./set. 1991.

¹¹⁶ Vide item 2.2.

inconstitucionalidade por omissão.¹¹⁷

É certo que o tempo é fator de fundamental importância para a configuração da omissão legislativa inconstitucional e por isso será tratado em tópico específico, mas antes importante esclarecer os tipos de "vazio normativo" presentes na Constituição. Há aqueles decorrentes do firme propósito do constituinte em excluir determinada matéria do regramento constitucional, há também os que são passíveis dos processos usuais de integração (analogia, costumes e princípios gerais de direito) e aqueles que necessitam de atuação legislativa, conforme se verá a seguir.

4.1 As lacunas no Direito Constitucional

Fala-se em lacuna constitucional quando o intérprete se depara com uma situação não regulada pela Constituição, mas que seria de se esperar que o constituinte sobre ela dispusesse ou, mais inquietante, quando um fato real se encaixar perfeitamente no que impõe uma norma, e sua incidência, no entanto, provoca resultados inaceitáveis.¹¹⁸

Nas palavras de Jorge Miranda, a lacuna pode ser definida como "situação constitucionalmente relevante não prevista".¹¹⁹

Já para Puccinelli Júnior, o vocábulo "lacuna" expressa uma falha no sistema jurídico verificável sempre que uma situação fática não estiver disciplinada pelo Direito.¹²⁰

As lacunas podem desejadas e não indesejadas pelo constituinte como também podem ser ofensivas ou não ofensivas, como explica Clèmerson Merlin Clève:

Aceite-se que na obra do Constituinte certamente pode-se encontrar: (i) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional, desejadas pelo constituinte (normas de eficácia limitada) e que, sendo, em princípio, colmatáveis, exclusivamente pelo legislador, implicam um dever de legislar; (ii) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, embora desejadas pelo constituinte, não podem sofrer processo de integração nem por obra do Legislador (é o que a doutrina entende por "silêncio eloquente"); e, por fim, (iii) lacunas ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, não desejadas, podem sofrer processo de integração por meio dos mecanismos convencionais de colmatação conhecidos pela doutrina (no Brasil: art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Pois bem, apenas o primeiro tipo de lacuna é capaz de dar lugar, caso não cumprido pelo Legislador o dever

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 158.

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 88.

¹¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 457.

¹²⁰ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 127.

constitucional de legislar, à inconstitucionalidade por omissão.¹²¹

Costuma-se designar "silêncio eloquente" ou "lacuna desejável" a hipótese de "omissão deliberada que, expressando um posicionamento jurídico do constituinte, não pode ser preenchida pelos métodos tradicionais de integração. Neste caso, o "vazio normativo" [...] reflete o firme propósito de excluir certa matéria do regramento constitucional".¹²² Sendo assim, "o intérprete pode se convencer de que a hipótese concreta examinada não foi inserida pelo constituinte no âmbito de certa regulação, porque o constituinte não quis atribuir ao caso a mesma consequência às hipóteses similares de que tratou explicitamente".¹²³

A omissão da regulação, portanto, é resultado do objetivo consciente do constituinte em excluir o tema das formas de integração, seja por edição de lei ordinária seja pelas técnicas de usuais de colmatação (analogia, costumes e princípios gerais de direito). O art. 102, I, *a*, da Constituição federal, é um exemplo cabal do silêncio eloquente adotado pelo constituinte qual seja: deliberada ausência de previsão constitucional impede que leis e atos normativos municipais sejam objeto de controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.¹²⁴

Já quando a lacuna resultar de imprevisão, ou seja, por um lapso material do legislador, a norma constitucional abarca determinadas hipóteses e deixa outras de fora que têm as mesmas razões e motivos para constar em seu texto. Não se verifica, nesse caso, a intenção de excluir da incidência da norma a categoria de fatos apreciados. Ao contrário, os fatos têm relevância constitucional mas não foram abrangidos por uma "lacuna de formulação", conforme denominadas por Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco¹²⁵, as lacunas ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, não desejadas, podem sofrer processo de integração.

Nesses casos, o juiz deverá superar a lacuna com o auxílio de técnicas usuais de integração (recurso à analogia, costumes e princípios gerais de direito).¹²⁶ Como exemplo, veja-se que até a Emenda Constitucional nº 45/2004, o Governador do Distrito Federal não se

¹²¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 53.

¹²² PUCCINELLI JÚNIOR, op. cit., p. 129.

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 88.

¹²⁴ STF, DJ, 20 out. 1995, ADI 1.268, Ag. Rg., rel. Min. Carlos Velloso; STF, DJ, 24 nov. 2006, ADI 2.610, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 89.

¹²⁶ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 128-129.

encontrava no rol dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (art.103 da CF), constava apenas Governador de Estado. A omissão foi levada à Suprema Corte que, no caso, entendeu que não havia motivo para tratamento diferenciado, tratava-se apenas de uma lacuna de formulação, um lapso material e que, por analogia, o Governador do Distrito Federal é legitimado para propositura de ação direta de inconstitucionalidade.¹²⁷

Por sua vez, as lacunas não ofensivas à Constituição, desejadas pelo constituinte, também chamadas de "lacunas técnicas"¹²⁸ ou "lacunas de legislação", implicam um dever de legislar capaz de dar lugar à inconstitucionalidade por omissão, se presentes os elementos caracterizadores da omissão legislativa inconstitucional já apresentados.¹²⁹ Apresentam-se diante de normas de eficácia limitada, que reclamam regulamentação legislativa para surtir plenos efeitos e alcançar todas as situações desejadas pelo constituinte, já que não são dotadas de densidade suficiente para se tornarem autoexequíveis. Na lacuna técnica, a integração normativa visa apenas conferir aplicabilidade à norma carecedora de eficácia.¹³⁰ Essas são as lacunas constitucionais que interessam ao presente estudo.

Há ainda autores que tratam de uma espécie de "lacuna axiológica", que se configura quando o intérprete da norma inclui, suprime ou modifica situações que, semanticamente, se incluiriam no texto da norma. Explicam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

O intérprete sustenta, a partir de uma pauta valorativa por ele pressuposta, que faltou ao constituinte esclarecer que a situação semanticamente englobada na hipótese de fato de uma norma deve ser considerada como por ela não disciplinada, para, desse modo, não se dar efeito a uma solução injusta ou inadequada ao sistema. Na lacuna axiológica, há uma solução normativa formal para o problema, mas o intérprete a tem como insatisfatória, porque percebe que a norma não tomou em conta uma característica do caso que tem perante si, a qual, se levada em consideração, conduziria a outro desfecho. O intérprete entende conveniente que se inclua, suprima ou modifique algum dos elementos que a hipótese de fato da norma indicou como relevantes. [...] O aplicador restringe, muitas vezes, o alcance da norma, em nome da

¹²⁷ STF, DJ, 21 fev. 1992, ADI MC 645, rel. Min. Ilmar Galvão

¹²⁸ Estas lacunas são denominadas por lacunas técnicas por parte da doutrina: "Paul Foriers também apresenta uma classificação de lacunas em técnicas e práticas. A *técnica* ou *intra legem* seria a ausência pura e simples de uma regulamentação, e a *prática* consistiria na presença de uma norma considerada pelo juiz, no estado atual de nossas concepções e costume, como inadequada. Kelsen também salienta que a doutrina tem mostrado a existência de um tipo de lacuna que ele classifica de técnica. Esse tipo apresenta-se quando o legislador se omitir de ditar norma indispensável para a aplicação da lei, sendo que tal lacuna pode ser preenchida pelo mecanismo normativista da interpretação". (DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 92).

¹²⁹ Vide item 3.

¹³⁰ PUCCINELLI JÚNIOR, op. cit., p. 129-134.

finalidade que lhe seria própria ou que seria aquela do sistema em que inserida.¹³¹

Encontra-se na jurisprudência¹³² do Supremo Tribunal Federal um exemplo de lacuna axiológica em torno do art. 102, I, *f*, da Constituição Federal¹³³. Apesar da norma constitucional dispor expressamente que é competência originária do Supremo Tribunal Federal processar e julgar as causas e conflitos entre o Distrito Federal e a União, a interpretação do STF foi teleológica, ou seja, a interpretação que vislumbra o fim da norma, o valor, ou o bem jurídico visado pelo ordenamento.

Como o artigo em tela tem o sentido de investir a Corte no papel de pacificadora de conflitos, não basta que sejam essas partes e que haja um conflito para exarar a competência originária, mais que isso, tem que haver um conflito potencialmente capaz de desestabilizar o equilíbrio federativo. O constituinte, portanto, não teria previsto que certos atritos entre os entes previstos no dispositivo não ameaçam o pacto federativo.¹³⁴

Para fins de caracterização da omissão legislativa inconstitucional, ter-se-á em mente as "lacunas técnicas", aquelas anunciadas por Clèmerson Merlin Clève, como lacunas não ofensivas à Constituição, que são desejadas pelo constituinte, e devem ser preenchidas pelo legislador ordinário, ou seja, é imprescindível a atuação legislativa infraconstitucional para conferir à norma de eficácia limitada, a aplicabilidade que dela é estimada.

Como dito, o tempo é fator crucial para que a omissão legislativa inconstitucional se verifique. Há casos em que a própria Constituição prevê o tempo para que a norma infraconstitucional seja editada, o que facilita a identificação da omissão, já que, ultrapassado o prazo estipulado pelo constituinte, e o legislador continua inerte configura-se a omissão legislativa inconstitucional. Mas há casos em que a Constituição não estipula um tempo

¹³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 90.

¹³² STF, DJ, 16 set. 2005, ACO-QO 555. EMENTA: Supremo Tribunal Federal: competência originária (CF, art. 102, I, *f*): ação proposta por uma unidade federada, o Distrito Federal, contra a União, caso em que, à fixação da competência originária do Tribunal, sempre bastou a qualidade das pessoas estatais envolvidas, entidades políticas componentes da Federação, não obstante a estatura menor da questão: precedentes. *Questão de Ordem na Ação Civil Originária - ACO/555QO*. Plenário. Autor: Distrito Federal. Ré: União. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 04 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=179&dataPublicacaoDj=16/09/2005&incidente=3734028&codCapitulo=5&numMateria=28&codMateria=1>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

¹³³ "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] f) as causas e conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta." (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017.)

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 90-91.

determinado para que o legislador edite norma integradora o que, ao tempo da promulgação da Constituição, dificultava o termo *ad quem* para a atividade legislativa, o que não se concebe com quase trinta anos de Constituição.

4.2 Momento da caracterização da omissão legislativa

Para que a omissão legislativa se caracterize, faz-se necessário estipular o limite temporal que defina o momento em que a omissão se tornou inconstitucional. De fato, se não houvesse limite temporal para expedir os atos necessários à efetivação das normas constitucionais, os órgãos legiferantes gozariam de inteira liberdade no desempenho desta tarefa integrativa, o que, em última análise, redundaria na própria ineficácia da Constituição.¹³⁵

Sobre o tema explica Clèmerson Merlin Clève:

As lacunas técnicas ou de legislação podem consistir em "situações jurídicas imperfeitas" (omissões constitucionais e omissões constitucionais em trânsito para a inconstitucionalidade); todavia, no caso de inércia mantida por um período não razoável, ultrapassada a linha perimétrica-limite, deslocam-se para o território conceitual da "omissão inconstitucional", com as consequências jurídicas que esse lugar é capaz de impulsionar. É preciso ver, então, que a omissão inconstitucional configura um *plus* em relação às situações jurídicas imperfeitas. A inconstitucionalidade por omissão conta com um elemento adicional para a sua caracterização: o *tempo*. A inconstitucionalidade por omissão pressupõe, para ser declarada, um juízo sobre o transcurso do tempo.[...]

Parece certo, entretanto, que, com o passar dos anos, e mantida a inércia dos poderes públicos, as imperfeições técnicas (situações jurídicas imperfeitas) tendem a deslocar-se, em bloco, para o território da inconstitucionalidade por omissão. [...] haverá um momento em que todas as "situações jurídicas imperfeitas" terão dado lugar a omissões inconstitucionais.¹³⁶

Para Jorge Miranda, a inconstitucionalidade por omissão verifica-se sempre que, quando a norma regulamentadora de certa relação ou situação mandar que se pratique 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.¹³⁷ Sendo assim, não obstante a difícil conceituação, o não fazer em tempo útil pode caracterizar a inconstitucionalidade por omissão. Sobre o tema, discorreu o professor:

[...] O juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei: nenhuma omissão pode ser descrita em abstracto,

¹³⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004. p. 369.

¹³⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 326-327.

¹³⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 272.

mas somente em concreto, balizada entre certos factos. A ausência ou a insuficiência da norma legal não pode ser separada do seu tempo histórico, assinalado pela necessidade de produção legislativa e cuja duração, maior ou menor, ou será pré-fixada - muito raramente - pela própria Constituição ou dependente da natureza das coisas (ou seja, da natureza da norma constitucional não exequível por si mesma confrontada com as situações da vida, inclusive a situação que, à sua margem, esteja, por acção, o legislador ordinário a criar).

Assim, o órgão de fiscalização, sem se substituir ao órgão legislativo, tem de medir e interpretar o tempo decorrido, esse tempo que fora dado ao órgão legislativo (competente) para emitir a lei; e terá de concluir pela omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal, tendo em conta as circunstâncias ou situações em que se colocou ou foi colocado. Pois o significado último da inconstitucionalidade por omissão consiste no afastamento, por omissão, por parte do legislador ordinário, dos critérios e valores da norma constitucional não exequível; e esse afastamento só pode ser reconhecido no tempo concreto em que um e outro se movam.¹³⁸

O tempo útil, portanto, é analisado sob duas perspectivas: (i) quando há fixação do prazo pela própria Constituição para que as medidas normativas sejam adotadas; e nesses casos têm-se por tempo útil o prazo constitucional; e (ii) o prazo não foi estipulado pela Constituição e, assim sendo, o prazo útil será avaliado pelo judiciário no caso concreto, com base na razoabilidade conformada pelos dados fáticos, axiológicos e normativos que delimitam o horizonte jurídico.

No primeiro caso, ou seja, quando a Constituição delimita um prazo para que a medida normativa seja concretizada, tem-se como exemplo o art. 37, X da Constituição Federal¹³⁹, que assegura a revisão geral anual dos subsídios dos servidores públicos. Se a revisão geral é anual, o direito concedido necessita de norma regulamentadora ano após ano.

Vale destacar outros exemplos previstos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: a) art. 12¹⁴⁰, no qual está previsto prazo de 90 dias para criação da Comissão de Estudos Territoriais; b) art. 20¹⁴¹, que estabelece prazo de 180 dias para revisão dos direitos

¹³⁸ Idem. Disponível em: <http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Sessao20Anos_textos.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2016.

¹³⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o §4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.)

¹⁴⁰ Art. 12. Será criada, dentro de noventa dias da promulgação da Constituição, a Comissão de Estudos Territoriais, com dez membros indicados pelo Congresso Nacional e cinco pelo Poder Executivo, com a finalidade de apresentar estudos sobre o território nacional e anteprojetos relativos a novas unidades territoriais, notadamente na Amazônia Legal e em áreas pendentes de solução. (BRASIL. Constituição (1988). Ibidem.)

¹⁴¹ Art. 20. Dentro de cento e oitenta dias, proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição. (BRASIL. Constituição (1988). Ibidem.)

dos servidores públicos, para ajustá-los à Constituição; c) art. 48¹⁴², que estabelece o prazo de 120 dias para que Congresso Nacional elabore o código de defesa do consumidor; d) art. 50¹⁴³, no qual estabelece que a lei agrícola será promulgada no prazo de um ano.

Nesses casos, não resta dúvida de que, uma vez extrapolado o prazo previsto pelo próprio constituinte, configura-se a omissão inconstitucional. Como afirma Flávia Piovesan, "[...] ultrapassado o prazo constitucional, sem a adoção das providências exigidas, a inércia, o silêncio e a omissão do órgão competente passam a configurar a inconstitucionalidade".¹⁴⁴

Já nos casos em que a Constituição não estabelece prazo para a atuação positiva do legislador infraconstitucional, como visto nas palavras de Jorge Miranda, há de se medir e ponderar o decurso do tempo. Haverá um juízo de razoabilidade, como afirma Flávia Piovesan, baseando-se nas lições de Recaséns Siches, teórico da "lógica do razoável":

[...] a razoabilidade está limitada, condicionada e influenciada pela realidade concreta do mundo no qual opera o Direito; está circunscrita, condicionada e influenciada pela realidade do mundo social, histórico e particular, no qual e para o qual são produzidas as regras jurídicas; está, ainda, impregnada por valorações, critérios axiológicos, que devem levar em conta todas as possibilidades e todas as limitações reais.¹⁴⁵

Na mesma linha acrescenta Puccinelli Júnior:

É dizer: inexistindo uma convicção apriorística em torno do conceito de "prazo razoável", caberá ao intérprete precisar-lhe o alcance à vista dos valores constitucionais afetados e do âmbito de incidência da norma ineficaz. Assim, é lícito concluir que a maior relevância da matéria constitucional minimiza a extensão do lapso concedido ao legislador. Por outro lado, nada obsta que se tome de empréstimo outros dispositivos constitucionais para fixar o marco a partir do qual se considera extrapolado o prazo de regulamentação. Ilustrativamente, na ausência de outros empecilhos técnicos ou materiais, julgamos factível tomar de empréstimo o prazo de conclusão dos projetos de iniciativa presidencial em trâmite sob regime de urgência (CF, art. 64, §2º), fixando em noventa dias, ou intervalo próximo a isto, o período que se considera razoável para regulamentar uma norma constitucional carecedora de lei reservada à iniciativa exclusiva do Presidente da República. De igual modo, se a norma constitucional exigir dispêndios na implementação de programas socioeconômicos, certamente os agentes públicos, quando instados a dar consecução a tais metas, haverão de invocar motivos de conveniência e oportunidade administrativa, além da escassez de recursos, a fim de maximizar o

¹⁴² Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor. (BRASIL. Constituição (1988). *Ibidem.*)

¹⁴³ Art. 50. Lei agrícola a ser promulgada no prazo de um ano disporá, nos termos da Constituição, sobre os objetivos e instrumentos de política agrícola, prioridades, planejamento de safras, comercialização, abastecimento interno, mercado externo e instituição de crédito fundiário. (BRASIL. Constituição (1988). *Ibidem.*)

¹⁴⁴ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 82.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 82.

prazo de integração normativa.¹⁴⁶

Nesses casos, o juiz decidirá diante de cada caso, o prazo razoável, desde que observada a razoabilidade, e levando-se em conta a viabilidade da atuação do Poder Público e a efetividade das normas constitucionais. Como não é possível delimitar um prazo razoável, há de se esperar que não seja tão curto que inviabilize a atuação do legislativo, mas que também não seja tão elástico a ponto de validar a omissão continuada, principalmente quando se tratar de normas assecuratórias de direitos e de garantias fundamentais cuja aplicação é imediata, nos termos do art. 5º, § 1º da Constituição Federal.¹⁴⁷

Cabe ressaltar que a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, apesar do legislador não se ter quedado inerte, uma vez que houve a propositura de um projeto de lei, a mora em deliberar sobre a matéria pode ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, ser declarada a inconstitucionalidade da omissão. Nesses casos, o julgador terá que avaliar *in casu* se o período para deliberação da matéria foi razoável.¹⁴⁸

É certo que não se mostra claro o momento da caracterização da omissão legislativa inconstitucional nos casos em que Constituição não previu expressamente o prazo a ser observado pelo legislador ordinário, relegando aos operadores do direito uma definição subjetiva de "prazo razoável". A despeito da contribuição doutrinária, não parece razoável que o texto constitucional se esvazie de sua força normativa submetendo-se a um critério tão pernicioso.

Portanto, alinhando-se à ideia de Clèmerson Clève, segundo a qual, à medida que

¹⁴⁶ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

¹⁴⁷ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: [...]

§1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.)

¹⁴⁸ Nesse sentido a ADI 3.682, julgada em 09 de maio de 2007, Relator Min. Gilmar Mendes, ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso contra o Congresso Nacional em razão da mora na elaboração da lei complementar federal a que se refere o art. 18, §4º, da Constituição Federal, na redação da Emenda Complementar nº 15/96 - "A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal [...]" Nesse caso o Supremo Tribunal Federal entendeu, de forma unânime, que apesar de haver projetos de lei em trâmite, configurou-se a omissão legislativa inconstitucional passados 10 anos da Emenda Constitucional nº 15/96, sem que houvesse deliberação da questão. Note-se que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) mesmo sendo caso de cabimento de ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), isso porque a fungibilidade é uma característica presente entre essas ações.

o tempo passa, as imperfeições técnicas (situações jurídicas imperfeitas) — as omissões constitucionais e as omissões constitucionais em trânsito para a inconstitucionalidade —, tendem a transmutar-se em omissões inconstitucionais; a ponto de, em certo momento, todas as omissões constitucionais darem lugar a omissões inconstitucionais parece ser mais adequado e cabível, considerando-se que a Constituição completará três décadas de vigência.

4.3 Omissão total e omissão parcial

Para a caracterização da omissão inconstitucional se faz necessário avaliar se a omissão é total (absoluta) ou parcial (relativa). A omissão é absoluta quando o Legislativo não adota a providência reclamada pela Constituição. Ao passo que, existindo um ato normativo que atenda parcialmente a vontade constitucional, a omissão é parcial.¹⁴⁹

Nas palavras de Jorge Miranda:

É total a inconstitucionalidade por omissão que consiste na falta absoluta de medidas legislativas ou outras que dêem cumprimento a uma norma constitucional ou a um dever prescrito por norma constitucional e parcial aquela que consiste na falta de cumprimento do comando constitucional quanto a alguns dos seus aspectos ou dos seus destinatários.¹⁵⁰

Para Luís Roberto Barroso:

A omissão inconstitucional total ou absoluta estará configurada quando o legislador, tendo o dever jurídico de atuar, abstenha-se inteiramente de fazê-lo, deixando um vazio normativo na matéria. Nesta situação, abrem-se, em tese, três possibilidades de atuação judicial no âmbito da jurisdição constitucional: a) reconhecer autoaplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente; b) apenas declarar a existência da omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la; c) não sendo a norma autoaplicável, criar para o caso concreto a regra faltante.¹⁵¹

Na primeira hipótese, em que é reconhecida a autoaplicabilidade da norma, se a norma constitucional possui densidade suficiente para ser aplicada diretamente ao caso, a solução se torna menos complexa, já que é desnecessária a criação de ato normativo.¹⁵² Cite-se, como exemplo, o art. 8º, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁵³, em

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1203.

¹⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 339.

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ Art. 8.º É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo n. 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-lei n. 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em

que é prevista reparação econômica para os cidadãos afetados por atos discricionários do Ministério da Aeronáutica, na forma da lei, que deveria entrar em vigor em doze meses, a contar da promulgação da Constituição. Decorrido o prazo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora do Legislativo e deu prazo de sessenta dias para a conclusão do processo legislativo, possibilitando ao impetrante o ajuizamento de ação ordinária para recebimento da verba indenizatória.¹⁵⁴

Na segunda possibilidade, na qual o órgão judicial apenas declara a omissão inconstitucional e constitui em mora o legislador, ocorre normalmente quando a norma não é autoaplicável, sendo necessário um comando integrador. Nesses casos, a prática mais comum dos tribunais é simplesmente declarar a inconstitucionalidade da omissão, constituindo em mora o órgão responsável pela frustração do cumprimento da norma constitucional.¹⁵⁵ Tal prática é amplamente adotada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que será analisada mais adiante.¹⁵⁶

Por fim, a terceira possibilidade, em que se dá ao caso concreto a regra faltante, apesar de ser a menos comum, é a mais eficiente na tutela dos direitos subjetivos. Como não há lei regulamentadora, a norma constitucional não é autoaplicável e o direito brasileiro proíbe o *non liquet*¹⁵⁷, a lacuna, no caso concreto, será suprida conforme disposto no art.4º do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)¹⁵⁸, ou seja, por meio da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. Essas técnicas de integração estão presentes em sede de controle difuso de constitucionalidade, como é o caso de mando de

serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos. [...]

§3.º Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas ao Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de 12 meses a contar da promulgação da Constituição. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.)

¹⁵⁴ STF, RDA 185/204, 1991, MI 283-5, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

¹⁵⁵ BARROSO, op. cit., p. 58.

¹⁵⁶ De fato, conforme disposto no art. 103, §2º da Constituição Federal, o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é dar ciência ao poder competente para adoção de medidas necessárias. (Barroso, 2012. p. 58).

¹⁵⁷ O juiz não pode abster-se de julgar, ainda que saiba como decidir a lide.

¹⁵⁸ Art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL. Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 12 de nov. 2016.

injunção, que será analisado em breve.¹⁵⁹

Já a omissão parcial se verifica, "(2) quando as leis de cumprimento das imposições favorecem certos grupos, esquecendo outros; (3) quando os actos de legiferação, que se propõem realizar certas imposições constitucionais, excluem alguns cidadãos, total ou parcialmente, de forma expressa, das vantagens reconhecidas nas leis de execução".¹⁶⁰

Trata-se, pois, da violação ao princípio da isonomia, sempre que um ato normativo implique um tratamento mais ou menos favorável prestado a certas pessoas ou categoria de pessoas, mas não a todas aquelas que, estando em situação idêntica ou semelhante, deveriam ser, de igual modo, contempladas pela lei.

J. J. Gomes Canotilho esclarece que se, por deliberada intenção legislativa, a concretização incompleta resultar em privilégio a certa categoria de pessoas em detrimento de outras, há de ser reconhecida, *in casu*, a inconstitucionalidade por ação. No entanto, se o tratamento diferenciado decorrer de uma apreciação equivocada das situações de fato, inexistindo o propósito arbitrário e deliberado de beneficiar pessoas, grupos ou situações, há de se configurar a inconstitucionalidade por omissão.¹⁶¹ Explica J. J. Canotilho:

Nestes casos, onde o problema da concretização do princípio da igualdade é o ponto essencial da questão, a censurabilidade do comportamento do legislador tanto pode residir no acto positivo — exclusão arbitrária de certos grupos das vantagens legais — como no procedimento omissivo — emanação de uma lei que contempla positivamente um grupo de cidadãos, esquecendo outros.¹⁶²

Nesse sentido, Flávia Piovesan observa que, configurada a inconstitucionalidade por omissão, há o seguinte dilema perante os Tribunais: ou declaram a inconstitucionalidade da norma que contenha omissão e suspende sua aplicabilidade, sob o argumento de violação ao princípio da igualdade. Ou, se for o caso de uma omissão parcial, se declare a inconstitucionalidade da norma, com ampliação do alcance normativo aos que não foram atingidos, com a finalidade de que o princípio da igualdade seja observado.¹⁶³

Assim destaca Moreira Alves:

¹⁵⁹ Cite-se, e. g., o MI 670/ES, no qual foi aplicado, por analogia, as regras do direito de greve do setor privado ao setor público, por falta de norma regulamentadora.

¹⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 333-334.

¹⁶¹ Idem. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1036.

¹⁶² Idem. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 334.

¹⁶³ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 84.

[...] assim, por exemplo, uma lei que confira vantagem a uma parcela do funcionalismo público e não outorgue à outra, que deveria ter tratamento igual. Nesse caso, se a omissão parcial dessa lei é impugnada por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal a julgará procedente, uma vez que a lei que a concedeu não é desconstituída. Já pelo controle difuso ou pelo controle direto em abstrato, se essa mesma lei for impugnada como inconstitucional por quebra do princípio da isonomia, a solução será diversa: há a declaração de sua inconstitucionalidade, e, portanto, a sua não aplicação ao caso concreto ou a sua declaração de nulidade na ação direta julgada pelo Supremo Tribunal Federal, pois nessas duas espécies de controle a omissão inconstitucional conduz necessariamente a esses resultados negativos.¹⁶⁴

Segundo Luís Roberto Barroso¹⁶⁵, a omissão parcial se verifica em duas espécies:

(i) a omissão relativa; e (ii) a omissão propriamente dita. Diz-se relativa, quando a lei exclui do seu âmbito de incidência alguma categoria que deveria ter sido abrigada, privando-a de um benefício, violando o princípio da isonomia. E nesse caso, são três as alternativas possíveis, como explica o professor:

Também aqui há três linhas possíveis de atuação judicial: a) a declaração da inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desigualdade; b) a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias; c) a extensão do benefício à categoria dele excluída.

A primeira solução, embora encontre amparo na ordem constitucional, traria o inconveniente de universalizar a situação desvantajosa, em lugar de beneficiar os excluídos.[...] A segunda possibilidade já foi acolhida no Brasil, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, mas sem fixação de prazo para o legislador.¹⁶⁶ A terceira enfrenta dificuldades relativamente a princípios como separação de Poderes, legalidade, orçamento e reserva do possível. A posição tradicional da jurisprudência no Brasil é a rejeição de pleitos dessa natureza com base na Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal¹⁶⁷, que, todavia abriu uma controvertida exceção a sua própria jurisprudência.¹⁶⁸

Já a omissão parcial propriamente dita, o legislador não atua afetando a isonomia, mas atua de forma insuficiente ou deficiente relativamente à obrigação que lhe fora imposta.¹⁶⁹ O exemplo típico é a fixação do salário mínimo que, sabidamente, não atende às

¹⁶⁴ ALVES, José Carlos Moreira. " A evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil". In: *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 14.

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

¹⁶⁶ STF, DJU, 20 maio 1994, RTJ, 146:424, ADIn 529-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

¹⁶⁷ Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 13 nov. 2016.

¹⁶⁸ STF, DJU, 14 ago.1998. Ag Rg em AI 211.422- PI, rel. Min. Maurício Corrêa. Neste caso, em sede de controle concreto por via de recurso em mandado de segurança (RMS 22.307-DF), o Plenário reconheceu a inconstitucionalidade por omissão parcial e estendeu aos servidores públicos civis o reajuste que havia sido dado apenas aos militares, em violação do art. 37, X. (BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59-60).

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60.

necessidades básicas dispostas no art. 7º, IV, da Constituição.¹⁷⁰

Nessas hipóteses, a única solução da qual se pode valer a atuação judicial é a declaração de inconstitucionalidade parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias, conforme previsto no art. 103, §2º, da Constituição.¹⁷¹ Isso porque, não se trata de violação ao princípio da isonomia, de modo que não há que se falar em extensão do benefício à categoria excluída. E a declaração de inconstitucionalidade da lei traria situação ainda mais gravosa, já que, nessa hipótese, a lei anterior voltaria a vigor com o valor ainda mais baixo. Essa tem sido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.¹⁷²

4.4 Medidas processuais contra a inércia legislativa

A Constituição é resultado de uma vontade social e constituidora do Estado, de modo que deve ser efetivamente cumprida. A não atuação do legislador infraconstitucional ou sua atuação incompleta resulta na própria ineficácia da Constituição e, conseqüentemente, sua inefetividade, contrariando, em última análise, a vontade da sociedade.

Apesar das "lacunas técnicas" ou "lacunas de legislação" serem propositais pelo constituinte — já que não pretendeu submeter o tema ao regramento constitucional —, delegando a regulamentação ao legislador infraconstitucional, não podem ser opostas aos direitos, princípios e valores concedidos pela norma constitucional. É dizer: a força normativa da Constituição não pode ser mitigada pela inércia do Legislativo.

Diante de tais lacunas, somadas ao movimento europeu de adoção de técnicas de interpretação e integração que resultam em decisões voltadas à pronta efetivação das normas constitucionais, a Constituição Federal de 1988 inovou ao contemplar dois institutos, cujos fundamentos são precipuamente extinguir a inércia legislativa, passando de uma inação para

¹⁷⁰ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.)

¹⁷¹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade: [...] §2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.)

¹⁷² STF, ADV, 46/96, nº 76.099, p. 694, ADI 1.458-7, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

uma ação garantidora da eficácia da norma constitucional, conforme se quis pelo constituinte. São eles: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, previstos no art. 103, §2º e art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, respectivamente.¹⁷³

4.4.1 Da ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Importante ter em mente que o Brasil, como dito noutra lugar, adota um sistema misto de controle de constitucionalidade, ou seja, o modelo *difuso* norte-americano e o modelo *concentrado* austríaco.¹⁷⁴

O modelo concentrado é aquele em que o controle de constitucionalidade se dá por um único órgão. No Brasil, ele é exercido pelo Supremo Tribunal Federal quando o paradigma for a Constituição Federal¹⁷⁵, ou pelos Tribunais de Justiça, quando o paradigma for a Constituição do respectivo Estado. Focar-se-á, neste estudo, na omissão inconstitucional frente à Constituição Federal.

Para o enfrentamento direto da omissão inconstitucional, a Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, buscando abreviar a ineficácia das normas constitucionais carentes de regulamentação, conforme previsto no art. 103, §2º: "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".¹⁷⁶

O controle constitucional por via direta, ou principal, como é o caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é um exercício atípico da jurisdição, já que não se trata

¹⁷³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: [...]

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. [...]

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade: [...] §2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.)

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69-70.

¹⁷⁵ O controle é exercido por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Ação Declaratória de Constitucionalidade.

¹⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 1º abr. 2017.

de um litígio num caso concreto, mas antes, a busca de um pronunciamento sobre a própria Constituição, por isso se diz controle abstrato de constitucionalidade, por não haver um caso concreto, é um processo objetivo, sem partes, salvo num sentido formal, como explica Clèmerson Merlin Clève:

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade não é, propriamente, a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido ou na iminência de sê-lo (o que pode ocorrer, não obstante, de modo indireto ou reflexo). A ação direta de inconstitucionalidade presta-se, antes para a defesa da Constituição. A coerência da ordem constitucional e não a tutela de situações subjetivas consubstancia a finalidade primeira (mas não exclusiva) da apontada ação. Por isso consiste em instrumento de fiscalização abstrata de normas, inaugurando "processo objetivo" de defesa da Constituição.

Cuida-se de processo objetivo, na ação direta de inconstitucionalidade não há lide nem partes (salvo num sentido formal), posto incurrerem interesses concretos em jogo.¹⁷⁷

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem um sentido amplo, cabendo a fiscalização tanto na expedição de atos normativos primários (em geral, as leis), quanto nos atos normativos secundários, como regulamentos ou instruções, de competência do Executivo, ou até mesmo, eventualmente, de atos próprios do Judiciário.¹⁷⁸ Cabe ressaltar que nos casos de inércia de órgão administrativo, a decisão terá efeito mandamental, cabendo a ele adotar as medidas em trinta dias, conforme prevê o texto constitucional, sob pena de responsabilização.¹⁷⁹

Em caso de revogação da norma constitucional carecedora de regulamentação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ser firmou no sentido de haver perda do objeto da ação.¹⁸⁰ Esse entendimento também prevalecia quando o Executivo encaminhava projeto, referente à lei integradora, ao Congresso Nacional¹⁸¹, mas essa orientação foi alterada quando a tramitação do projeto na Casa Legislativa se arrasta por tempo irrazoável, tornando-se

¹⁷⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 142-144.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 286-287.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 286.

¹⁸⁰ STF, DJU, 4 dez. 1998, p. 10, QO no ADI 1.836-SP, rel. Min. Moreira Alves: "Esta corte já firmou o entendimento, em face da atual Constituição, de que, quando há revogação do ato normativo atacado como inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade, esta fica prejudicada por perda do seu objeto. Essa orientação, por identidade de razão, se aplica tanto à ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida destinada a tornar efetiva norma constitucional, sendo que, neste último caso, isso ocorrerá quando a norma revogada for a que necessitava de regulamentação para sua efetividade".

¹⁸¹ STF, DJU, 1º fev. 1990, p. 275, ADI 130-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence: "Há a prejudicialidade do pedido de inconstitucionalidade por omissão quando o Executivo já houver encaminhado ao Congresso o projeto de lei sobre a matéria em análise, como se decidiu em relação ao art. 29, §2º, do ADCT".

possível a caracterização da omissão inconstitucional.¹⁸²

Cabe ressaltar ainda que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade por ação e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos casos de omissão parcial, afinal a produção de uma lei parcialmente omissa não deixa de ser uma ação incompatível com a Constituição, cabendo à Corte selecionar a técnica de decisão mais adequada à hipótese.¹⁸³

A única menção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão na Constituição é a que consta no art. 103, §2º, que não disciplina o procedimento da ação. A Lei nº 12.063/09 acrescentou o capítulo II-A à Lei nº 9.868/99, que trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O capítulo acrescentado trata justamente da disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Segundo o novo art. 12-A da Lei nº 9.868/99, os legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão são os mesmos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. São eles: Presidente da República, Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Como visto, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não persegue interesse subjetivo ou direito concreto, mas se limita a impulsionar o processo de elaboração

¹⁸² STF, DJU, 6 set. 2007, p. 37, ADI 3.682-MT, rel. Min. Gilmar Mendes: "Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, §4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão".

¹⁸³ STF, DJe, 30 abr. 2010, ADI 875-DF, rel. Min. Gilmar Mendes: "Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e omissão. Fundo de Participação dos Estados — FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar n. 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n. 62/1989, assegurada sua aplicação até 31 de dezembro de 2012".

de normas abstratas e gerais, reforçando a aplicabilidade dos preceitos constitucionais e, por isso, o rol de legitimados é bem limitado.

Apesar da Constituição não tratar de forma distinta a omissão total e a omissão parcial, cada uma delas constitui uma categoria diferente de infringência ao texto constitucional com resultados divergentes, conforme se observa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Na omissão total, cabe ao Supremo Tribunal Federal estabelecer a mora e dar ciência ao Poder competente para adoção as medidas necessárias ou, no caso de órgão administrativo, dará ordem para que o faça em trinta dias, nos termos do art. 103, §2º, da Constituição.

Não obstante haver decisões esparsas do Supremo Tribunal Federal que estipulam prazo para a atuação do Congresso Nacional¹⁸⁴, ressalvando, contudo, que o prazo constitui um parâmetro razoável para o suprimento da omissão, sem estipular sanção para eventual descumprimento, a maioria se resume a constituição em mora do legislador e ciência ao Poder competente, por ser o que estabelece o art. 103, §2º, da Constituição e o novo art. 12-H, da Lei nº 9.868/99.¹⁸⁵

Com a literalidade da Constituição e da Lei, acrescidas à resistência do Supremo Tribunal Federal em ampliar o sentido, sob o fundamento de que não pode tornar-se legislador positivo¹⁸⁶, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem se tornado um instrumento jurídico de baixa eficácia e, conseqüentemente, de uso limitado. A mera ciência ao Poder competente, dá à ação direta de inconstitucionalidade por omissão efeito essencialmente

¹⁸⁴ STF, DJU, 6 set. 2007, p. 37, ADI 3.682-MT, rel. Min. Gilmar Mendes, na qual o STF deu um prazo de 18 meses para o Congresso Nacional para edição de Lei Complementar regulamentadora art. 18 §4º; STF, DJe, 30 abr. 2010, ADI 875-DF, rel. Min. Gilmar Mendes, em que o STF declarou a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 62/1989, que trata do FPE, ma garantiu sua aplicabilidade até 31 de dezembro de 2012. Em outras palavras, o STF deu prazo de dois anos para que o Congresso Nacional regulamentasse a matéria.

¹⁸⁵ Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 1º abr. 2017.

¹⁸⁶ STF, DJU, 20 set. 1996, ADIMC 1.458-DF, rel. Min. Celso de Mello: "A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao STF, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao STF, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, §2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do próprio órgão legislativo inadimplente"; DJU, 19 maio 1995, ADIMC 267-DF, rel. Min. Celso de Mello: "O reconhecimento dessa possibilidade implicaria transformar o STF, no plano do controle concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que ele próprio se tem recusado a exercer".

moral ou político, mas insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional.¹⁸⁷

Já nos casos de omissão parcial, partindo-se da premissa de que a atuação judicial possui três alternativas: (i) declarar a inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação; (ii) declarar a inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com a ciência ao órgão legislador para tomar as medidas necessárias; ou (iii) estender o benefício à categoria excluída¹⁸⁸; a solução parece ser mais complexa.

Isso porque, se a opção for declarar inconstitucional a lei que criou a desequiparação, tem-se uma situação pior que a anterior e a prestação jurisdicional vai de encontro ao intuito da tutela. Tem-se como exemplo, o salário mínimo previsto no art. 7º, IV, da Constituição, que é fixado por lei.

É certo que o salário mínimo vigente não atende às necessidades básicas previstas na Constituição como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, constituindo, portanto, uma omissão parcial propriamente dita¹⁸⁹, que é aquela em que o legislador atua de maneira insuficiente ou deficiente em relação à obrigação que lhe cabia. No entanto, declarada a inconstitucionalidade da lei, a situação gerada seria mais grave do que se fosse mantida a norma no sistema jurídico, pois restabeleceria o valor estabelecido pela lei anterior, evidentemente inferior.¹⁹⁰

Situação semelhante ocorre em caso de omissão parcial relativa, aquela em que a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nela deveria estar abrigada, privando-a de um benefício, em violação ao princípio da isonomia.¹⁹¹ O tema já foi debatido algumas vezes no Supremo Tribunal Federal, em questão envolvendo reajuste dos servidores públicos, quando há discriminação arbitrária entre categorias de servidores ou diferenciação entre civis e militares.¹⁹²

Nesse caso, declarada a inconstitucionalidade da lei que beneficia uma determinada categoria em detrimento de outra, que deveria ter sido abrangida, a *decisum* restabelece a isonomia, já que a norma causadora da desigualdade é retirada do mundo

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 296.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 59.

¹⁸⁹ BARROSO, op. cit., p. 298.

¹⁹⁰ STF, DJU, 20 set. 1996, ADIMC 1.458-DF, rel. Min. Celso de Mello (v. *supra*)

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

¹⁹² *Ibidem*, p. 300.

jurídico. No entanto, a isonomia restabelecida, em vez de melhorar a situação dos excluídos, com a extensão do benefício, prejudicou aqueles que foram inicialmente beneficiados, já que a lei beneficiadora não mais existe.¹⁹³

Por outro lado, caso se adotasse a segunda opção de atuação judicial, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial com a ciência ao órgão legislador para tomar as medidas necessárias, a injustiça persistira até que a inércia legislativa cessasse. O que tampouco solucionaria o caso.

Por fim, cogita-se a terceira hipótese, em que a extensão do benefício atinja a categoria dele excluída. Apesar de ser a solução que efetivamente solucionaria a controvérsia, costuma ser afastada, principalmente quando há geração de despesa.¹⁹⁴ No entanto, há um precedente no Supremo Tribunal Federal que concedeu, afastando-se de sua jurisprudência tradicional, aos servidores públicos civis um reajuste que havia sido concedido apenas aos militares. Apesar de decisão ter sido proferida em sede de mandado de segurança, trata-se claramente de uma omissão parcial inconstitucional.¹⁹⁵

Embora seja a medida que de fato soluciona o impasse jurídico, ela não é corriqueira no Supremo Tribunal Federal. É de se alvitrar, portanto, que a Corte Suprema estipule um prazo, como o início de exercício financeiro seguinte, para que haja a inclusão da categoria injustamente excluída. Assim, estaria se buscando uma conciliação entre os princípios da máxima efetividade da constituição e isonomia, de um lado, e os princípios da

¹⁹³ STF, DJU, 5 mar. 1993, ADIMC 526-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence: "Se, entretanto, admitida a plausibilidade da arguição assim dirigida ao art. 1º da MP 296/91, se entende ser o caso de inconstitucionalidade por ação e se defere a suspensão do dispositivo questionado, o provimento cautelar apenas prejudicaria o reajuste necessário dos vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem nenhum benefício para os excluídos do seu alcance. Se, ao contrário, se divisa, no caso, inconstitucionalidade por omissão parcial, jamais se poderia admitir a extensão cautelar do benefício dos excluídos, efeito que nem a declaração definitiva da lei poderá gerar (CF, art. 103, §2º).

¹⁹⁴ STF, RTJ, 146/424, ADI 539-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence; STF, DJU, 20 maio 1994, RMS 21.662-DF, rel. Min. Celso de Mello: "A extensão jurisdicional em favor dos servidores preteridos do benefício pecuniário que lhes foi indevidamente negado pelo legislador encontra obstáculo no princípio da separação dos poderes. A disciplina jurídica da remuneração devida aos agentes públicos em geral está sujeita ao princípio da reserva legal absoluta".

¹⁹⁵ STF, DJU, 13 jun. 1997, RMS 22.307, rel. Min. Marco Aurélio: "Sob pena de caminhar-se para verdadeiro paradoxo, fulminando-se princípio tão caro às sociedades que se dizem democráticas, como é o da isonomia, não vejo como adotar óptica diversa em relação ao pessoal civil do Executivo Federal, já que o militar foi contemplado. As premissas assentadas por esta Corte quando da deliberação administrativa continuam de pé e mostram-se adequadas ao caso vertente. Houve revisão geral de vencimentos, deixando-se de fora os servidores civis. Apanhada esta deficiência em face da autoaplicabilidade do preceito constitucional, Legislativo, Judiciário e Ministério Público determinaram a inclusão do reajuste nas folhas de pagamento, tendo como data-base janeiro de 1993. Nisso, deram fidedigna observância ao preceito constitucional que prevê a revisão a ser feita na mesma data sem distinção entre civis e militares. Assim, ato omissivo exsurge contrário à ordem jurídico-constitucional em vigor, valendo notar que de duas uma: ou o Judiciário, Legislativo e Ministério Público agiram em homenagem à Carta da República, e então procede a irrisignação das recorrentes, ou a vulneraram. Excluo essa última conclusão pelas razões acima lançadas".

reserva legal e separação de Poderes, de outro, embora esses elementos não sejam capazes, por si sós, de afastar a normatividade constitucional, como se verá no capítulo seguinte.

4.4.2 Do mandado de injunção

Outro instrumento para combater a omissão legislativa inconstitucional é o mandado de injunção, o qual é exercido no controle difuso de constitucionalidade. Para esse remédio processual, a Constituição inspirou-se no modelo norte-americano, no qual qualquer juiz ou tribunal pode exercer o controle de constitucionalidade, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma e, por conseguinte, não aplicá-la ao caso concreto¹⁹⁶.

Trata-se aqui, diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de processo subjetivo, onde a questão constitucional será abordada por via incidental, ou seja, secundária, prejudicial, mas necessária à resolução do mérito. É, portanto, um exercício típico da jurisdição já que há um litígio, num caso concreto com partes, não só formalmente, conflitantes. Por esse motivo também é chamado de controle concreto de constitucionalidade.

A previsão constitucional está no art. 5º, LXXI: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".¹⁹⁷

Há discussão acerca o objeto do mandado de injunção, se se trata da possibilidade de suprimimento da norma faltante pela via judicial ou da estimulação à produção da norma pelo órgão competente.¹⁹⁸ É certo que a estimulação de produção normativa é mais compatível com ação direta de inconstitucionalidade por omissão — e, assim mesmo, com finalidade de mera ciência ao Poder competente —, sendo insipiente a criação de dois institutos com a mesma finalidade.

Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal percorreu um longo caminho até a mudança de entendimento, passando por várias etapas: (i) reconhecer a mora do

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69.

¹⁹⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 1º abr. 2017

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 164.

legislador e determinar que o legislador adotasse as medidas requeridas¹⁹⁹; (ii) estipulação de prazo para que a providência fosse tomada, sob pena de condenação da União em perdas e danos²⁰⁰; (iii) após o decurso do prazo estabelecido, sem a edição da norma regulamentadora, o requerente passa a gozar do direito tutelado²⁰¹; (iv) solução do caso concreto com base nas técnicas de integração²⁰². Assim o Tribunal passou de um posicionamento que se limitava à constituir em mora o legislador, dando-lhe ciência da norma faltante, para uma regulação provisória pelo próprio judiciário sem, contudo, assumir um compromisso com a função típica legislativa.²⁰³

Cabe ressaltar que, embora o Supremo Tribunal Federal, tanto no caso da greve do funcionalismo público como na concessão de aposentadoria especial, tenha se valido de analogia às regulamentações do setor privado, já existentes no ordenamento jurídico, não desqualifica, tampouco, minimiza sua atuação concretizadora e integrativa.

Percebe-se, portanto, que ao passar dos anos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que até então adotava uma corrente não concretista, evoluiu para o que a doutrina italiana chama de "sentença aditiva", onde se verifica uma abrangência do texto legal por força da criação de uma regra na própria decisão, dando ao mandado de injunção sua verdadeira finalidade, qual seja: julgar o caso concreto decidindo sobre o direito demandado e suprimindo a omissão inconstitucional.

¹⁹⁹ STF, DJU, 21 set. 1990, MI 107-DF, rel. Min. Moreira Alves.

²⁰⁰ STF, DJU, 14 nov. 1991, MI 283-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence: "Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, §3º, da ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos". No caso, foi dado ao Congresso Nacional 45 dias para o processo legislativo, mais 15 dias para a sanção presidencial.

²⁰¹ STF, DJU, 27 abr. 1992, MI 232-RJ, rel. Min. Moreira Alves: "Mandado de injunção. Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no §7º do artigo 195 da Constituição Federal. Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, §7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida".

²⁰² STF, DJU, 1º jul. 2008, MI 758-DF, rel. Min. Marco Aurélio: por falta de Lei Complementar regulamentadora do art. 40, §4º, da Constituição (aposentadoria especial), impõe-se a adoção por via judicial da regra geral dos trabalhadores, art. 57, §1º, da Lei nº 8.213/91; STF, DJU, 30 out. 2008, MI 670-ES, rel. Min. Maurício Corrêa, redator para acórdão Min. Gilmar Mendes: por falta de regulamentação do direito de greve do funcionalismo público aplica-se, por analogia, a Lei 7.783/89, que dispõe da sobre o exercício de greve na iniciativa privada, no que couber.

²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1239.

Apesar de ser meio de controle incidental de constitucionalidade, a competência não é distribuída por todos os juízes. As competências originária e recursal para apreciação e julgamento do mandado de injunção estão definidas no art. 102, I, *q* e II, *a*, para o Supremo Tribunal Federal; art. 105, I, *h*, para o Superior Tribunal de Justiça; e no art. 121, §4º, V, para os Tribunais Regionais Eleitorais.²⁰⁴

Quanto à legitimidade ativa, qualquer um que se sinta prejudicado pela omissão, seja pessoa física ou jurídica, já que o instituto visa a proteger direitos subjetivos que encontram-se impossibilitados de fruição pela falta de norma integradora.

Já a legitimidade passiva, Luís Roberto Barroso vislumbra três posições diversas: (i) autoridade ou órgão público omissor e, em litisconsórcio necessário, a parte privada ou pública que deverá suportar o ônus caso venha a ser realizada a regulamentação; (ii) apenas a parte privada ou pública que deverá cumprir com as obrigações decorrentes da regulamentação omitida; (iii) somente autoridade ou órgão público omissor na regulamentação exigida constitucionalmente, posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.²⁰⁵ Vale destacar que o texto constitucional instituiu o instrumento mas não detalhou sua aplicação e, diante de ausência normativa, cabe à doutrina e jurisprudência enfrentar o tema.

Quanto aos efeitos da decisão havia uma divergência, visto alhures, quanto ao objeto do mandado de injunção. Se se considerar que a possibilidade de suprimento da norma faltante pela via judicial é o objeto, então a sentença será constitutiva, devendo do juiz criar a norma regulamentadora para o caso concreto, com efeito *inter partes*, e aplicá-la. Contrariamente, caminhava o entendimento de que a decisão no mandado de injunção tem

²⁰⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; [...] II - julgar, em recurso ordinário: [...] a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. [...] § 4º Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: [...] V - denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 161-163.

natureza mandamental, considerando-se que o mandado de injunção tem natureza de estimular a produção da norma pelo órgão competente.²⁰⁶

Mas, como visto, o Supremo Tribunal Federal já superou esse entendimento, ao suprir a lacuna legislativa pela jurisdição, dando inclusive eficácia *erga omnes* à sentença proferida — como no caso da greve dos servidores públicos —, demonstrando que o instituto pode ser um meio eficaz de combate à inércia legislativa.

Em resumo, apesar do mandado de injunção ser previsto como medida assecuratória de garantias subjetivas e, em tese, vincular as partes litigantes, observa-se uma expansão dos efeitos decisórios, conferindo ao instituto dimensão objetiva, por guardar preceitos constitucionais fundamentais que vão além da relação *inter partes*.

Cabe ressaltar, como bem observou Luís Roberto Barroso, "a adoção de um regime temporário não impede a atuação superveniente do Poder omissor, que pode abandonar a inércia e dar ao tema tratamento específico, afastando o regime que haja sido instituído pelo Judiciário".²⁰⁷

É possível inferir, a partir do que foi visto, que o mandado de injunção parece ser mais eficaz do que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quando o intuito for a fruição de direitos, como bem observou o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso:

A diferença entre mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do STF, a matéria versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (CF, 103, §2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável.²⁰⁸

Feitas essas considerações acerca da omissão legislativa inconstitucional, percorrendo pela caracterização da lacuna constitucional de que trata a omissão inconstitucional, além de abordar o momento em que ocorre a caracterização da omissão total ou parcial, bem como dos institutos processuais capazes de combater a inércia, passa-se à análise do dever de indenizar decorrente da inconstitucionalidade da omissão.

²⁰⁶ Ibidem, p. 170-171.

²⁰⁷ BARROSO, op. cit., p. 178.

²⁰⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. *Revista dos Tribunais*, v. 644, 1989. p. 14.

5 RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO LEGISLADOR

Como foi visto no capítulo 2, a evolução da responsabilidade civil ocorreu num sentido de haver uma progressiva responsabilização estatal, verificada basicamente em três fases: (i) fase da irresponsabilidade do Estado; (ii) fase civilista, segundo a qual a responsabilidade do Estado era subjetiva, ou seja, era necessária a comprovação de dolo ou culpa, equiparando-se a pessoa jurídica de Direito Privado; (iii) responsabilidade objetiva do Estado, com a teoria do risco administrativo e a responsabilização objetiva, aquela que independe de dolo ou culpa.

Há um entendimento de que a responsabilidade civil do Estado se encontra numa quarta fase e nova fase, na qual a responsabilização estatal pode atingir áreas, que até então, eram inimagináveis. Nesse sentido, elucida Felipe Braga Netto:

O que ontem não causava responsabilidade civil do Estado, hoje pode causar. É possível que o futuro contemple, entre as ações ou omissões que responsabilizam o Estado, fatos que nós não nos atreveríamos a colocar como fatores de responsabilização estatal.

A ampla responsabilidade dos danos causados pelo Estado faz progressivas conquistas. Basta comparar a jurisprudência brasileira, na linha do tempo, e se verificará a verdade deste enunciado. A propósito, por exemplo, da responsabilidade civil por atos legislativos, o STF esclareceu que o Estado "não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal" (STF, DJ 27/04/2017, ADI-MC 1.063-8, rel. Min. Celso de Mello).²⁰⁹

Não obstante essa nova fase, a possibilidade de responsabilização do Estado por atos legislativos não é tema uníssono na doutrina. Um dos pioneiros a tratar do reconhecimento da responsabilidade do Estado legislador foi Amaro Cavalcanti, sustentando que, para alguns juristas, vislumbrava-se a possibilidade do Estado responder pelos danos advindos de lei inconstitucional, com a introdução de técnicas de controle de constitucionalidade dos atos normativos, após a proclamação da República.²¹⁰ Apesar disso, o próprio Amaro Cavalcanti refutava tal possibilidade, defendendo a irresponsabilidade estatal, enfatizando que "quando o Estado desempenha a sua função de fazer as leis, não pode incorrer em culpa civil, porque a culpa pressupõe a violação de uma obrigação".²¹¹

²⁰⁹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do Estado*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 142.

²¹⁰ A Constituição de 1891 admitiu a fiscalização, pelo Judiciário, da legitimidade das leis. (CLÈVE, op. cit., p. 82.)

²¹¹ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. p. 623.

Hely Lopes Meirelles também defende a irresponsabilidade do ente público por entender que a lei dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque, como norma abstrata e geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da soberania do Estado, que, internamente, se expressa no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional.²¹²

Diógenes Gasparini comunga da mesma opinião, considerando que a lei de forma geral, abstrata e impessoal e suas determinações constituem ônus generalizados impostos a toda coletividade.²¹³ Também nesse sentido aponta Cavalieri Filho:

A lei, em sentido material, ato legislativo típico, não pode causar prejuízo a ninguém enquanto norma genérica, abstrata e impessoal; seus efeitos, positivos ou negativos, dependem da sua efetiva incidência sobre o caso concreto, quando, então, passível de reparação será o ato jurídico ou administrativo que ensejou a aplicação da norma, jamais a lei em tese. A lei absolutamente genérica nada mais que simples interesses pode contrariar. A eventual lesão de direito subjetivo decorrerá diretamente da aplicação da lei e apenas indiretamente dela. Daí a regra geral no sentido da irresponsabilidade do Estado pelos atos legislativos típicos que preordenam a vida em sociedade.²¹⁴

No entanto, a responsabilidade do Estado é una e abrange as funções administrativa, judicial e legislativa. Porque assim não fosse, equivaleria uma permissão para um ou outro Poder causar dano sem que houvesse reparação do prejuízo causado, o que não se concebe no Estado Democrático de Direito.

A tese da responsabilidade do Poder Público há muito é aceita como princípio geral e fundamental de Direito. Tanto é verdade, que desde a Constituição do Império de 1824²¹⁵ já havia previsão de responsabilização dos empregados públicos. Previsão mantida pela Constituição republicana de 1891²¹⁶, sob a perspectiva da culpa civil, em que era

²¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 617-618.

²¹³ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 878.

²¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 329.

²¹⁵ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...] XXIX. Os Empregados Públicos são strictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsáveis aos seus subalternos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 2 abr. 2017.

²¹⁶ Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 2 abr. 2017.

indispensável a prova da culpa do funcionário. E já na constituição de 1946²¹⁷, a responsabilidade objetiva do Estado veio expressamente prevista.²¹⁸

Cumprido destacar que, com a nova redação dada ao art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988²¹⁹, que substituiu os termos "empregado público" e "funcionário público", presentes nas Cartas anteriores, por "agente público" ampliou a responsabilidade estatal, abrangendo todas as situações em que, por razão ou outra, a atuação pública se mostre prejudicial aos interesses constitucionalmente tutelados.²²⁰

Nesse viés, destaca o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a expressão agentes públicos "é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente".²²¹ A noção abarca todos os que, mesmo transitoriamente, exerçam uma função estatal, incluindo-se chefe do Poder Executivo, magistrados, senadores, deputados e vereadores.

Ainda nesse sentido, corrobora Maria Mendes Alcântara: "Não há que se indagar a que título essa função é exercida pelo agente público; o que importa é fixar a natureza do ato lesivo; se for decorrente de atividade estatal impõe-se o dever de indenizar".²²²

A jurisprudência tem admitido a responsabilização estatal pelos atos legislativos nas seguintes hipóteses: (i) leis inconstitucionais; (ii) leis constitucionais causadoras de dano. Obviamente, em ambos os casos é necessária a comprovação do dano e do respectivo nexo causal.

²¹⁷ Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.
Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 2 abr. 2017.

²¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 289.

²¹⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]
§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 abr. 2017.

²²⁰ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 237.

²²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 226.

²²² ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 25.

No primeiro caso, em que há responsabilização do Estado por atos legislativos inconstitucionais, mostra-se imprescindível a declaração de inconstitucionalidade da norma²²³ para que se verifique o dever de indenizar.²²⁴

Já na segunda hipótese, nos casos em que as leis são constitucionais, há que se demonstrar apenas o nexo causal entre a aplicação concreta da norma e o dano sofrido. Nesses casos, vislumbram-se, a título exemplificativo, danos causados por edição de lei que confere à determinada área privada proteção ambiental, leis que fixem limites territoriais ou, até mesmo, em casos de leis constitucionais que interfiram no domínio econômico.²²⁵

Quanto à omissão inconstitucional especificamente, observou -se no item 4.4 que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem avançado no sentido de preencher as lacunas constitucionais, sobretudo em sede de controle difuso de constitucionalidade, ou seja, via mandado de injunção.

Como se viu alhures, há juristas que são resistentes à possibilidade da responsabilização do Estado pelos atos legislativos, mais refratários ainda às hipóteses de responsabilização pela omissão legislativa. Neste aspecto, serão tratados, a seguir, fundamentos contrários à responsabilização do Estado como: (i) separação e harmonia dos Poderes e a súmula 339 do STF; (ii) reserva do possível; e (iii) a livre conformação e o direito subjetivo à atividade legislativa.

Pretende-se com isso, demonstrar o porquê tais argumentos não prosperam, sendo necessário um avanço doutrinário e jurisprudencial na responsabilização do Estado por não editar norma integradora de direitos subjetivos.

Observe-se que será abordado tão-somente os fundamentos contrários à responsabilização estatal, por se entender que nenhum princípio favorável à responsabilização pode superar a própria força normativa da Constituição. Não à toa, foram criadas outras medidas assecuratórias à defesa da Constituição, como a arguição de descumprimento de

²²³ STJ, DJ, 30 out. 2006, REsp 571.645, rel. Min. Otávio de Noronha, 2ª Turma: "[...]2. Apenas se admite a responsabilidade civil por ato legislativo na hipótese de haver sido declarada a inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado".

²²⁴ STF, RE 153.464, rel. Min. Celso de Mello: "O Estado responde civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional de legislar".

²²⁵ STF, j. 6 dez. 2005, RE 632.644, rel. Min. Carlos Velloso. No caso, o STF entendeu que há responsabilidade objetiva do Estado no caso de fixação legal de preços no setor sucro-alcooleiro abaixo do preço de mercado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=66110>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

preceito fundamental e ação declaratória de constitucionalidade, trazidas com a Emenda Constitucional nº 03/93.²²⁶

De fato, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa da Administração Pública — que se traduz no incremento do patrimônio de alguém, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea —, não há de sobrepujar a força normativa da Constituição. Uma vez constatado o dano decorrente da omissão legislativa inconstitucional, sem que haja a devida reparação, resta caracterizado o enriquecimento sem causa, o que não se concebe a partir da interpretação sistemática das normas constitucionais garantidoras de direitos.

Nessa mesma seara, o princípio da inescusabilidade de apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição²²⁷, por mais que seja um princípio fomentador da responsabilização estatal, também não se mostra mais robusto que a força normativa constitucional. Isso porque se o Estado causou dano por sua conduta omissiva, lesando direito alheio, resta clara a via judicial para reparação do dano. Nem esse, nem nenhum outro princípio sobrepõe-se à supremacia da Constituição. Assim sendo, passe-se à análise dos fundamentos contrários, com o intuito de afastá-los.

5.1 A separação e harmonia entre os Poderes - súmula 339 STF

A lacuna constitucional que encontra maior óbice sob tal fundamento diz respeito à revisão geral anual dos servidores públicos, prevista no art. 37, X da Constituição, *in verbis*: "a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o §4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices".

Vale destacar que a iniciativa do projeto de lei de que trata o inciso X do artigo 37 da Constituição, é de competência privativa do presidente da república por força do art. 61, §1º, II, *a*, da Constituição Federal, segundo o qual, são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na

²²⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm>. Acesso em: 5 abr. 2017.

²²⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração. Passados doze meses sem encaminhamento da mensagem pelo Executivo, caracteriza-se a mora.²²⁸

Dito isso, cabe trazer à tona a ADI 2.061-DF proposta pelo Partido dos Trabalhadores - PT e Partido Democrático Trabalhista - PDT, contra a omissão do Presidente da República, por não enviar proposta de revisão geral anual prevista no art. 37, X, da Constituição:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 037, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC Nº 019, DE 4 DE JUNHO DE 1998). Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 061, §1º, II, a, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC nº 019 /98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, §2º, in fine, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação.²²⁹

Entendimento esse que foi reproduzido na Reclamação 4.700/SC, denegando o pleito indenizatório por danos morais e materiais em decorrência da omissão legislativa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REVISÃO GERAL ANUAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. ART. 37, X DA CF/88 (APÓS EC 19/98). OMISSÃO LEGISLATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ADIN 2.061/DF. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF. 1. O art. 37, X da CF/88 (com redação após a EC 19/98), assegurou aos Servidores Públicos Federais o direito subjetivo à revisão geral anual de suas remunerações, a ser promovida mediante lei específica de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo; conforme decidido pelo STF no julgamento da ADI 2.061/DF, o Presidente da República incide em mora inconstitucional por não enviar ao Congresso Nacional, ano a ano, projeto de lei que implemente a revisão prevista no art. 37, X da CF/88. 2. Em que pese a omissão do Poder Executivo, não é possível a concessão de indenização por danos materiais pelo Judiciário, o que implicaria na possibilidade, por via oblíqua, de o Judiciário se substituir ao Poder Executivo na iniciativa de recompor as perdas havidas na remuneração do Servidor Público Federal. 3. Não cabe ao Judiciário cominar prazo para o exercício da iniciativa privativa do Chefe do Executivo Federal para a lei de reajuste anual da remuneração dos Servidores Públicos da União, não pode também condenar este ente federativo ao pagamento de indenização por danos morais ou patrimoniais decorrentes da mora.²³⁰

Percebe-se nesses julgados do Supremo Tribunal Federal a aplicação do princípio fundamental da harmonia e separação entre os poderes tal qual previsto no art. 2º da

²²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 303.

²²⁹ STF, DJ, 29 jun. 2001, ADI 2.061-DF, rel. Min. Ilmar Galvão.

²³⁰ STF, DJ, 24 out. 2006, Rcl 4.700/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa.

Constituição Federal: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Sobretudo a aplicação da súmula 339 do Supremo Tribunal Federal: "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia".

Se se considerar que a Constituição resguarda direitos fundamentais, e a guarda da Constituição cabe ao Judiciário, logo, a ele também cabe o dever de concretizá-los, principalmente quando um dos Poderes quedar-se inerte.

Sob a perspectiva de defesa da Constituição pelo Judiciário, se manifestou o Ministro Celso de Mello:

A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

— O Supremo Tribunal Federal — que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte — não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.²³¹

Sobre a separação dos Poderes, Dirley da Cunha Júnior afirma que a separação entre os órgãos não se verifica pelo exercício exclusivo de suas funções típicas, mas pela predominância em seu desempenho.²³² De fato, não pode pensar numa estrutura rígida de funções, tendo em vista que a separação total dos Poderes é impossível, por força das funções típicas e atípicas que todos possuem.

Logo, deve ser reconhecida a necessária colaboração entre as instituições, de modo que a doutrina clássica deve ser submetida a uma revisão teórica, diante das novas tendências e mudanças do sistema jurídico.²³³ Sob esse aspecto, afirma o professor:

Como princípio constitucional concreto, o princípio da separação dos Poderes articula-se com outros princípios constitucionais positivos, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição, entre outros. Relativamente À Constituição brasileira, destaca-se a necessidade de uma renovada compreensão a respeito do princípio da separação, pressionada pelo fim marcadamente dirigente da nossa *Fundamental Law*, que configura um Estado Social do Bem-Estar, que trouxe significativas transformações sociais, onde os direitos fundamentais, sobretudo os

²³¹ STF, DJ, 12 abr. 2002, ADI-MC 2.010/DF, rel. Min. Celso de Mello.

²³² CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 430.

²³³ *Ibidem*, p. 430-431.

sociais, são considerados os pilares ético-jurídico-políticos da organização do Estado, do Poder e da Sociedade, servindo de parâmetros ou vetores guias para a interpretação dos fenômenos jurídico-constitucionais. É necessária, portanto, sob as vestes do paradigma do novo Estado do Bem-Estar Social, a nova leitura sobre o vetusto dogma da separação dos Poderes, a fim de que ele não produza, com sua força simbólica — como lamentavelmente vem produzindo — um efeito paralisante às reivindicações da sociedade moderna, incomparavelmente mais complexa do que aquela na qual foi originalmente concebido.²³⁴

Como observado no item 4.4, o Supremo Tribunal Federal tem se valido de sentenças aditivas²³⁵, criando a normatividade para suprir a lacuna legislativa²³⁶. Ora, se o Supremo já adota sentenças aditivas, não há que se falar em violação à separação dos Poderes quando se determina que o Estado realize a revisão geral, posto que o Judiciário está somente concretizando a vontade constituinte.

A clássica divisão proposta por Montesquieu há de ser revisada. Não por um Poder se sobrepor ao outro, mas pelo fato de que os Poderes não podem, sob o pretexto da separação, manterem-se paralisados frente aos anseios sociais positivados na Constituição. E nesse contexto, quando demandado, o Judiciário — que atua como guardião da Constituição — tem que se manifestar no sentido de tornar aplicáveis as normas constitucionais, seja determinando a colmatação legislativa, seja criando a regra para o caso concreto.

5.2 Reserva do possível

Outro impasse para a efetiva solução da omissão inconstitucional, pela via judicial, diz respeito aos impactos econômicos das sentenças. Trata-se do princípio da reserva do possível, segundo o qual, o exercício de alguns direitos estão reservados à disponibilidade de recursos públicos necessários para sua implementação.

Esse princípio teve origem na Alemanha, num caso em que alunos pleiteavam ingresso numa faculdade pública de medicina (BVerfGE 33, 303), sob alegação de que o art.

²³⁴ CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 432.

²³⁵ A chamada sentença manipulativa de efeitos aditivos (denominação do Direito italiano) é uma das técnicas mais relevantes para solucionar a questão da omissão inconstitucional. Tem origem diante da omissão do Parlamento italiano em conformar a antiga ordem infraconstitucional fascista com a Constituição de 1947, haja vista a permanência desta legislação pré-constitucional mesmo depois da entrada em vigor da nova Constituição

²³⁶ STF, DJU, 30 out. 2008, MI 670-ES, rel. Min. Maurício Corrêa, redator para acórdão Min. Gilmar Mendes (greve no setor público); STF, DJe, 28 maio 2010, ADI 3.510-DF, rel. Min. Ayres Britto (pesquisa com células-tronco embrionárias); STF, DJU, 1º jul. 2008, MI 758-DF, rel. Min. Marco Aurélio (aposentadoria especial); STF, DJU, 20 maio 1994, RMS 21.662-DF, rel. Min. Celso de Mello (extensão do aumento dos militares aos servidores civis).

121 da Lei Fundamental²³⁷ estava sendo violado. Em contrapartida, o Tribunal Constitucional Federal asseverou que algumas prestações estatais estariam sujeitas ao que a sociedade poderia racional e razoavelmente exigir do Poder Público²³⁸, ou seja, os direitos previstos na Lei Fundamental seriam efetivados dentro da reserva do possível.

Não obstante a contribuição do direito comparado ao ordenamento jurídico brasileiro, é questionável a importação acrítica desse princípio desenvolvido na Alemanha para aplicabilidade no Brasil, país com elevadas diferenças sócio-cultural-econômicas, como destaca Dirley da Cunha Júnior:

A chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Nestas diferentes ordens jurídicas concretas não variam apenas as formas de lutas, conquistas, realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam. Assim, enquanto a Alemanha se insere entre os chamados países centrais, onde já existe um padrão ótimo de bem-estar social, o Brasil ainda é considerado um país periférico, onde milhares de pessoas não têm o que comer e são desprovidas de condições mínimas de existência digna, seja na área da saúde, educação, trabalho e moradia, seja na área da assistência e previdência sociais, de tal modo que a efetividade dos direitos sociais ainda depende da luta pelo direito, entendida como processo de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a concretização desses direitos.²³⁹

Apesar de efetivamente causar impacto econômico-financeiro, as decisões do Judiciário não podem ser submetidas a esse tipo de censura, sob pena de nulificar a eficácia das normas constitucionais. Ou seja, questões pragmáticas não podem obstaculizar a eficácia jurídica da Constituição. Como esclarece Dirley da Cunha Junior:

[...] problemas de "caixa" não podem ser guindados à obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de "caixas cheias" do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte e uma desmedida contradição do modelo do Estado de Bem-Estar Social.²⁴⁰

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal tem relativizado, de maneira acertada, esse princípio na chamada "judicialização da saúde"²⁴¹. Sobre o tema, vale destacar um trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

²³⁷ Art. 12. I- Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar do trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei "Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

²³⁸ MARTINS, Leonardo. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 656-667.

²³⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 304.

²⁴⁰ Ibidem, p. 310.

²⁴¹ Pacientes que, por meio do Judiciário, tentam obter remédios, tratamentos, cirurgias ou exames por não conseguirem no Sistema Único de Saúde - SUS, ou até mesmo por planos privados. Os pedidos são feitos, em geral, com base no direito fundamental à saúde e à vida.

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa expressa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo — uma vez configurado esse dilema — que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só possível opção: o respeito indeclinável à vida.²⁴²

Ainda a despeito desse princípio, cabe destacar a correta decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que condenou o estado a implantar o programa de internação e semiliberdade de jovens infratores, previsto no art. 227 da Constituição, independente de previsão orçamentária.

A Constituição Federal, em seu art. 227, define como prioridade absoluta as questões de interesse da criança e do adolescente; assim, não pode o Estado-membro, alegando insuficiência orçamentária, desobrigar-se da implantação de programa de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, podendo o Ministério Público ajuizar ação civil pública para que a Administração estadual cumpra tal previsão legal, não se tratando, na hipótese, de afronta ao poder discricionário do administrador público, mas de exigir-lhe a observância de mandamento constitucional".²⁴³

Observe-se, portanto, que o estado foi omissivo ao não atender à norma constitucional, e se que a norma constitucional tem que ser observada, não podendo o estado alegar insuficiência orçamentária. Em outras palavras, a reserva do possível não pode ser impeditivo da força normativa da Constituição.

É possível vislumbrar um precedente até mesmo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁴⁴ em que o princípio da reserva legal não é absoluto. Trata-se da extensão do aumento concedido aos militares que foi estendido aos servidores civis. Nesse caso, por entender que se tratava de uma omissão parcial relativa, o Supremo estendeu o benefício aos excluídos, independentemente de previsão orçamentária para tal.

O que se pretende demonstrar é que o princípio da reserva legal não pode ser justificativa exclusiva e determinante para inviabilizar a implementação de norma constitucional.

Ainda nesta contenda, cabe destacar o voto do Ministro Marco Aurélio proferido no Recurso Extraordinário nº 565.089, que tramita no Supremo Tribunal Federal, que discute a possibilidade de indenização por falta de revisão geral dos vencimentos, tal qual prevê a Constituição. Discorre o Ministro:

²⁴² STF, DJU, 13 fev. 1997, MS 318253/SC 2004.031825-3, rel. Min. Celso de Mello.

²⁴³ TJRS, Ap. 596.017.897, j. 12/03/1997, 7ª Câmara, rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira.

²⁴⁴ STF, DJU, 13 jun. 1997, RMS 22.307, rel. Min. Marco Aurélio.

A ausência de lei pode induzir à crença de que a opção política de esvaziar a norma constitucional decorre das consequências sistêmicas que a implementação dela causariam? Ou, em outras palavras: o impacto financeiro do preceito constitucional sobre as contas públicas justifica a inobservância do preceito? A resposta é desenganadamente negativa. [...]

Exceção feita ao Ministro Barata Ribeiro, médico na origem, que integrou o Supremo por curtos onze meses, os juízes possuem formação estritamente jurídica. A eles não é dado fazer prognósticos econômicos ou sociais para que sirvam de fundamento decisório. Não incumbe ao Poder Judiciário analisar a conveniência dessa ou daquela norma, mas apenas assentar se determinada pretensão é ou não compatível com o ordenamento jurídico. [...]

No mais, “a parte que tem a lei ao seu lado espera que lhe seja atribuído pelo tribunal o que por direito lhe cabe”, conforme pontua Karl Larenz (Metodologia da ciência do direito, 1997, p. 516). A prevalência das consequências sobre o direito legislado resulta na inversão da lógica jurídica. [...]

O que não posso aceitar é que, presente a obrigação jurídica sob todos os cânones interpretativos – extraída da literalidade, historicidade, sistematicidade e teleologia da Constituição –, simplesmente se deixe de reconhecê-la ante razões de índole pragmática.

Impõe-se o contorcionismo técnico para salvar as finanças públicas, mas este é o papel do Tribunal Constitucional? A resposta só pode ser negativa. [...]

O Supremo não deve ser um filtro pragmático quanto a disposições constitucionais cuja eficácia depende de recursos para que seja concretamente observada. É de combater-se a rotulada “insinceridade normativa”, na expressão de Luís Roberto Barroso.

Cabe aos poderes constituídos agir com responsabilidade, e não simplesmente jogar para o Supremo o ônus de impedir que as promessas políticas inconsequentes tornem-se realidades desastrosas. O Supremo não é o Ministério da Fazenda ou o Banco Central do Brasil. Não compete ao Tribunal fazer contas quando está em jogo o Direito, mais ainda quando se trata do direito constitucional.²⁴⁵

Como bem asseverou o Ministro Marco Aurélio, o Judiciário não tem o papel de fazer análises econômico-orçamentárias de suas decisões. Sua função é dizer se determinada pretensão é ou não conforme o ordenamento jurídico, não se prendendo a questões pragmáticas.

Sendo assim, o Judiciário não pode pautar suas decisões em vieses econômicos, já que sua função é solucionar os conflitos de acordo com o ordenamento jurídico, essa é a regra. A exceção é a real impossibilidade de atuação do Estado por limitações financeiras, aplicando-se o princípio da reserva legal. Desta forma, o recurso público tem que ser voltado à realização de direitos fundamentais, alicerces de um Estado Democrático de Direito. Se, contudo, a alocação desses recursos forem utilizados para fins alienígenas, não se pode opor tal princípio à força normativa da Constituição.

5.3 A livre conformação e o direito subjetivo à atividade legislativa

Além dos argumentos da separação e harmonia dos Poderes e da reserva do possível para a não responsabilização estatal pelas omissões legislativas, outros argumentos

²⁴⁵ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE565089.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

utilizados são a livre conformação do legislador e a inexistência de direito subjetivo à edição de lei.

A livre conformação do legislador se consagrou no direito alemão (*Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers*) e se refere a uma liberdade de atuação do legislador num juízo de conveniência e oportunidade para a atividade legiferante concretizadora das normas constitucionais, dada a incompletude da Constituição.

É certo que a Constituição é uma ordenação do presente, mas com dimensão prospectiva, ou seja, dirigida ao futuro.²⁴⁶ O constituinte, pela impossibilidade de previsão de todas as situações fáticas e por ser inviável que interesses momentâneos ganhassem *status* constitucional, inseriu nas normas constitucionais uma abertura, flexibilidade e possibilidade de adaptação a eventuais mudanças. Nesse sentido afirma Konrad Hesse:

Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes. Abstraidas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns *poucos princípios fundamentais*, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se e em condições de ser desenvolvido. A "constitucionalização" de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição.²⁴⁷

É aquilo que J.J. Canotilho denomina de normas constitucionais abertas, no sentido de deixar ao legislador ordinário uma liberdade de decisão à adequação da norma constitucional diante de uma realidade em constante mutação. Explica o jurista:

Quando se fala na necessidade de *normas abertas* pretende-se dizer que as normas constitucionais devem ser *planificadamente* indeterminadas, de modo a deixarem aos órgãos responsáveis pela sua concretização o espaço de liberdade decisória à adequação da norma perante uma realidade multiforme e cambiante.²⁴⁸

A liberdade de conformação do legislador deriva do princípio democrático que assegura ao Legislativo uma fundamental liberdade de decisão e também da "própria *componente formal do conceito* de Estado de Direito, na medida em que o princípio da segurança jurídica, jogaria a favor da presunção de conformidade material da actuação do

²⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 192.

²⁴⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 20-21.

²⁴⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 193.

legislador e, conseqüentemente, da sua livre conformação".²⁴⁹

Luís Roberto Barroso²⁵⁰ afirma que o legislador tem a faculdade e não o dever de legislar. E nessa discricionariedade inclui-se a decisão acerca da edição ou não de uma norma jurídica.

No entanto, a liberdade de conformação legislativa, assim como quase tudo no Direito, não é absoluta. O professor J. J. Canotilho mesmo revela que a despeito da necessidade de normas constitucionais abertas, há um "complexo problema da *discricionariedade* no preenchimento de conceitos indeterminados".²⁵¹

As imposições constitucionais, que são as normas constitucionais que "impõem, através de ordens, instruções e directivas, a realização de tarefas e a prossecução de fins"²⁵², não se submetem ao crivo discricionário legislativo, explica J. J. Canotilho:

A submissão jurídico-normativa do legislador aos preceitos constitucionais é inquestionável: o dogma da soberania da lei e do legislador, positivamente ou decisionisticamente formulado, está sepultado; a autonomia do legislador sofre uma compressão material inequívoca no âmbito dos direitos fundamentais; a ordem constitucional afirma-se com prevalência da constituição relativamente às leis, com a conseqüente exclusão de uma liberdade das leis no sentido de actos juridicamente livres da constituição.²⁵³

Nesse mesmo sentido, Luís Roberto Barroso afirma que "nos casos em que a Lei maior impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará um caso de inconstitucionalidade por omissão".²⁵⁴

Com isso faz surgir a ideia de direito subjetivo à atividade legislativa. De fato, se a Constituição quis assegurar determinado direito aos seus cidadãos, pode-se afirmar que a atividade legislativa é um direito subjetivo, porquanto necessária à fruição de direitos constitucionalmente previstos.

Nesse aspecto, afirma Eros Roberto Grau que existe "um direito subjetivo dos cidadãos à atividade legislativa, não visualizável desde a perspectiva liberal, porém

²⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 238-239.

²⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 158.

²⁵¹ CANOTILHO, op. cit., p. 195.

²⁵² Ibidem, p. 293.

²⁵³ Ibidem, p. 314.

²⁵⁴ BARROSO, op. cit., p. 158.

indissolúvel dos pressupostos que ensejam a consagração sobretudo de direitos econômicos e sociais".²⁵⁵

Destarte, por se entender que as normas constitucionais de eficácia limitada, as quais necessitam de norma integrativa, constituem um direito subjetivo dos cidadãos à atividade legislativa — por se tratar de uma imposição constitucional —, não se vislumbra a livre conformação do legislador como fundamento para a não responsabilização estatal.

²⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 45.

6 CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil completará 30 anos em outubro de 2018. No entanto, em que pesem os avanços em sede de efetivação de direitos, há uma significativa parcela das normas constitucionais sem eficácia.²⁵⁶ Essa "síndrome de ineficácia" ganhou relevância sob os olhos da doutrina e da jurisprudência.

Como bem observou Konrad Hesse, a Constituição não é simples "pedaço de papel" submetido aos fatores reais de poder, tal qual previu Lassalle. Numa concepção sociológica, preconizada por Ferdinand Lassalle, a Constituição nada mais é que a retratação dos fatores reais de poder presentes naquele país, a chamada Constituição real. De modo que, a Constituição escrita só é boa e durável enquanto compatível com a Constituição real, sob pena daquela tornar-se mero "pedaço de papel".

É certo que a Constituição é resultado das relações sociais concretas, cabendo ao constituinte sistematizar esses elementos concretos em um documento formal. No entanto, as forças sociais não têm o condão de tornarem completamente ineficaz a Constituição, sobretudo, quando há entre os destinatários da norma a "vontade de Constituição", que é vislumbrada sob dois fundamentos: a *práxis* e o *conteúdo*.

A respeito desse argumento cabe observar que o Supremo Tribunal Federal tem compartilhado dessa ideia, principalmente a partir de uma interpretação sistemática da Constituição. Em casos como o reconhecimento da união estável entre homoafetivos²⁵⁷ e aborto de anencéfalos²⁵⁸, são claros exemplos de interpretação conforme a realidade social, sem, no entanto, implicar automaticamente a desvalorização dos preceitos constitucionais. Ao contrário, garante uma efetiva aplicabilidade de normas constitucionais a partir de princípios norteadores do Estado Democrático de Direito e suas vicissitudes.

O exemplo iniciado pelas Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, sobretudo relativamente aos direitos sociais trazidos como direitos fundamentais, rapidamente seguido pelas demais Constituições contemporâneas, teve importância vital para uma nova interpretação constitucional. A constituição deixava de ser apenas uma diretriz e passava a ser fonte assecuratória de direitos. Esse movimento continuou em expansão,

²⁵⁶ Em 2013 estimava-se 117 normas constitucionais careciam de regulamentação. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/25-anos-depois-ainda-ha-117-dispositivos-da-constituicao-sem-regulamentacao-35bgqltgi4rwr1c4e2yeubxam>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

²⁵⁷ STF, J. 5 mai. 2011, ADPF 132-RJ, rel. Min. Ayres Britto.

²⁵⁸ STF, j. 12 abr. 2012, ADPF 54-DF, rel. Min. Marco Aurélio de Mello.

atingindo Itália e novamente Alemanha, principalmente após os regimes totalitários vivenciados por esses países.

Nesse contexto — constante luta da sociedade por direitos —, desenvolveu-se o neoconstitucionalismo, segundo o qual as Constituições deixam de ser meras cartas políticas e assumem o *status* de centro do Direito da pós-modernidade, capazes de conferir direitos subjetivos aos cidadãos.

O ideário chegou ao Brasil, e foi implementado pela Constituição de 1988. Imperioso destacar que, apesar do país não ter passado por guerras devastadoras tais quais ocorreram na Europa, era o final de um período de mais de vinte anos de regime militar, no qual a supressão de direitos era característica marcante. Talvez por isso a Constituição seja prolixa, abarcando temas que certamente não tem *status* constitucional.²⁵⁹

Não obstante o intuito de conferir direitos subjetivos ao cidadão, o constituinte atribuiu ao legislador ordinário o dever de apenas regulamentar, em momento oportuno, os direitos que a própria Constituição já conferiu. São as chamadas normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, aquelas normas constitucionais que necessitam de uma prestação positiva do legislador infraconstitucional para que haja aplicabilidade plena. Uma vez inerte, ocorre o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão.

Há que se ressaltar que o juízo de conveniência e oportunidade do órgão legislativo é mitigado perante às imposições constitucionais. Vale dizer, o princípio da livre conformação do legislador não deve, de forma alguma, ser meio de inviabilizar os direitos já consagrados constitucionalmente. Ora, se determinada norma foi positivada pela Constituição, em razão vontade do *corpus* social, insculpida na premissa de que todo poder emana do povo e que, apenas é exercido por representantes, não cabe ao alvedrio legislativo deixar de conferir plena aplicabilidade às normas constitucionais, por meio de sua inércia. Daí falar-se em direito subjetivo à edição de leis.

Eis, portanto, a asserção basilar acerca das omissões legislativas inconstitucionais: a Constituição como fonte garantidora de direitos não pode ter sua eficácia restringida pelo legislador infraconstitucional inerte.

Ao buscar conferir maior eficácia às normas constitucionais carentes de

²⁵⁹ Cite-se, *e. g.*, o art. 242, §2º da Constituição Federal: "O Colégio Pedro II, localizado no Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 6 abr. 2017.

regulamentação, a Constituição Federal trouxe ao mundo jurídico dois institutos que, em tese, seriam capazes de combater tais omissões: (i) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, §2º); e o (ii) mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI). Aquele em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que é exercido por apenas um órgão; e este, em controle difuso, o qual é exercido por qualquer juiz ou tribunal.

No entanto, parece que as soluções aventadas não se mostraram completamente eficazes para solução de tal mister, principalmente quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isso porque, a própria Constituição e a Lei nº 9.868/99, que foi alterada pela Lei nº 12.063/09 e disciplina os trâmites processuais da ação, só trouxeram como efeito duas hipóteses: (i) constituir em mora e dar ciência ao Poder competente para a adoção das medidas necessárias; e (ii) se a omissão decorrer de órgão administrativo, o Judiciário tem o poder de mandar que as medidas necessárias sejam adotadas sob pena de responsabilização.

Ou seja, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle concentrado, em face da Constituição Federal, por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão se restringe à constituir o Legislativo em mora e dar ciência para que se adote as medidas necessárias. Sendo assim, ao Judiciário cabe apenas um conselho infrutífero incapaz de cessar a inércia legislativa e, conseqüentemente, não garante a plena fruição dos direitos exarados constitucionalmente.

Já o mandado de injunção evoluiu ao se deslocar do *status* de ação direta de inconstitucionalidade por omissão²⁶⁰ para um instrumento capaz de garantir, no caso concreto, o preenchimento da lacuna normativa²⁶¹, de fato, não é de se cogitar que a Constituição teria criado dois institutos com a mesma finalidade: declarar a omissão legislativa inconstitucional do órgão legislativo para que promova as medidas necessárias à colmatação da lacuna.

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal vem adotando, acertadamente, soluções concretistas em casos de omissão legislativa a fim de garantir a plena aplicabilidade

²⁶⁰ STF, RDA, 203/248, 1996, MI-MC 520-6-SP, rel. Min. Celso de Mello: "[...] a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada no sentido de que a finalidade de ser alcançada pela via do mandado de injunção *resume-se* à declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser comunicada ao órgão legislativo inadimplente, para que promova a integração normativa do dispositivo constitucional nele objetivado[...]".

²⁶¹ STF, DJU, 21 set. 1990, MI 107-DF, rel. Min. Moreira Alves; STF, DJU, 14 nov. 1991, MI 283-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence; STF, DJU, 27 abr. 1992, MI 232-RJ, rel. Min. Moreira Alves; STF, DJU, 1º jul. 2008, MI 758-DF, rel. Min. Marco Aurélio. (vide item 4.4.2)

das normas constitucionais. Isso ocorre principalmente por meio das chamadas "sentenças aditivas", que criam a normatividade para solucionar o caso concreto como, por exemplo, ocorreu no caso da greve do servidor público, no qual se definiu, por analogia, a observação das normas celetistas, até que norma regulamentadora seja editada.

Esse é outro ponto que merece destaque, o Judiciário ao estabelecer normas de aplicabilidade para o caso concreto, não impede a atuação superveniente do legislador, acrescente-se a isso o fato de que o Judiciário não pode se escusar em julgar lesão ou ameaça a direito, tem-se a legitimidade necessária para solver a celeuma.

Nesse viés, afasta-se o argumento da separação e harmonia dos Poderes. O Judiciário não está interferindo na esfera legislativa, está apenas garantindo que a Constituição seja efetivamente cumprida o que, frise-se, é a competência do Judiciário como um todo e, principalmente, do Supremo Tribunal Federal. Caso o Legislativo entenda que o Judiciário está lhe tomando sua competência precípua, a solução não pode ser mais simples: legisle.

Diante de todo esse cenário, há de se questionar a responsabilidade do Estado Legislador. Quanto aos atos comissivos, ou seja, no exercício da função, já é pacífico o entendimento da possibilidade de responsabilização do Estado por edição de leis inconstitucionais, desde que, obviamente, haja um nexo causal entre aplicação da norma e o dano sofrido, e a declaração de inconstitucionalidade da lei em sede de controle concentrado. E também vislumbra-se possibilidade de responsabilização do Estado por edição de lei constitucional mas causadora de dano como, por exemplo, no caso de fixação por lei do preço do álcool abaixo do preço de mercado.

Ora, se a responsabilidade do Estado legislador se verifica até mesmo numa conduta lícita, na segunda hipótese acima mencionada, já que a norma editada encontra-se em perfeita consonância com o ordenamento jurídico, parece possível a responsabilização do Estado legislador em uma conduta ilícita, qual seja: deixar de fazer aquilo que, pela Constituição, estava obrigado — legislar.

Frise-se que a responsabilidade está diretamente ligada ao nexo de causalidade e o dano sofrido. Aliás, esses dois pressupostos não de estar presentes para se falar em responsabilidade. Não existe responsabilidade sem o dano efetivo, tampouco sem a comprovação de nexo causal entre a ação ou omissão e o prejuízo sofrido. A responsabilidade

decorre de um dever geral de não lesar. Isto é, a obrigação é negativa e deriva de um *non facere*. No entanto, se houve o descumprimento da obrigação, que ensejou o prejuízo há, conseqüentemente, o dever de reparar o dano, de indenizar.

A título exemplificativo de omissão legislativa inconstitucional causadora de dano, há a ausência de norma regulamentadora da revisão geral anual dos servidores públicos, prevista no art. 37, X, da Constituição Federal. A não revisão assegurada pela Constituição causa dano efetivo, já que o poder de compra é atingido pela inflação, e o nexó causal fica evidenciado pela ineficácia da norma constitucional em razão da inércia legislativa. Vale destacar que tramita, no Supremo Tribunal Federal, o RE 565.089-SP que versa justamente sobre o pedido de indenização por servidores públicos de São Paulo pelos danos sofridos em função da não regulamentação do dispositivo constitucional. Até a conclusão deste trabalho, sete ministros já haviam votado, quatro contra o provimento do recurso, e três a favor.

Importante trazer à tona um precedente do Supremo Tribunal Federal que admitiu a indenização por perdas e danos, caso não fosse editada norma regulamentadora em prazo determinado.²⁶² Logo, julgar procedente o pleito indenizatório no RE 565.098-SP não seria propriamente uma inovação da Corte.

Por fim, cabe destacar os pontos principais para que se vislumbre a responsabilização estatal decorrente da conduta omissiva legislativa: (i) a força normativa da Constituição não pode ser afastada pelo comportamento inerte do legislador; (ii) as normas constitucionais conferem verdadeiros direitos subjetivos dos cidadãos (iii) a livre conformação do órgão legiferante não se verifica nas situações em que há uma imposição constitucional; (iv) a obrigação geral de não lesar; (v) a necessidade da reparação do dano causado.

A Constituição é força ativa que permeia a vida em sociedade traçando objetivos e princípios norteadores daquilo que, em certa época e determinado momento histórico-social, se verificou como fundamental. Tem por função garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça

²⁶² STF, DJU, 14 nov. 1991, MI 283-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence: "Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, §3º, da ADCT: deferimento parcial, com **estabelecimento de prazo para purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos**". No caso, foi dado ao Congresso Nacional 45 dias para o processo legislativo, mais 15 dias para a sanção presidencial. (grifou-se)

em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e instituir o Estado Democrático.²⁶³
Cabe à toda sociedade a observação e persecução de seus preceitos para que não se torne apenas "pedaço de papel".

²⁶³ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 6 abr. 2017.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil. In: *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. v. 1, nº 3 (2006).

Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/3916>.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do Estado*. Salvador: JusPodivm, 2012.

CAMPOS, Gabriel de Britto. *Curso de direito administrativo*. Brasília: Fortium, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

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

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAVES, André Luiz Maluf. *A necessidade de prevalência da doutrina dos diálogos constitucionais na interpretação final da Constituição feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro de 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COOLEY, Thomas M. *Treatise on the constitutional limitations which rest upon the Legislative power of the states of the American Union*. 6. ed. Boston: Little, Brown and Co., 1890 *apud* SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 7, Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 9.ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.
- MARTINS, Leonardo. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.
- _____. *Manual de direito constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.
- _____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: Tomo 53. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966.
- MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão, categoria jurídica e ação constitucional específica. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 99, jul./set. 1991.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<https://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>>.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. *Revista dos Tribunais*, v. 644, 1989.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e Contratos*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.