



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

**Centro de Ciências Sociais**

**Faculdade de Direito**

**João Paulo de Aguiar Santos**

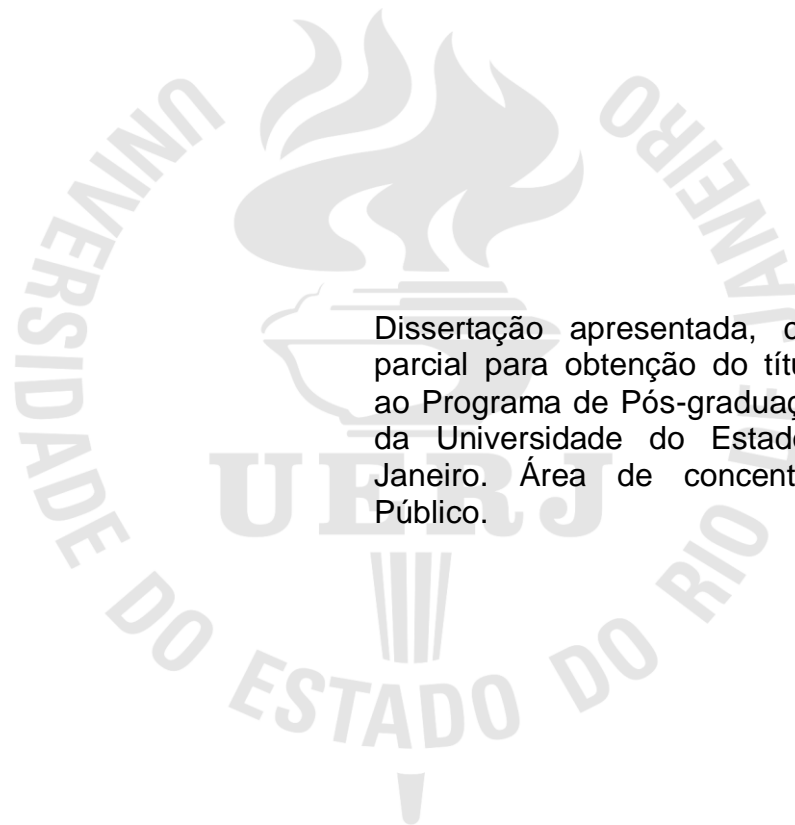
**Omissões legislativas inconstitucionais:  
reflexões acerca do seu correto delineamento teórico e da  
legitimidade democrática do seu controle**

**Rio de Janeiro**

**2013**

João Paulo de Aguiar Santos

**Omissões legislativas inconstitucionais:  
reflexões acerca do seu correto delineamento teórico e da legitimidade  
democrática do seu controle**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientadora : Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Jane Reis Gonçalves Pereira

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S237o Santos, João Paulo de Aguiar.

Omissões legislativas inconstitucionais : reflexões acerca do seu  
correto delineamento teórico e da legitimidade democrática do seu controle /  
João Paulo de Aguiar Santos. – 2013.  
129 f.

Orientadora: Profa. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira.  
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Direito público - Teses. 2. Poder legislativo - Teses. 3. Controle da  
constitucionalidade – Teses. 4. Direito constitucional – Teses. I. Pereira, Jane  
Reis Gonçalves. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de  
Direito. III. Título.

CDU 342

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

João Paulo de Aguiar Santos

**Omissões legislativas inconstitucionais:  
reflexões acerca do seu correto delineamento teórico e da legitimidade  
democrática do seu controle**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em 28 de junho de 2013.

Banca Examinadora:

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Jane Reis Gonçalves Pereira (Orientadora)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento  
Universidade Federal do Rio de Janeiro

---

Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Letícia de Campos Velho Martel  
Pontifícia Universidade Católica – Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2013

A aplicabilidade directa apresenta-se-nos, pois, em regra, apenas como uma vocação; ela não assegura, por si só, o exercício dos direitos, das liberdades e das garantias

*Fausto de Quadros*

## RESUMO

SANTOS, João Paulo de Aguiar. **Omissões legislativas inconstitucionais:** reflexões acerca do seu correto delineamento teórico e da legitimidade democrática do seu controle. 2013. 131f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

A presente dissertação objetiva, a partir principalmente de reflexões abstratas, fornecer elementos capazes de fomentar um coerente questionamento em relação à formulação teórica dominante no que se refere ao estudo da inconstitucionalidade por omissão. Busca-se evidenciar o contexto histórico e jurídico em que o instituto foi desenvolvido para, em seguida, defender a necessidade de se partir para um novo delineamento teórico das circunstâncias aptas a caracterizarem a ocorrência de uma omissão inconstitucional, mais calcado em uma realidade ao mesmo tempo fluida e dinâmica, que requer constante adequação e modernização do direito vigente. Propõe-se a utilização de um raciocínio mais ponderativo e menos subsuntivo no reconhecimento das omissões e uma ampliação do conceito, para que se torne possível reconhecer a ocorrência de uma omissão inconstitucional também em relação às normas ditas autoexequíveis. Essa ampliação conceitual, no entanto, deve estar pautada em estritos valores materiais, notadamente o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, e deve ter como objetivo precípua integrar ao processo de criação de novos direitos ao Poder Legislativo, atuando, assim, simultaneamente como mecanismo apto a contribuir na efetivação dos direitos fundamentais e no desenvolvimento do processo democrático.

Palavras-chave: Direito público. Omissão legislativa inconstitucional. Controle de Constitucionalidade. Interpretação Constitucional. Democracia.

## ABSTRACT

SANTOS, João Paulo de Aguiar. **Unconstitutionality by omission**: thoughts about the proper theoretical assumption and democratic legitimacy in judicial review. 2013. 131f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

This dissertation aims, starting from mainly theoretical thoughts, to provide capable evidences in order to flourish logical examinations regarding to the theoretical assumptions related to the currents studies of unconstitutionality by omission. The work search to show clearly the legal and historical aspects in which the concept was developed to therefore formulate a new theoretical approach of the current circumstances which characterize the unconstitutionality by omission' occurrence. The concept requires a more specific modernization of the Law system, established in a dynamic and fluid reality. It proposes a ponderative reasoning, less founded on the strict application of the law, regarding to the omission knowledge and to enlarge the concept making possible to recognize the unconstitutionality by omission' occurrence also related to the enforceable/feasible standards. This broader concept, although, must be founded in material values, remarkably to the fundamental rights' essence, and the main goal intends to the creation process of new rights by Legislative Power, acting simultaneously as an important instrument in order to put into effect the fundamental rights and the development of democratic process.

Key words: Public Law. Unconstitutionality by omission. Judicial Review. Constitutional Interpretation. Democracy.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1</b>	<b>CONSTITUIÇÃO, SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: FUNDAMENTOS TRADICIONAIS NO ESTUDO DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS E ALGUMAS REFLEXÕES.....</b>	<b>17</b>
1.1	<b>Breves apontamentos acerca do constitucionalismo.....</b>	<b>17</b>
1.2	<b>Supremacia constitucional, rigidez constitucional, cláusulas pétreas e controle de constitucionalidade.....</b>	<b>20</b>
1.3	<b>Omissão inconstitucional e supremacia constitucional.....</b>	<b>23</b>
1.3.1	<u>Omissão inconstitucional e controle de constitucionalidade.....</u>	<b>23</b>
1.3.1.1	A caracterização das omissões inconstitucionais no contexto do controle de constitucionalidade: distinção necessária entre comportamento omissivo (omissão) e o resultado dele decorrente (ausência da lei necessária à efetividade de determinado dispositivo constitucional).....	<b>23</b>
1.3.1.2	Omissão inconstitucional: uma questão de interpretação constitucional.....	<b>27</b>
1.3.1.2.1	Interpretação constitucional: aspectos gerais.....	<b>27</b>
1.3.1.2.2	Aspectos especiais da interpretação constitucional.....	<b>30</b>
1.3.1.2.3	Interpretação constitucional, supremacia constitucional e identificação da omissão inconstitucional.....	<b>35</b>



1.3.2	<u>Rigidez constitucional, cláusulas pétreas e omissão inconstitucional</u> .....	40
2	<b>O FENÔMENO DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL: CRÍTICAS, PRIMEIROS DEBATES, CONTEXTO HISTÓRICO E PARADIGMAS INFLUENTES NA FORMULAÇÃO</b> .....	45
2.1	<b>Considerações gerais</b> .....	45
2.2	<b>Críticas ao instituto da inconstitucionalidade por omissão</b> .....	47
2.3	<b>Contextualizando o estudo das omissões legislativas inconstitucionais</b> .....	54
2.3.1	<u>Primeiros debates acerca das omissões legislativas inconstitucionais</u> .....	54
2.3.2	<u>O estudo das omissões a partir das formulações teóricas do positivismo no contexto do estado social</u> .....	56
3	<b>FENÔMENO DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL: APRESENTAÇÃO SISTEMÁTICA DA FORMULAÇÃO TEÓRICA PREDOMINANTE E ALGUMAS REFLEXÕES</b> .....	59
3.1	<b>Aplicabilidade das normas constitucionais</b> .....	61
3.2	<b>As omissões inconstitucionais: delineamento teórico tradicional</b> .....	67
3.2.1	<u>A omissão legislativa segundo Canotilho</u> .....	67
3.2.2	<u>A omissão legislativa segundo Jorge Miranda</u> .....	70

3.2.3	<u>A omissão legislativa segundo autores brasileiros</u> .....	74
3.2.3.1	Luciane Moessa de Souza: “Normas constitucionais não regulamentadas”.....	74
3.2.3.2	Flávia Piovesan: “Proteção judicial contra omissões legislativas”.....	76
3.2.3.3	Dirley da Cunha Júnior: “Controle Judicial das Omissões do Poder Público”.....	78
3.2.3.4	André Puccinelli Júnior: “A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador”.....	79
4	<b>REPENSANDO A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL: CRÍTICAS E PROPOSIÇÕES</b> .....	81
4.1	<b>Críticas e reflexões acerca da formulação predominante</b> .....	81
4.1.1	<u>Necessidade de o não cumprimento da constituição derivar da violação de certa e determinada norma</u> .....	81
4.1.2	<u>Exigência de se tratar de norma constitucional não exequível por si mesma</u> .....	85
4.1.2.1	O caso da súmula da algema.....	87
4.1.2.1.1	Princípios Constitucionais.....	89
4.1.2.1.2	Princípio da Proporcionalidade.....	91
4.1.2.1.3	Demais enunciados normativos.....	93

4.1.3	<u>O tempo como elemento conceitual caracterizador da omissão.....</u>	97
4.1.4	<u>Concluindo.....</u>	99
4.2	<b>Repensando a omissão em relação às normas não autoexequíveis.....</b>	99
4.2.1	<u>Judicialização dos Direitos sociais e a Teoria da Justiça de Rawls....</u>	102
4.2.1.2	Uma Teoria da Justiça.....	103
4.2.1.3	Judicialização dos direitos sociais: algumas reflexões.....	106
4.2.1.4	Minorias negligenciadas.....	109
4.2.2	<u>Concluindo.....</u>	112
4.3	<b>Refletindo sobre a omissão em relação às normas autoexequíveis.....</b>	114
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	122
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	124

## INTRODUÇÃO

De acordo com Gilmar Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, “é possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno”.<sup>1</sup>

A análise é precisa. No entanto, ‘problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão’ é expressão por demais ampla, capaz de remeter a muitas diversificadas questões. Sua melhor compreensão, em um primeiro momento, passa pela conceituação de omissão inconstitucional. Segundo Carlos Blanco de Moraes, pode-se definir omissão inconstitucional em sentido *lato*, “como a abstenção de um órgão do Estado Colectividade em cumprir com deveres ou obrigações activas que lhes sejam imperativamente determinadas pela Constituição”.<sup>2</sup>

Constata-se, assim, conforme a definição ampla de Carlos Blanco, que haverá uma omissão constitucionalmente relevante quando i) algum órgão estatal deixar de cumprir ii) deveres ou obrigações impostos pela Constituição, sendo esses dois os elementos centrais do conceito que se analisa.

Algumas reflexões já são possíveis. Em relação ao primeiro elemento da definição, percebe-se que a abstenção ou a não atuação caracterizadora de uma omissão inconstitucional poderá ocorrer no âmbito dos três Poderes, uma vez que a Constituição impõe deveres e obrigações a todos eles. Nesse exato sentido, Luís Roberto Barroso consignou que “A omissão inconstitucional pode se dar no âmbito dos três Poderes, pela inércia ilegítima em adotar-se uma providência (i) normativa, (ii) político-administrativa ou (iii) judicial”.<sup>3</sup>

De forma mais detalhada, Jorge Miranda destaca ser possível ocorrer i) inconstitucionalidade por omissão de atos legislativos, no caso de o legislador não editar as leis sem as quais as normas não exequíveis por si próprias possam produzir seus efeitos; ii) inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo; iii) inconstitucionalidade por omissão da revisão constitucional, caso esta

---

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1177.

<sup>2</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional: O direito do contencioso constitucional**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 497.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 273.

seja constitucionalmente prevista; iv) ilegalidade por omissão, também denominada inconstitucionalidade indireta, diante da não publicação de normas regulamentares necessárias à efetivação de determinada lei; v) omissões ilegais de atos administrativos; vi) omissão na função jurisdicional, que segundo o autor seria a denegação de justiça; e, por fim, vii) omissão do próprio Tribunal Constitucional, não decidindo ou não decidindo no tempo fixado na Constituição.<sup>4</sup>

No que se refere ao segundo elemento do conceito, tem-se que a omissão somente será relevante do ponto de vista constitucional diante da existência de uma obrigação ou um dever de agir ativamente por meio dos poderes públicos. Neste ponto já se coloca uma das grandes dificuldades do tema das omissões: com base em quais critérios podem ser legitimamente identificadas as imposições constitucionais?

Embora por muito tempo a Constituição tenha sido identificada como um documento de valor apenas político, não passível de ser invocada perante os tribunais como norma jurídica<sup>5</sup>, esta realidade se modificou, sendo que “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica”.<sup>6</sup>

A partir do instante em que passa a valer como norma dotada de imperatividade, a Constituição começa a prescrever e a proibir condutas e atuações, especialmente aos órgãos públicos. No entanto, as constituições modernas não se pretendem início e fim de toda a ordem jurídica. Elas visam instituir democracias constitucionais, que são sistemas cuja aspiração principal é atingir um justo equilíbrio entre princípio democrático e a ideia de limites da política<sup>7</sup>.

Na busca por este equilíbrio, ao mesmo tempo em que estipula limites positivos e negativos à atuação órgãos públicos, o que é feito primordialmente pela vinculação destes aos direitos fundamentais, a Constituição deixa amplos espaços

---

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II.

<sup>5</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica**. Madrid: Inap, 2003. Segundo este autor (p. 19), “La Constitución no es, pues, en ningún lugar de Europa ante de la última Guerra Mundial, una norma invocable ante los Tribunales. Sólo la recepción del artefacto que es la justicia constitucional en la primera postguerra, pero según la fórmula kelseniana de um Tribunal Constitucional conconcentrado y no del sistema de jurisdicción difusa americano, permitirá hablar, por vez primera, de la Constitución como norma, em cuanto que se erige em canon de validez de las leyes.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 68. t. III.

<sup>7</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2003.

de livre atuação, onde serão travados os embates democráticos dentro de determinada comunidade<sup>8</sup>.

No entanto não há que se falar em exato conteúdo constitucional, capaz de resultar em um perfeito equilíbrio nos termos desejados pela teoria constitucional. Teoricamente há a busca por um conteúdo material de Constituição, ou seja, tenta-se, a partir de reflexões abstratas, desenvolver modelos segundo os quais determinadas matérias deveriam necessariamente ser contempladas em um texto constitucional, sendo que essas estipulações conjuntas plasmadas em um texto constitucional servirão de base para o desenvolvimento contínuo de determinada sociedade.

Como exemplo, pode-se citar John Rawls, em sua obra o “Liberalismo Político”, para quem os elementos constitucionais essenciais são (i) os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político, e (ii) os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar.<sup>9</sup>

A delimitação acima de quais matérias seriam tipicamente constitucionais, contudo, é apenas uma dentre muitas possíveis. Conforme determinado Estado tenha maior feição social ou liberal, sua Constituição conterá mais ou menos normas definidoras de direitos dos cidadãos, e mais ou menos normas que imponham deveres ou obrigações aos Poderes Públicos.

Desta forma, o conceito de omissão inconstitucional, que é aberto e não surge a partir de si próprio, irá variar de acordo com as decisões fundamentais ecoadas em determinadas constituições. Reforça-se, assim, uma das grandes dificuldades já mencionadas. A sua delimitação conceitual (e a constatação quanto à existência ou não de um dever de agir imposto pela Constituição) em determinado ordenamento jurídico dependerá de um grande esforço interpretativo e teórico tanto do texto constitucional, como também da realidade a qual ele se aplica.

---

<sup>8</sup> Em feliz síntese, Ana Paula de Barcellos destaca que “O constitucionalismo, como se sabe, veicula a técnica, até aqui vitoriosa em boa parte do mundo, por meio da qual se conseguiu fazer coexistir ao menos três bens altamente desejáveis: a limitação do poder político (inclusive das maiorias), a proteção (e em alguns casos até a promoção) dos direitos fundamentais e a consagração da democracia como regra geral no que diz respeito ao exercício do poder político”. BARCELLOS, Ana Paulo de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 12, 2009. p. 1.

<sup>9</sup> RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Editora Ática, 2000. p. 277.

Parece, pois, evidente, que a pergunta feita acima, de com base em quais critérios poderão ser legitimamente identificadas as imposições constitucionais de agir, não pode ser tão facilmente respondida. É natural que em alguns casos o próprio texto fornecerá esta resposta, mas não é o que sempre ocorre. Será evidenciado ao longo do presente trabalho que a doutrina quase em sua totalidade, ao conceituar inconstitucionalidade por omissão, diz que a sua ocorrência pressupõe a exigência constitucional de ação<sup>10</sup>, sem delimitar, precisamente, no entanto, quando esta resta caracterizada.

Esta dificuldade, uma das principais no estudo do tema em análise, será ainda mais pontual, tendo em vista que em relação a cada um dos três Poderes haverá determinados tipos de exigências constitucionais de agir. Sendo assim, não seria possível estudar indistintamente as modalidades de omissões possíveis de serem perpetradas, a partir de um não fazer, por cada um dos poderes constituídos.

Não só a identificação destas omissões exige análises diferenciadas a partir dos traços funcionais de cada um dos poderes, como os remédios jurídicos a serem adotados tendem a variar. Assim, feitas essas distinções, e tendo em vista a grande complexidade do tema, impõe-se um corte metodológico, uma delimitação precisa do tema a ser estudado. No intuito de se conseguir efetuar alguma contribuição a partir de uma pesquisa e reflexões profundas, o presente trabalho terá como objeto de pesquisa apenas as omissões legislativas.

Uma série de motivos leva à conclusão de que no âmbito do objeto pesquisado há contribuições a serem feitas. Em primeiro lugar, como antecipadamente terá percebido qualquer pessoa que já estudou o tema com maior rigor, o tratamento dado às omissões, em especial no que se refere às classificações e delimitações conceituais, é o mesmo, com pequenas variações, há pelo menos 40 anos.

Segundo Carlos Blanco de Moraes, em artigo publicado recentemente<sup>11</sup>, a classificação clássica das omissões legislativas inconstitucionais esboçada por Wessel e trabalhada por Mortati ainda impera na jurisprudência e na doutrina italiana, espanhola e portuguesa.

---

<sup>10</sup>Dentre outros: PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 90.

<sup>11</sup>MORAES, Carlos Blanco. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, a. 5, p. 18, 2011/2012.

Os trabalhos referidos de Wessel e Mortati, que também serão analisados no presente estudo, são respectivamente de 1952 e 1972. No que se refere ao direito brasileiro, o tratamento dado ao tema tem sido o mesmo, seguindo tendência dos países mencionados, seja a partir de pesquisas realizadas diretamente nas fontes referidas ou a partir da intermediação feita por meio de influentes obras de autores portugueses, dentre os quais merece destaque Jorge Miranda<sup>12</sup> e Gomes Canotilho<sup>13</sup>.

A partir das mesmas classificações e conceituações, repetidas quase que automaticamente, seguem-se, na maior parte dos trabalhos desenvolvidos sobre o tema, discussões sobre as alternativas capazes de possibilitar a superação das referidas omissões e sobre a possível violação ao princípio da separação dos poderes, quando da atuação do Poder Judiciário no intuito de suprir determinada omissão. Todas essas discussões, com raras exceções, baseiam-se em formulações e argumentos já antes apresentados.

Neste contexto, pode-se afirmar que nos últimos anos o estudo das omissões legislativas constitucionais pouco avançou. Este limitado avanço, naturalmente, deve ser visto a um só tempo como fruto e demonstrativo das dificuldades inerentes ao seu desenvolvimento.

Uma boa hipótese para essa relativa estagnação no estudo do tema das omissões legislativas pode estar no fato, constatado por Joana Rita, de ao longo dos anos os estudos terem recaído “em exclusivo sobre os mecanismos jurisdicionais de reação face a tais omissões<sup>14</sup>, obliterando-se o plano material atinente à

---

<sup>12</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II.

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

<sup>14</sup> Nesse sentido seria possível fazer referência a inúmeros trabalhos. No âmbito do direito brasileiro são incontáveis os trabalhos que tratam do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Seguem, a título ilustrativo, alguns artigos de doutrina estrangeira que enfocam, no estudo das omissões legislativas, principalmente os mecanismos jurisdicionais capazes de auxiliarem na sua superação. No âmbito do direito alemão: SCHENKE, Wolf-Rüdiger. Rechtschutz gegen das Unterlassen von Rechtsnormen. **Verwaltungs-archiv**, [s.l.], 82, Heft 3 – 1. juli 1991. SCHNEIDER, Rudolf. Rechtsschutz gegen verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers, **AöR**, 89, 1964. SCHULTE, Martin. Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. DVBI, 1988. SEGADO, Francisco Fernández. El control de las omisiones legislativas por el “Bundesverfassungsgericht”. **UNED. Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 22, p. 93-135, 2008. No âmbito do direito americano: SCHARPIRO, Robert A. The legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction. **The Yale Law Journal**, 99, 1989. No direito espanhol: SAGÜES, Néstor Pedro. **Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión**. Disponível em: < <http://132.248.65.15/libros/1/344/26.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2012. Por fim, na mesma linha, um bom estudo de direito comparado europeu.



determinação de tais deveres”.<sup>15</sup> Esses deveres a que a autora se refere são os deveres impostos pela Constituição, cuja inobservância faz surgir uma omissão legislativa inconstitucional.

O presente estudo demonstrará que a busca de novas soluções, inclusive processuais, frente ao problema das omissões legislativas, se dá a partir de conceituações e classificações antigas. É possível que dificuldade em avançar e a subutilização do instituto decorram deste fato, sendo necessário repensar as omissões de uma forma completa, partindo-se da sua gênese, dos elementos que a caracterizam, inclusive materialmente.

Sendo assim, outro corte metodológico será feito. Na contramão da maioria dos estudos sobre omissões legislativas, o presente trabalho propõe-se a repensar as omissões legislativas não a partir das suas possíveis soluções, mas a partir do seu correto delineamento, que passa pela correta identificação dos verdadeiros deveres impostos ao legislador. Se for bem sucedido neste desafio, ter-se-á por atingido seu objetivo, sendo que futuramente os novos elementos conceituais delineados poderão servir como base de novos estudos mais preocupados com os possíveis mecanismos de superação das omissões inconstitucionais.

A partir das reflexões referentes à formulação conceitual das omissões legislativas, será possível, inclusive, ainda que sem entrar especificamente na temática das possibilidades decisórias neste âmbito, analisar a questão da legitimação democrática da jurisdição constitucional no controle de constitucionalidade das omissões legislativas<sup>16</sup>.

Embora o objeto delimitado da pesquisa possa parecer pouco ambicioso ou demasiadamente restrito, tem-se, em verdade, o contrário. O que se almeja é atualizar o tema, tentando-o compreender não mais desde a sua perspectiva tradicional, mas a partir do novo paradigma jurídico consolidado nas últimas

---

REVORIO, Francisco Javier Díaz. El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, a. 21, n. 61, ene./abr. 2001.

<sup>15</sup> ABREU. Joana Rita de Souza Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por:** a inércia do legislador e suas consequências. Lisboa: Editorial Juruá, 2011. p. 104.

<sup>16</sup> Sobre esse tema são relevantes, apesar de breves, as reflexões contidas no seguinte trabalho: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Legitimação Democrática do Controle de Constitucionalidade das Omissões legislativas: Notas Acerca do Instituto do Mandado de Injunção. In: ARRUDA, Paula (coord.). **Os Atuais Desafios da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.p. 199-216.

décadas, qual seja o neoconstitucionalismo, caracterizado pela centralidade dada aos princípios jurídicos na autocompreensão dos sistemas jurídicos.<sup>17</sup>

Desta centralidade atribuída aos princípios jurídicos, muitos institutos e temas jurídicos têm sido repensados, em especial os direitos fundamentais, objeto de intensos debates e desenvolvimentos tanto doutrinários quanto jurisprudencial<sup>18</sup>. Não poderia ser diferente com as omissões legislativas inconstitucionais, inclusive porque estas se relacionam intimamente com os direitos fundamentais.

Neste contexto pode-se indagar: como esta centralidade dos princípios jurídicos reflete na tipologia e identificação das omissões legislativas inconstitucionais? É o que se pretende analisar. A tese defendida neste trabalho é no sentido de que o conceito “omissão legislativa inconstitucional” precisa ser alargado, passando a abranger situações outras que as até então por ele contempladas.

Por fim, importante tecer a seguinte observação: no intuito de deixar o texto menos truncado, daqui em diante a expressão “omissão legislativa inconstitucional” será, circunstancialmente, referida simplesmente pela palavra “omissão”.

---

<sup>17</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM Gustavo Binenbojm (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>18</sup> Em sede jurisprudencial, este desenvolvimento teve como ator principal o Tribunal Constitucional alemão. No âmbito doutrinário, também se destacam obras de autores alemães, com destaque para, dentre outros, ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. No Brasil, dentro outros, merecem ser destacados os seguintes trabalhos: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

# 1 CONSTITUIÇÃO, SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: FUNDAMENTOS TRADICIONAIS NO ESTUDO DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS E ALGUMAS REFLEXÕES

## 1.1 Breves apontamentos acerca do constitucionalismo

O estudo das omissões legislativas inconstitucionais obviamente só pode ser feito dentro do marco de um Estado Constitucional, dotado de uma Constituição. Surge daí a necessidade de se precisar esse marco constitucional a partir do qual o estudo será feito. O termo “constituição” pode ser empregado com diversos significados. José Afonso da Silva cita pelo menos seis:

(a) “Conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a *constituição* do universo, a *constituição* dos corpos sólidos”; (b) “Temperamento, compleição do corpo humano: uma *constituição* psicológica explosiva, uma *constituição* robusta”; (c) “Organização, formação: a *constituição* de uma assembleia, a *constituição* de uma comissão”; (d) “O ato de estabelecer juridicamente: a *constituição* de dote, de renda, de uma sociedade anônima”; (e) “Conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição: a *constituição* da propriedade”; (f) A lei fundamental de um Estado”.<sup>19</sup>

Conforme o mesmo autor, todos esses sentidos são congruentes, exprimindo a “ideia de *modo de ser de alguma coisa* e, por extensão, a [ideia] de organização interna seres e entidades”<sup>20</sup>. É neste mesmo sentido, prossegue o autor, “que se diz que *todo Estado tem constituição*, que é o simples *modo de ser do Estado*.”<sup>21</sup>

De fato, como destacou Ferdinand Lassale, em seu clássico estudo, cujo título é “A Essência da Constituição”, “uma Constituição real e efetiva a possuíram e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgar que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos.”<sup>22</sup> Para esse autor, que desenvolve uma concepção sociológica de Constituição, a verdadeira e real Constituição seria formada pelos fatores reais de poder, sendo que a única novidade no constitucionalismo moderno residiria no fato de as constituições passarem a ser “escritas nas folhas de papel”<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 37.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>22</sup> LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. p. 47.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 49.

Embora seja verdadeira a afirmação de Lassale de que todos os países sempre possuíram uma Constituição, não é verdadeira a sua asserção de que a única diferença das Constituições modernas, em relação às antigas, está no fato de serem escritas. Segundo Dieter Grimm, antes do advento do constitucionalismo moderno, o conceito de Constituição era meramente descritivo da realidade política, no sentido de que cada Estado possuía uma determinada forma de organizar e exercer o poder político. O conceito de constituição se confundia com a própria realidade<sup>24</sup>.

Como destaca o mesmo autor, a Constituição moderna não se constitui da mera descrição do modo de ser de determinado Estado, mas, diferentemente, é caracterizada pelo seu aspecto normativo. Constituição moderna, segundo Grimm, é documento escrito em forma jurídica, por meio do qual se estipula a forma como o poder do estado deve ser organizado e exercido.<sup>25</sup> A partir de então, o constitucionalismo passa a ser o estudo do dever-ser, o estudo da forma como a vida em sociedade deve ser organizada. Neste novo sentido, enquanto conceito normativo, destaca Grimm, nem todos os Estados tiveram Constituição<sup>26</sup>.

Mas não bastava às constituições modernas a imposição de qualquer dever-ser. O constitucionalismo moderno surgiu comprometido com alguns ideais. Em pleno contexto do iluminismo, as constituições modernas tinham como três grandes objetivos, segundo Dalmo Dallari, fazer prevalecer a supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença nas virtudes da razão<sup>27</sup>. É neste mesmo sentido que Canotilho afirma que “Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.”<sup>28</sup>

A partir desta definição, Canotilho destaca as dimensões fundamentais caracterizadoras das constituições modernas, que seriam:

---

<sup>24</sup> GRIMM, Dieter. **Die Zukunft der Verfassung**. Frankfurt: Suhrkamp, 1991. p. 35.

<sup>25</sup> Elucidando este ponto, vide: Ibidem, p. 36. “Demgegenüber schrieb die moderne Verfassung mit systematischem und erschöpfendem Anspruch in einem rechtsförmigen Dokument vor, wie die Staatsgewalt eingerichtet und ausgeübt werden sollte.”(grifo nosso).

<sup>26</sup> Ibidem, p. 36. “Verfassung trat also als *normativer Begriff* auf. In diesem neuen Sinn hatten keineswegs alle Staaten eine Verfassung.”.

<sup>27</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 198.

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52.

(1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*<sup>29</sup>.

Pode-se dizer que os três elementos acima são elementos que simultaneamente abrangem o conceito formal e material de Constituição. Constituição em sentido formal se refere ao “peculiar modo de existir do Estado, reduzido, sob forma escrita, a um documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte”<sup>30</sup>. Assim, sempre que a ordenação jurídico-política de determinada sociedade for retratada em um documento escrito, estar-se-á diante de uma constituição formal. Constituição material se refere aos conteúdos essencialmente constitucionais. Esses estão relacionados às decisões políticas fundamentais tomadas por determinada comunidade política, e embora essas possam variar quanto à sua formulação, há consenso teórico de que são conteúdos materialmente constitucionais os direitos fundamentais e a organização do poder político, de forma a propiciar o seu exercício limitado.

E isso é assim porque, como destaca Hartmut Maurer, o Estado existe em função dos indivíduos, e não o contrário<sup>31</sup>. Neste contexto de pouca utilidade seria a normatividade dos textos constitucionais se não tivesse como principal objetivo propiciar aos cidadãos uma convivência harmônica, onde cada um tenha a garantia de que seus direitos fundamentais serão respeitados e assegurados.

Feitas essas reflexões, destaca-se que o estudo das omissões legislativas tem relevância e deve ser feito a partir do contexto do constitucionalismo moderno, conforme brevemente apresentado. Dado o fato de os direitos fundamentais serem conteúdos constitucionais da mais alta relevância, pode-se de antemão afirmar que as mais relevantes omissões legislativas serão aquelas responsáveis pela inviabilização do exercício dos direitos fundamentais.

---

<sup>29</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 41.

<sup>31</sup> MAURER, Hartmut. **Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen**. 5. Auf. München: C.H. Beck, 2007. p. 166. “Der Staat ist des Menschen wegen und nicht – umgekehrt – der Mensch des Staats da. Zu Recht wird der Grundsatz der Menschenwürde als ‘oberstes Konstitutionsprinzip’ (Dürig) bezeichnet.”

## 1.2 Supremacia constitucional, rigidez constitucional, cláusulas pétreas e controle de constitucionalidade

É lugar comum na teoria constitucional que a Constituição, em sua acepção moderna, é dotada de supremacia. De acordo com Pinto Ferreira apud Silva, o princípio da supremacia da constituição “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”<sup>32</sup>. Para a caracterização de tal relevante princípio foi fundamental a distinção entre poder constituinte e poder constituído, elaborada por Emmanuel Joseph Sieyès, em clássica obra traduzida para o português sob o título de “A constituinte burguesa”.

Segundo esta distinção, o poder constituinte seria aquele que sendo exercido soberanamente pelo povo, de forma incondicionada e permanente, formularia uma constituição escrita, cujo conteúdo daria existência e atribuiria competências para atuação dos poderes constituídos que, juridicamente limitados, somente poderiam atuar nos estritos termos da Constituição<sup>33</sup>.

Assim, a Constituição seria dotada de supremacia por ter sido elaborada de forma legítima e soberana pelo povo, que seria ao mesmo tempo seu criador e destinatário, sendo expressão mais genuína do que convencionalmente se denomina autogoverno. A Constituição, enquanto produto da atuação do Poder Constituinte, seria expressão da soberania popular.

Como soa intuitivo, esta formulação, apesar de fundamental para o estabelecimento das constituições modernas, a partir do instante em que ofereceu fundamento teórico para a supremacia da constituição, não está isenta de problemas. O principal questionamento, que tem íntima relação com o estudo das omissões, em especial com a formulação a ser dada por este trabalho, se refere ao que Stephen Holmes denomina paradoxo da democracia<sup>34</sup>.

Deixando os possíveis questionamentos de lado, e considerando que as constituições são dotadas de supremacia, cabe esclarecer que a supremacia da constituição se dá sob os prismas material e formal, sendo que essa classificação se

---

<sup>32</sup> PINTO FERREIRA apud SILVA, 2003, p. 45. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 22. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 45).

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 96-121.

<sup>34</sup> HOLMES, Stephen. Pre-commitment and the Paradoxo of Democracy. In: ELSTER, John; SLAGSTADT, Rune (org.). **Constitutionalism and Democracy**. New York: Cambridge University Press, 1993.

assemelha à própria classificação do que seria constituição material ou formal. De acordo com Elival da Silva Ramos, a supremacia material tem a ver com o conteúdo da Constituição, ou seja, na acepção material, a supremacia das normas constitucionais decorreria da sua natureza. Segundo o autor, citando Cappelletti, a noção de supremacia material foi amplamente cultivada pela doutrina jusnaturalista, uma vez que para esta as normas de direito natural, de origem divina, seriam superiores às demais, que por estes motivos deveriam nelas se inspirar<sup>35</sup>.

Já a supremacia formal se vincula ao conceito de constituição formal, e surge simultaneamente com as constituições escritas, que passam a constituir o ápice hierárquico dos sistemas jurídicos positivados. Uma vez dotadas de supremacia formal, as normas constitucionais, hierarquicamente superiores às demais, passam a ser utilizadas como critério para a “solução de eventuais contradições normativas intrassistêmicas”.<sup>36</sup>

Três são os mecanismos por meio dos quais a supremacia da constituição se impõe faticamente. O primeiro é o estabelecimento de requisitos que fazem com que a modificação do texto constitucional seja mais difícil do que a de textos legais. A técnica mais comumente utilizada é a exigência de maior *quórum*. De acordo com a doutrina, as constituições que se valem deste mecanismo são dotadas de “rigidez constitucional”<sup>37</sup>. Este é o caso da Constituição brasileira. Enquanto para a aprovação de uma lei ordinária se exige manifestação favorável de maioria simples, a aprovação de emendas à Constituição exige aprovação de 3/5 do Congresso Nacional<sup>38</sup>. Simplificadamente, tem-se que “a rigidez propriamente dita significa a inalterabilidade da Constituição por lei ordinária”<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: Perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19-25.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>37</sup> Cabe destacar não haver consenso doutrinário sobre a relação de causa e consequência entre rigidez constitucional e supremacia da constituição. Dentre outros, entendem que da rigidez constitucional decorre a supremacia da constituição FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 62 e SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 45. Em sentido contrário, entendendo que a rigidez constitucional decorre da supremacia da constitucional RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: Perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45. Concordamos com este último posicionamento, pois entendemos que a rigidez é mero mecanismo técnico-formal por meio do qual se busca efetivar a supremacia da constituição, sendo está, em verdade, decorrente de uma manifestação soberana do povo. Parece ingênuo supor que meros arranjos institucionais seriam capazes de dotar, por si só, a Constituição de supremacia.

<sup>38</sup> Art. 60, § 2º, da Constituição Federal.

<sup>39</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: Perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42-43.

Outro mecanismo muito relevante na efetivação da supremacia da Constituição é o estabelecimento de cláusulas pétreas, ou seja, a imposição de limites materiais ao poder de revisão constitucional. Neste ponto o já citado paradoxo democrático ganha contornos dramáticos. No direito brasileiro, por força do art. 60, § 4º, inciso IV, os direitos e garantias individuais<sup>40</sup> são cláusulas pétreas, o que demonstra, inclusive em termos de direito positivo, o alto grau de importância a eles dado pelo poder constituinte.

Por fim, pode-se mencionar o controle de constitucionalidade. Quanto à sua importância para a efetivação do princípio da supremacia da constituição, destaca Elival Ramos que:

A consolidação do sistema europeu de controle de constitucionalidade e o amplo desenvolvimento do sistema estadunidense, impulsionado pela jurisprudência da Suprema Corte desde os primórdios da Constituição de 1787, atribuíram ao princípio da supremacia hierárquica das normas constitucionais uma dimensão operacional jamais imaginada no momento de sua afirmação teórica pelos iluministas do século XVIII, abrangendo, hodiernamente, não apenas o exame da regularidade de atos legislativos, mas, também, procurando coibir a prática de omissões inconstitucionais.<sup>41</sup>

Assim, o controle das omissões inconstitucionais, que se dá no âmbito do controle de constitucionalidade das normas, está intimamente ligado à realização do princípio da supremacia da Constituição. Isso porque, os poderes constituídos podem subverter a ordem constitucional tanto atuando contrariamente às normas constitucionais ou para além do que estas permitem, como também deixando de atuar quando há uma dever de agir. No primeiro caso haverá uma inconstitucionalidade por ação, no segundo, uma inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>40</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Emendas Constitucionais e Restrição aos Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 246, 2007, p. 288-317. Neste artigo, o autor cita o julgamento da ADIn nº 939-DF, para destacar que nele o STF consignou que “a expressão direitos e garantias fundamentais, inserida no art. 60, § 4º, IV da Constituição, deve ser lida como direitos fundamentais, abrangendo inclusive os não positivados formalmente no respectivo catálogo constitucional, mercê da cláusula materialmente aberta contida no art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988.

<sup>41</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: Perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.



### 1.3 Omissão inconstitucional e supremacia constitucional

O estudo das omissões inconstitucionais e das suas formas de controle se coloca, assim, como instrumento de efetividade das normas constitucionais, buscando fazer valer a supremacia constitucional e a sua força normativa. Desta forma, a correta identificação das omissões, assevera majoritariamente a doutrina, passa pelo estudo das normas constitucionais, a partir do prisma da sua aplicabilidade e efetividade.

Em um plano ideal, meramente normativo, as omissões podem ser facilmente compreendidas. Diante de um texto constitucional, dotado de supremacia e de normas vinculantes, sempre que houvesse uma imposição de atuar, a sua não observância seria inconstitucional, por violar justamente a supremacia da constituição, minando sua força normativa e deixando suas normas sem efetividade. No plano real, surgem algumas perplexidades.

Embora não se pretenda neste momento refletir sistematicamente acerca das complexidades envolvidas no estudo das omissões inconstitucionais legislativas, a análise da forma como este tema se relaciona e se fundamenta no princípio da supremacia constitucional mostra-se momento oportuno para que alguns questionamentos sobre a formulação teórica atualmente dada às omissões sejam apresentados. Quando do estudo sistemático das omissões, muitas das reflexões abaixo desenvolvidas serão retomadas e aprofundadas.

#### 1.3.1 Omissão inconstitucional e controle de constitucionalidade

1.3.1.1 A caracterização das omissões inconstitucionais no contexto do controle de constitucionalidade: distinção necessária entre comportamento omissivo (omissão) e resultado dele decorrente (ausência da lei necessária à efetividade de determinado dispositivo constitucional)

Uma perfeita compreensão das omissões inconstitucionais e da sua delimitação adequada pressupõe algumas distinções preliminares, relacionadas ao controle de constitucionalidade, geralmente negligenciadas. Quando uma lei

inconstitucional é promulgada e tem a sua constitucionalidade questionada, a análise feita pelo tribunal há de ser uma análise comparativa e relacional (de compatibilidade). No entanto, essa análise comparativa pode se dar entre o parâmetro constitucional e o comportamento do legislador ou entre o parâmetro constitucional e a norma legal em si, objeto do questionamento. Embora essa distinção seja bastante sutil ela será relevante quando da análise da inconstitucionalidade por omissão.

No caso de uma inconstitucionalidade formal, o tribunal não chega a analisar o conteúdo da norma questionada. Embora o questionamento se dê em relação à norma, ela em si (seu conteúdo) não chega sequer a ser averiguada, sendo que na prática o que é avaliado é a atuação, a forma de agir do poder legislativo. A inconstitucionalidade formal ocorre quando o atuar na elaboração da lei não observa os parâmetros constitucionais. A invalidação da norma ocorre nesses casos como mera decorrência do vício formal. E embora a análise se centre no comportamento e na forma do agir, essa análise é objetiva, sendo irrelevante a ocorrência de eventual culpa ou dolo. No âmbito do controle de norma, a análise jurisdicional não tem como foco direto elaborar juízo de reprovabilidade da atuação legislativa, buscando precipuamente preservar as normas constitucionais e o sistema constitucional.

Já a inconstitucionalidade material, conforme lição de Luís Roberto Barroso, expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição.<sup>42</sup> Nestes casos, a análise de compatibilidade se dá não entre o comportamento (procedimento/forma) em si e o parâmetro Constitucional, como no caso acima analisado em que é declarada a inconstitucionalidade formal, mas entre o parâmetro constitucional e a própria norma legal, enquanto objeto autônomo, que se diferencia da atuação que a originou.

Essa distinção é relevante pois tanto o controle de constitucionalidade por ação como por omissão buscam proteger e resguardar a ordem constitucional em termos objetivos. Uma vez que não há que se falar em inconstitucionalidade por omissão formal, já que as constituições obviamente não estabelecem procedimentos para o não agir inconstitucional, tem-se que no controle de constitucionalidade

---

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51.

material o que é relevante não é a ação em si, no caso do controle por ação, ou a omissão, no caso do controle por omissão, mas sim contrariedade que o produto desta ação ou omissão pode gerar à ordem constitucional.

Se a distinção já é tênue no caso da inconstitucionalidade por ação, em que do agir surge uma lei, enquanto objeto autônomo, no caso das omissões ela é ainda de mais difícil reflexão, já que do não agir não surge nada. É como se se tratasse da mesma coisa, mas não. Uma coisa é o não agir, outra é a falta de lei, decorrente do não agir, que limita ou impede a efetivação de alguma norma constitucional.

Assim como não haverá inconstitucionalidade por ação, sem ação, e sem que a atuação tenha ido além do que prescreve o texto constitucional, não haverá inconstitucionalidade por omissão sem um não agir, e sem que essa não atuação se dê diante de uma exigência constitucional de ação. Não se está a afirmar que a ação e a omissão em si sejam elementos dispensáveis à ocorrência da inconstitucionalidade. Ao contrário, são elementos essenciais. O que se pretende defender é que não obstante a isto, no controle de constitucionalidade, que visa proteger a ordem constitucional, o mais relevante será o resultado desta ação ou omissão, no que se refere a possível violação aos bens constitucionais envolvidos.

Embora no âmbito do controle de normas a declaração de constitucionalidade objetiva e indiretamente possa ser vista como uma censura dirigida ao poder legislativo, esse não é o seu foco central. No caso das omissões inconstitucionais, torna-se possível fazer uma distinção muito clara entre o dever de legislar e o bem constitucional que se pretende resguardar com a imposição deste dever, embora ambos estejam umbilicalmente ligados.

Como fruto desta distinção tem-se que uma omissão inconstitucional sempre será duplamente inconstitucional, uma vez que o não agir, quando este for obrigatório, estará simultaneamente violando um dever constitucional de ação (fruto do comportamento de não agir em si) e violando, em algum grau, o bem constitucional que se pretendia efetivar com aquela exigência de ação (pela falta de lei necessária à efetivação do preceito constitucional).

Assim, para que aja uma omissão inconstitucional, deverá haver um comportamento omisso violador de um dever de agir, mas essa omissão (não agir em si), a fim de caracterizar a existência ou não da omissão inconstitucional, no âmbito do controle de normas, deve ser constatada objetivamente, já que aqui, como ficou demonstrado quando da análise da declaração de inconstitucionalidade por

ação, o objeto da análise é a compatibilidade com a Constituição, ou não, do resultado, objetivo (lei ou não lei), do comportamento ativo ou omissivo, não o comportamento em si.

Embora essas considerações não tragam repercussões práticas no âmbito da inconstitucionalidade por ação, elas se mostram fundamentais na reconstrução que se pretende fazer na conceituação das omissões. Isso porque, como será demonstrado mais a frente, a doutrina e a jurisprudência englobam majoritariamente na conceituação das omissões, para fins de seu controle normativo, elementos que fazem a análise recair de forma inadequada sobre a atuação do legislador, transformando o controle de constitucionalidade das normas, cujo objetivo precípua é proteger a integridade do sistema constitucional, em julgamento da forma como o poder legislativo atuou ou deixou de atuar.

Um exemplo pode clarificar o raciocínio. De acordo com Dirley da Cunha, no que é acompanhado massivamente pela doutrina,

(...) a apreciação da omissão não pode ser separada da apreciação do fator tempo, pois o juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo, dentro do qual podia e devia ser produzida a medida necessária para conferir exequibilidade à norma constitucional. Ante esse elemento temporal, pode-se afirmar que a inconstitucionalidade por omissão, para ser reconhecida, pressupõe também um juízo sobre o decurso do tempo<sup>43</sup>.

Ora, o juízo sobre o tempo dentro do qual podia e devia ter sido produzida determinada lei incide exclusivamente sobre o comportamento omissivo do legislador que, dado o tempo e a circunstância, será mais reprovável ou não. No entanto, é elemento externo que não se confunde e não pode ser tomado como elemento caracterizador da omissão inconstitucional. Em havendo um dever de agir constitucional, basta a mera constatação de que não houve a ação pretendida e de que com isso o bem que se pretendia prestigiar teve sua efetividade prejudicada para que se possa falar em omissão inconstitucional.

---

<sup>43</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 125-126.

Como demonstrado quando da análise da inconstitucionalidade por ação, o juízo de inconstitucionalidade no âmbito do controle de constitucionalidade é um juízo sobre a afronta à constituição efetivada pelo resultado do comportamento ativo (lei), quando o órgão atua, ou omissivo (ausência de lei), quando o órgão não atua. Não se trata de um juízo acerca da reprovabilidade ou não do comportamento em si do legislador, ainda que a sutileza da distinção dê a entender tratar-se da mesma coisa.

No caso das omissões pode-se destacar que embora a análise das circunstâncias capazes de possibilitar um juízo sobre a reprovabilidade ou não do comportamento omissivo do legislador não deva influir na conceituação das omissões inconstitucionais, ela pode fornecer um relevante parâmetro a sugerir ao Tribunal Constitucional um comportamento mais restritivo ou mais ativista em face da omissão que se lhe coloca.

Além do mais, esta formulação pode justificar de forma adequada uma fiscalização concreta das omissões, tendo por fundamento a defesa de interesses individuais.

#### 1.3.1.2 Omissão inconstitucional: uma questão de interpretação constitucional

Ainda refletindo sobre as omissões constitucionais no âmbito do controle de constitucionalidade das normas, merece ser destacada uma grande distinção entre o controle de constitucionalidade por ação e por omissão. A análise da constitucionalidade material de determinada lei é uma análise relacional. Busca-se avaliar se o conteúdo da lei é compatível com o conteúdo da norma constitucional em face da qual ela foi questionada. Este juízo de compatibilidade passa tanto pela interpretação do conteúdo dos dispositivos da lei como da Constituição.

No que se refere às omissões, tem-se que em face da omissão não há texto legal, sendo que o reconhecimento da omissão se dará exclusivamente a partir dos parâmetros constitucionais. Neste sentido, o reconhecimento de uma omissão é uma questão genuína de interpretação constitucional. Por este motivo, mostra-se relevante refletir, ainda que brevemente, acerca da interpretação constitucional.

##### 1.3.1.2.1 Interpretação constitucional: aspectos gerais

Existem normas constitucionais que são claras, não apresentam problemas quanto ao seu significado. Estas podem ser aplicadas mais facilmente, sem gerar maiores problemas interpretativos. Existem também, ao contrário destas primeiras, normas que não são inequívocas, o que pode trazer dúvidas no momento de sua aplicação. Em sendo verdade que problemas referentes à interpretação podem ser encontrados em todos os ramos do direito, não se pode negar que no direito constitucional tais problemas ganham especial peso e significado.

Hartmut Maurer afirma que além da maior relevância, os problemas referentes à interpretação constitucional são mais frequentes e difíceis que os situados nos demais ramos do direito. Para sustentar tal afirmação elenca quatro motivos<sup>44</sup>. Inicialmente, o constituinte não pode dispor do tempo necessário para formular cuidadosamente as regras constitucionais; em segundo lugar, o constituinte deve se limitar a regras gerais e concisas; em terceiro lugar, em se tratando de elaboração de texto constitucional, se não se chega a um consenso em determinado ponto, tende-se a se estabelecer acordos e compromissos que sejam aceitáveis para todos os lados, o que, a bem da verdade, não resolve a discordância, somente posterga o momento em que ela será decidida. Por fim, deve-se ter em mente o especial objeto do direito constitucional, que trata das regras gerais de organização do Estado e da vida da sociedade como um todo.

De uma forma geral pode-se dizer que para a interpretação da Constituição são válidos os mesmos princípios interpretativos utilizados para a interpretação das leis em geral. Uma pesquisa na literatura especializada mostra que os critérios apontados são os mesmos, muito embora com denominações diferentes.

Karl Larenz, em sua “Metodologia da Ciência do Direito”, ao trabalhar a interpretação das leis, aponta como critérios o sentido literal; o contexto significativo da lei; a intenção reguladora, fins e ideais normativos do legislador histórico; os

---

<sup>44</sup> MAURER, Hartmut. **Staatsrecht I**: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen. 5. auf. München: C.H. Beck, 2007. p. 18. No original: „ Auslegungsprobleme ergeben sich in allen Rechtsbereichen. Im Verfassungsrecht erlangen sie jedoch besonderes Gewicht und besondere Bedeutung. Sie sind häufiger und schwieriger, weil der Verfassungsgeber erstens nicht die erforderliche Zeit für sorgfältig abgefasste Regelungen hat, zweitens sich auf knapp und allgemein gehaltene Regelungen beschränken will und muss und drittens dann, wenn in der Sache keine Einigung zu erreichen ist, dazu neigt, auf Formelkompromisse auszuweichen, die für alle Seiten akzeptabel sind, letztlich aber die Sachentscheidung nur aufschieben. Hinzu kommt der besondere Gegenstand des Verfassungsrechts. Er betrifft den politischen Bereich, der machtorientiert und sensibel zugleich ist, und enthält weitreichende Regelungen für das gesamte staatliche und gesellschaftliche Leben“.

critérios teleológicos-objetivos, e também o preceito da interpretação conforme à constituição.<sup>45</sup>

Hartmut Maurer destaca como princípios de interpretação das normas em geral e também da Constituição a busca do sentido literal, a análise da história de surgimento da lei, a interpretação sistemática e a interpretação teleológica.<sup>46</sup>

Em última análise, independente da forma como os autores denominam os critérios interpretativos, no concernente a interpretação constitucional pode-se falar na existência de uma interpretação gramatical, que toma o texto constitucional como ponto de partida e, ao mesmo tempo, como limite da interpretação; de uma análise da vontade histórica do legislador constituinte e dos seus objetivos, o que pode ser obtido através do estudo da exposição oficial de motivos ou a partir da declaração de intenções do legislador; de uma análise sistemática, de acordo com a qual as normas constitucionais não podem ser interpretadas isoladamente, mas, ao contrário, devem ser consideradas dentro do seu contexto histórico, e, por fim, há que se destacar também a existência de uma interpretação teleológica, na qual se pergunta ao interpretar a lei pelo seu sentido e finalidade.

Quanto a essas regras de interpretação, permanece incerto a qual se deve atribuir preferência. Em decisão de 1960, o “Bundesverfassungsgericht” (Tribunal Constitucional Alemão) citou passagem do livro de Radbruch sobre filosofia do direito, em que o autor afirmava que enquanto as teorias subjetivistas se vinculam à vontade histórica do legislador, e dela tentam tirar um contexto de aplicação para a norma, as teorias objetivistas se fixam na própria lei, na vontade do legislador objetivada no texto legal. Afirma, ainda nesta decisão, o tribunal, que as teorias objetivistas ganham tanto na doutrina quanto na jurisprudência um crescente reconhecimento.<sup>47</sup> Essa orientação já se consolidou no Tribunal Constitucional Alemão. Em outra decisão (BverfGE 36, 342, 362) citada por Maurer, o tribunal estabeleceu que “a lei pode perfeitamente ser mais inteligente/prudente que os seus próprios pais”<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 450-489.

<sup>46</sup> MAURER, Hartmut. **Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen**. 5. auf. München: C.H. Beck, 2007. p. 19-23.

<sup>47</sup> Beschluss des Zweiten Senats vom 17. Mai 1960 – 2 BvL 11/59, 11/60. Apud SCHWABE, Jürgen. **Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: studienauswahl (Band 1-109)**. 8. Auflage. Hamburg, 2004.

<sup>48</sup> MAURER (2007, p. 18). No original: “es meint, das gesetz könne eben klüger sein als die Väter des Gesetzes”.

Por fim, cabe destacar que os critérios acima destacados se inter-relacionam, ou seja, não se trata de métodos que por enfocarem diferentes aspectos concorram entre si. Não parece haver dúvida de que todos eles devem conjuntamente ser utilizados de forma a possibilitar uma interpretação melhor, sendo que o peso de cada um dependerá, em última análise, da forma como o caso concreto se apresentar.

No contexto das omissões inconstitucionais, e tendo em vista que o modelo proposto para a sua compreensão partirá de uma fundamentação democrática, em que as situações caracterizadoras da omissão não se restringem àquelas estaticamente existentes desde a promulgação da Constituição, mas surgem conforme a dinâmica social e a demanda por proteção ao indivíduo aumente com a exposição crescente dos cidadãos à uma sociedade cada vez mais de risco<sup>49</sup>, tem-se que a vinculação à vontade histórica do legislador constituinte deve ser atenuada.

A identificação das omissões constitucionais deve se dar a partir da literalidade e teleologia do texto constitucional, analisadas em conjunto com os anseios e necessidades que vão surgindo na sociedade. Vincular a identificação das omissões inconstitucionais ao legislador histórico significa vincular gerações futuras às pretensões e aos anseios normativos impostos por gerações passadas e impedir que o estudo das omissões atue como importante instrumento de modernização e atualização do direito posto.

O estabelecimento de direitos em textos constitucionais, em momentos constituintes, a serem efetivados mediante promulgação futura de lei está intimamente ligado às necessidades a ao que se reconhecia como relevante no exato contexto em que a Constituição foi promulgada. Com base em princípios constitucionais mais amplos a sociedade tem que atualizar suas necessidades e dar a elas feições jurídicas.

#### 1.3.1.2.2 Aspectos especiais da interpretação constitucional

A doutrina costuma elencar uma série de princípios especiais a serem considerados na interpretação da Constituição. Talvez o mais importante seja o princípio da Unidade da Constituição, o que impõe uma análise mais detalhada.

---

<sup>49</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.



De acordo com Canotilho este princípio ganha “relevo autônomo (...) quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas”.<sup>50</sup> Sendo assim, o intérprete fica obrigado, ao interpretar a constituição, a considerá-la como um todo, em sua globalidade, a fim de harmonizar as possíveis tensões.

Em decisão proferida em 23 de outubro de 1951, quando se discutia acerca da possibilidade de haver lacunas na constituição, o tribunal constitucional alemão chegou à conclusão de que não haveria de se falar da existência de lacunas no texto constitucional, argumentando que:

Uma única determinação constitucional não pode ser isoladamente considerada e sozinha a partir dela mesmo interpretada. Ela se encontra em um contexto significativo com outras normas da constituição, que uma unidade interna apresentam. A partir do conteúdo completo da constituição resultam certos princípios e decisões fundamentais, segundo os quais cada singular determinação constitucional deve estar submetida (...) Daí resulta: Cada norma constitucional tem que ser de tal maneira interpretada, de forma e se compatibilizar e a se conectar com cada elementar princípio e decisão fundamental do legislador constituinte<sup>51</sup>(Tradução Livre).

Roelleck destaca que, desde então, o tribunal tem deduzido deste princípio outras consequências práticas, dentre as quais cabe destacar que no nível da Constituição não pode existir norma superior ou inferior, possuindo todas as normas o mesmo valor, e que uma nova norma, incluída no texto constitucional pelo constituinte derivado, poderá ser analisada tendo como parâmetro as decisões fundamentais estabelecidas no texto original da Constituição.<sup>52</sup>

Ainda em relação ao princípio da unidade da constituição, destaca Roellecke que a necessidade de se apresentar o direito constitucional como um sistema sem

---

<sup>50</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 226.

<sup>51</sup> BVERFGE apud ROELLECKE, Gerd. Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes. In: STACK, Christian. **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Verfassungsauslegung**. 1. Aufl. Tübingen: Mohr, 1976. v. 2. No original: „ Eine einzelne Verfassungsbestimmung kann nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus ausgelegt werden. Sie steht in einer Sinnzusammenhang mit den übrigen Vorschriften der Verfassung, die eine innere Einheit darstellt. Aus dem Gesamthalt der Verfassung ergeben sich gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze und Grundentscheidungen, denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind...Daraus ergibt sich: Jede Verfassungsbestimmung muss so ausgelegt werden, dass sie mit jenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen der Verfassungsgesetzgebers vereinbar ist“.

<sup>52</sup> ROELLECKE, Gerd. Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes. In: STACK, Christian. **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Verfassungsauslegung**. 1. Aufl. Tübingen: Mohr, 1976. p. 32. v. 2.

lacunas se relaciona com o fato de ele, mais do que qualquer outro ramo do direito, precisar achar sua plausibilidade em si mesmo. Ora, qualquer dúvida a respeito da racionalidade e sistematicidade do texto constitucional causaria dificuldades à sua legitimação.

Com isso se pretende dizer que a afirmação de que a constituição é um sistema completo, como unidade valorativa e de sentido serve tanto à consolidação do direito constitucional quanto da posição institucional do tribunal constitucional. Justamente por isso o tribunal não pode claramente reconhecer nem que ele pretende completar e modelar a unidade da ordem política e da vida social, nem de uma forma decisionista rogar, ao tomar suas decisões, ao princípio de que o juiz está proibido de não proferir sentença. Muito pelo contrário, o tribunal pressupõe a existência de um sistema jurídico, que disponha para todos os pensáveis casos jurídicos um fundamento de decisão<sup>53</sup>.

Outros princípios interpretativos aplicáveis especificamente à constituição são enumerados pela doutrina. Hartmut Maurer elenca ainda os princípios da concordância prática (no caso de colisão entre bens protegidos constitucionalmente, ao invés de se realizar completamente um em detrimento do outro, deve-se buscar otimizar o tanto quanto possível a proteção dos dois no caso concreto), da exatidão funcional (os órgãos responsáveis pela interpretação devem se manter sempre dentro do âmbito de sua competência, evitando por meio de interpretações burlar a divisão de funções), do efeito integrador (partindo do princípio da unidade da constituição, este exige que na solução de problemas nas normas constitucionais se dê preferência aos pontos que podem desempenhar de forma mais positiva a integração do texto constitucional) e da força normativa da constituição (uma singular norma constitucional deve ser interpretada de forma a poder exigir uma otimizada força jurídica, força de trazer repercussões práticas)<sup>54</sup>.

Esses princípios são adequados às peculiaridades do texto constitucional, mas a bem da verdade, já se encontram englobados nos princípios gerais de interpretação das leis.

---

<sup>53</sup> ROELLECKE, Gerd. Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes. In: STACK, Christian. **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Verfassungsauslegung**. 1. Aufl. Tübingen: Mohr, 1976. p. 33. v. 2.

<sup>54</sup> MAURER, Hartmut. **Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen**. 5. Aufl. München: C.H. Beck, 2007. p. 23-25. No original os referidos princípios são denominados: "Prinzip der Einheit der Verfassung, Prinzip der praktischen Konkordanz, Prinzip der funktionellen Richtigkeit, Prinzip der integrierenden Wirkung e Prinzip der normativen Kraft des Verfassung".

Outro método de interpretação também não comentado, listado por Maurer como um método também utilizado para a interpretação das leis em geral, mas que no âmbito do presente trabalho se mostra relevante, é o da interpretação com base na forma como se dá a utilização do dispositivo na prática. Esse método se mostra cada vez mais relevante na interpretação da constituição, dada a sua maior abertura semântica.

Trata-se de interpretar as normas constitucionais recorrendo à jurisprudência, à literatura dogmática e à forma como se dá sua utilização pelos órgãos estatais. Significa dizer que na prática a utilização e interpretação das normas constitucionais em um determinado sentido acabam por fechá-la dentro deste sentido, criando um significado que depois não pode ser mais facilmente ser ignorado<sup>55</sup>.

Essa tendência se confirma a cada dia, aproximando a prática jurídica de países como o Brasil à de países adeptos da Common Law, pelo fato de se dar crescentemente importância, sobretudo, à jurisprudência. Diante de inúmeras indeterminações advindas da aplicação do direito, que causam em certa medida um sentimento de insegurança jurídica, a institucionalização de determinadas decisões por meio da jurisprudência se mostra como um caminho até certo ponto inevitável. Dworkin, enaltecendo tal prática, refere-se à força desempenhada pelos precedentes como “força gravitacional”.<sup>56</sup>

No âmbito do modelo proposto de conceituação das omissões inconstitucionais esse critério se mostra bem relevante pelo fato seguinte fato: os direitos fundamentais, inclusive os autoaplicáveis, são demasiadamente amplos, e seus conteúdos não podem ser *a priori* detalhadamente descritos. A partir de situações concretas, os órgãos responsáveis pela aplicação direta da lei, e conseqüentemente da Constituição, vão, em casos concretos, delineando concretamente disposições amplas. Embora tanto a doutrina quanto a jurisprudência se limitem a identificar a ocorrência de omissão legislativa em relação às normas constitucionais de eficácia limitada<sup>57</sup>, essa restrição, apesar de haver seus motivos, que serão analisados quando do estudo sistemático das omissões, deve ser superada.

---

<sup>55</sup> MAURER, Hartmut. **Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen**. 5. Aufl. München: C.H. Beck, 2007. p. 22.

<sup>56</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>57</sup> Esta fato será fartamente demonstrado no terceiro capítulo.

Existem sim, e isso é inegável, inúmeros direitos fundamentais que, mesmo possuindo aplicabilidade imediata, precisam ser concretizados e desenvolvidos legislativamente. E por mais das vezes essa necessidade de desenvolvimento legislativo surge apenas com o passar do tempo, a partir de situações concretas, detectadas nos mais das vezes pela própria corte constitucional, nas quais a ausência de texto legal quando não impossibilita ao menos fragiliza o exercício de determinado direito fundamental. Nesse sentido, é magistral a lição de Fausto de Quadros. Segundo o ilustre estudioso:

Pode haver a tentação de subestimar a necessidade do desenvolvimento ou da concretização por normas ou actos legislativos dos preceitos constitucionais em matéria de direitos fundamentais com fundamento no fato de o art. 18.º n.º 1 da Constituição atribuir aplicabilidade directa a tais preceitos. [...] A aplicabilidade directa apresenta-se-nos, pois, em regra, apenas como uma vocação; ela não assegura, por si só, o exercício dos direitos, das liberdades e das garantias (Grifo nosso)<sup>58</sup>.

Assim, decisões reiteradas da Corte Constitucional em relação a determinados direitos podem evidenciar a necessidade de desenvolvimento legislativo em determinado sentido. Se a falta de lei também em relação a normas autoaplicáveis pode limitar ou impedir sua maior efetividade, porque tal situação não poderia ser caracterizada como de omissão inconstitucional?

Por fim, voltando-se à temática da interpretação constitucional, tem-se que a abertura de uma metódica declaração do tribunal é ambivalente. Por um lado, ela facilita ao tribunal o necessário processo de adequação do direito às modificadas situações, muito embora não se possa esquecer que na verdade as situações devem em primeiro lugar se adequar ao direito. Por outro lado, essa abertura metodológica amplia de tal maneira a possibilidade de argumentação, que se começa a colocar em questão a legitimidade do tribunal para desempenhar suas funções dentro de uma democracia<sup>59</sup>. Para se chegar a uma estável compreensão do texto, mostra-se necessário restringir as possibilidades de decisão, o que, em parte, dificulta ou impossibilita que o direito desempenhe seu papel de estabilizar todas as expectativas.

<sup>58</sup> QUADROS, Fausto de. Omissões Legislativas sobre Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (dir.). **Nos Dez Anos da Constituição**. Lisboa: AAVV, 1986. p. 58.

<sup>59</sup> ROELLECKE, Gerd. Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes. In: STACK, Christian. **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Verfassungsauslegung**. 1. Aufl. Tübingen: Mohr, 1976. p. 26. v. 2.

Em relação ao estudo das omissões, tem-se que a sua abertura conceitual contribuirá com a modernização e adequação do direito às novas situações, já que o reconhecimento expresso de mais situações como caracterizadoras de omissão inconstitucional chamará a atenção do legislador democraticamente eleito para a necessidade de que ele atue. Nesse sentido, não se pode confundir a necessidade de se restringir em alguns casos as possibilidades de atuação do Tribunal, com a restrição na avaliação conceitual de se alguma ausência de atuação legislativa configura uma omissão inconstitucional.

#### 1.3.1.2.3 Interpretação constitucional, supremacia constitucional e identificação da omissão inconstitucional

Na tentativa de identificar quais omissões do poder público poderiam ser caracterizadas como inconstitucionais, Dirley da Cunha Júnior, em seu amplo trabalho sobre o tema, “Controle Judicial das Omissões Públicas”, ecoando entendimento uniforme, enfatiza que:

(...) não é toda e qualquer omissão do poder público que a constituição conduz à inconstitucionalidade. Não haverá omissão inconstitucional se a medida omitida não for indispensável à exequibilidade da norma constitucional. Por outro lado, o conceito de omissão não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples “não fazer”. Omissão constitucional somente é aquela que consiste numa abstenção indevida, ou seja, em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma “certa e determinada”. De observar-se que a inconstitucionalidade por omissão não se afere em face do sistema constitucional em bloco, mas sim em face de uma certa e determinada norma constitucional, cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da constituição<sup>60</sup> (Grifo nosso).

A afirmação e o entendimento dominantes de que a inconstitucionalidade por omissão se afere exclusivamente em face de uma certa e determinada norma constitucional desconsidera todos os elementos relacionados à interpretação constitucional apresentados nos tópicos anteriores.

Uma vez que por decorrência lógica, do fato de do comportamento omissivo resultar a inexistência de lei, a identificação da omissão inconstitucional ocorre em face das normas constitucionais, ela será feita ou não a partir de uma interpretação

---

<sup>60</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 123.

constitucional. Somente a partir de uma interpretação será possível concluir se determinado dispositivo impõe um dever de atuar ao legislador.

Uma certa e determinada norma constitucional não pode ser adequadamente compreendida a partir de si própria. Conforme lição do Tribunal Constitucional Federal Alemão em passagem anteriormente citada, “uma única determinação constitucional não pode ser isoladamente considerada e sozinha a partir dela mesmo interpretada. Ela se encontra em um contexto significativo com outras normas da constituição, que uma unidade interna apresentam”.<sup>61</sup>

A interpretação constitucional ocorre por meio da análise de diversos elementos, sejam eles gramaticais, teleológicos, sistemáticos, dentre outros, e não haveria porque não ser assim no âmbito da interpretação constitucional a partir da qual se pretende identificar haver ou não omissão inconstitucional.

A elaboração teórica de que a omissão se afere não em face do sistema constitucional em bloco, mas em face de certa e determinada norma pretende reduzir a identificação da omissão inconstitucional ao aspecto literal do texto constitucional. Assim, somente haveria de se falar em omissão inconstitucional quando do texto de determinado e específico dispositivo constitucional fosse possível extrair um dever de agir. Tal proposição, por absurda, merece ser questionada, por desconsiderar, inclusive, o princípio da unidade da constituição, que se vincula estritamente ao próprio princípio da supremacia da constituição.

Isso porque, quando se fala em supremacia da constituição não se está a falar em supremacia de dispositivos constitucionais isolados, mas em supremacia da constituição enquanto documento uno, portador das decisões políticas fundamentais de determinada comunidade política.

Até porque, como se sabe, e foi exposto acima, um dos princípios relevantes na interpretação do texto constitucional é o da concordância prática, justamente pela possibilidade de bens igualmente constitucionais, protegidos por dispositivos normativos diferentes, se contraporem.

É óbvio que no âmbito do controle de normas a omissão deverá ser referenciada a algum dispositivo textual. Mas a identificação ou não da omissão se

---

<sup>61</sup> BVERFGE apud ROELLECKE, 1976. p. 32. No original: „ Eine einzelne Verfassungsbestimmung kann nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus ausgelegt werden. Sie steht in einer Sinnzusammenhang mit den übrigen Vorschriften der Verfassung, die eine innere Einheit darstellt.

dará a partir da interpretação do dispositivo analisado, interpretação esta que sob nenhuma pretexto haverá de ficar restrita ao elemento textual.

Importante destacar, inclusive, que é desta forma que o Supremo Tribunal Federal vem fazendo o controle nos casos em que se julga a constitucionalidade por ação. Ao analisar a constitucionalidade ou não de determinada lei, o Supremo não tem se prendido apenas à interpretação gramatical do dispositivo constitucional em face do qual a lei é impugnada.

É o que muito claramente ocorre quando ao proferir decisão de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato o tribunal, a fim de resguardar outros valores constitucionais que não o(s) veiculado(s) pelo dispositivo violado, modula temporalmente os efeitos da decisão.

No intuito de resguardar outros valores constitucionais que não o veiculado pelo dispositivo constitucional em face do qual a inconstitucionalidade é arguida o tribunal tem se valido também de outras técnicas decisórias.

Na ADIN nº 2.240-7-BA, de relatoria do Ministro Eros Grau, foi impugnada lei estadual que havia criado o Município Luís Eduardo Magalhães sem a observância do que prevê o artigo 18, § 4º da Constituição Federal, que exige a promulgação de lei complementar federal estipulando o prazo dentro do qual os municípios poderão ser criados. Uma vez que a referida lei complementar inexistia, a lei estadual que criou o município foi impugnada por não ter observado os critérios estritos do dispositivo constitucional.

A despeito da omissão inconstitucional subjacente, inclusive já reconhecida pelo próprio STF, no Mandado de Injunção 725<sup>62</sup>, o que se teve no caso foi a impugnação de uma lei em face de certo e determinado dispositivo constitucional. A partir de um raciocínio meramente subsuntivo, lógico-formal, que levasse em conta apenas a literalidade do dispositivo constitucional, a lei teria que ter sido declarada inconstitucional, e o novo Município criado teria que ter sido desfeito e reincorporado ao anterior, do qual havia se desmembrado.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em uma interpretação ampla, entendendo que uma decisão neste sentido não seria a que melhor atenderia a supremacia e a força normativa da constituição, uma vez que violaria frontalmente a segurança jurídica, declarou a lei inconstitucional, sem a pronúncia da sua nulidade,

---

<sup>62</sup> Nesta decisão o tribunal determinou ao Congresso Nacional que no prazo de 24 meses editasse a lei complementar federal referida pelo art. 18, § 4º, da Constituição Federal.

pelo prazo de 24 meses. Esse entendimento prevaleceu em diversas outras decisões, cuja situação era idêntica<sup>63</sup>.

Como se percebe, a decisão analisou a situação como um todo e foi intermediária. Ao mesmo tempo em que preservou a supremacia formal da constituição, declarando a inconstitucionalidade da lei estadual em face de determinado e certo dispositivo constitucional, o tribunal, ao não pronunciar a nulidade da lei, preservou a supremacia material da constituição, respeitando a segurança jurídica, bem inequivocamente dotado de materialidade constitucional.

No recurso extraordinário nº 135.328-7-SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em ação “ex-delicto”, o Estado de São Paulo questionou, a despeito de previsão no artigo 68 do Código de Processo Penal<sup>64</sup>, a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação indenizatória em favor dos pais de preso que veio a falecer em tentativa de fuga. A defesa do Estado sustentou que, diante da nova Constituição (1988), a atribuição de atuar em defesa dos necessitados havia sido retirada do Ministério Público e dada à Defensoria Pública. Fazendo uma análise estrita do texto do art. 134 da Constituição Federal<sup>65</sup> a conclusão não poderia ser outra diferente de considerar procedente a alegação do Estado de São Paulo.

No entanto, consignou-se, na espécie, que enquanto a defensoria não estivesse em condições de atender os necessitados, assegurando-lhe o pleno exercício constitucional de defesa, o Ministério Público continuaria possuindo legitimidade ativa. Percebe-se, pois, que a análise não se ateve estritamente ao dispositivo normativo constitucional que passava a atribuição à Defensoria Pública, mas, ao contrário, entendeu que a literalidade do dispositivo fragilizaria bens constitucionais relevantes e, conseqüentemente, a supremacia (material) da Constituição.

Ao declarar que o dispositivo do Código de Processo Penal “ainda” era constitucional, por sua vez, o Supremo Tribunal Federal prestou homenagem simultaneamente à supremacia formal, vez que destacou que apesar de dadas as

---

<sup>63</sup> Dentre outras, ADIN nº 3689-PA, ADIN nº 3489-SC e ADIN nº 3311-MT.

<sup>64</sup> Código de Processo Penal, Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1o e 2o), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

<sup>65</sup> Constituição Federal, art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)



circunstâncias fáticas a contrariedade ao disposto no art. 134 ter sido tolerada, ele continuava tendo força normativa como parâmetro de controle.

Diante de todos os elementos apresentados até o momento quanto à adequada forma de se interpretar a Constituição, e tendo em vista que a identificação de uma omissão inconstitucional é do que uma questão típica de interpretação constitucional, parece demonstrado o equívoco do entendimento segundo o qual “a inconstitucionalidade por omissão não se afere em face do sistema constitucional em bloco, mas sim em face de uma certa e determinada norma constitucional, cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da constituição”<sup>66</sup>.

Ademais, além das reflexões acima já serem suficientes para demonstrar o equívoco desta concepção restrita, tem-se que a sua formulação parece equiparar norma a dispositivo normativo, ponto que ainda será mais bem trabalhado.

Ou ao equiparar norma a dispositivo normativo a doutrina majoritária da omissão desconsidera solenemente a fundamental distinção entre ambos, ou então sua formulação é contraditória. Se ao se referir a norma certa e determinada se pretende fazer referência à norma enquanto resultado da interpretação do dispositivo normativo, tem-se, evidentemente, que essa interpretação, na busca por atribuir significação a determinado dispositivo, levará em conta outras disposições constitucionais. Assim, inevitavelmente, nem que seja na interpretação do dispositivo normativo que dará origem a certa e determinada norma, os elementos centrais do sistema constitucional como um todo estarão presentes na identificação da omissão.

Pode-se concluir, pois, que, em decorrência da força normativa dos princípios jurídicos, poderá haver casos de omissão mesmo sem a existência de um dever de agir imposto expressamente por determinado dispositivo constitucional.

Com isso se está a afirmar que a identificação de determinado não agir como inconstitucionalidade por omissão não pode se basear apenas em requisitos formais, textuais, mas deve ser estruturada também em elementos substantivos do sistema constitucional. Neste contexto mostram-se relevantes algumas reflexões sobre a forma como supremacia formal e supremacia material da constituição se complementam.

---

<sup>66</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 123.

### 1.3.2 Rigidez constitucional, cláusulas pétreas e omissão inconstitucional

Quando da análise da supremacia constitucional se consignou que três eram os mecanismos jurídicos destinados à sua garantia. Sobre a identificação das omissões inconstitucionais no contexto do controle de constitucionalidade já se desenvolveu algumas reflexões. A análise dos outros dois mecanismos destinados a garantir a supremacia da Constituição, a rigidez constitucional e a imposição de cláusulas pétreas, também fornece elementos capazes de contribuir na melhor forma de se compreender o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão.

O primeiro já foi analisado, mas merece ser mais bem detalhado. As constituições podem ser classificadas segundo distintos critérios, sendo que um deles se refere à estabilidade. Quanto a este critério as constituições podem ser rígidas, quando há, para a modificação da Constituição, a imposição de um processo mais dificultoso do que aquele estipulado para a promulgação de uma lei. Elas podem ser flexíveis, quando sua modificação pelo legislador ocorre segundo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias. Por fim, ela pode ser semi-rígida, quando parte dela é rígida e parte dela é flexível<sup>67</sup>.

É de se pressupor que as constituições rígidas serão mais estáveis e possuirão, logo, maior força normativa. Como já foi destacado acima o principal diferencial das constituições modernas está no fato de elas possuírem pretensões normativas, de pretenderem ordenar e conformar a realidade política e social. A supremacia da constituição só se observa em realidade se ela for dotada de força normativa. Sobre esse tema algumas brevíssimas observações a partir da já clássica obra de Konrad Hesse<sup>68</sup>.

De acordo com este autor, a constituição não pode pretender construir um Estado a partir de considerações teórico-abstratas, pois se assim fizer estará fadada a ser um documento estéril. Uma Constituição que pretenda ser efetiva precisa se conectar em algum grau com a realidade para, a partir dessa conexão, começar a desenvolver seu potencial de influenciar e coordenar as forças sociais.

Segundo Hesse a força normativa da constituição será tanto maior quanto maior for a vontade de constituição (*Wille zur Verfassung*). Está vontade se baseia

---

<sup>67</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 42.

<sup>68</sup> HESSE, Konrad. **Die normative Kraft der Verfassung**. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, 1959.

essencialmente (i) na consciência dos cidadãos de que uma ordem objetiva e normativa inviolável, capaz de frear o desmedido arbítrio estatal, não só é necessária como possui valor próprio; (ii) na convicção de que a ordem estabelecida na Constituição não é apenas uma disposição que descreve situações fáticas, mas que é um sistema legítimo e que precisa ser legitimado; e, por fim, (iii) na consciência de que esta ordem apenas pode conservar sua vigência por meio da vontade humana.

Segundo o autor outro aspecto fundamental para o pleno desenvolvimento da força normativa da constituição é sua estabilidade, já que modificações frequentes da constituição vulneram a sua força normativa. Neste ponto, Hesse sugere que as Constituições se limitem, na medida do possível, a alguns poucos princípios elementares.

Após esta breve e direcionada síntese das ideias apresentadas na obra de acima citada, pode-se retornar à questão da rigidez constitucional. Concordando com Hesse, a estabilidade de uma Constituição não depende apenas dos procedimentos mais ou menos difíceis impostos à sua modificação. Quanto mais uma constituição formal, escrita, se limitar a tratar de princípios essenciais, ou seja, quanto mais a constituição formal for expressão de uma constituição em sentido material, maior será a estabilidade de um texto constitucional.

Embora a imposição de requisitos formais que dificultem a transformação da constituição busque resguardá-la de frequentes modificações, o que colocaria sua supremacia, ao menos formal, sob risco, seria ingênuo acreditar que somente isso pudesse ser capaz de assegurar grande estabilidade ao texto constitucional. É preciso mais que isso. É preciso vontade de constituição, é preciso identificação entre o povo, soberano, e o que vem disposto no texto, é preciso, acima de tudo, que o poder constituinte originário não tenha subtraído do embate político futuro decisões que somente podem ser tomadas em contextos particulares.

Embora sob o pretexto de evitar pontos de vistas ideologizados quanto à definição de quais matérias seriam constitucionais seja possível, como Jorge Miranda, afirmar que em verdade a Constituição formal é a Constituição material, tal entendimento não nos parece coerente. Senão vejamos.

A Constituição brasileira, como já foi destacada, é rígida. Acontece que tal circunstância foi não capaz de impedir que ela fosse emendada, em

aproximadamente vinte e quatro anos de vigência, setenta vezes<sup>69</sup>. Este alto número de modificações é, inequivocamente, um claro indicativo de que a Constituição de 1988, em sentido formal, abarcou diversos temas que não são materialmente constitucionais<sup>70</sup>.

Esse fato, de as Constituições serem prolixas, como o é a brasileira, leva necessariamente a uma erosão de sua força normativa, levando em alguns casos, inclusive, à inusitada situação em que supremacia formal e material se contrapõem. Em um primeiro caso, seguindo as lições de Hesse, a Constituição terá sua força normativa diminuída na medida em que seja incessantemente modificada.

No caso do controle de constitucionalidade, o excesso de normas no nível constitucional pode gerar situações, como as já analisadas acima<sup>71</sup>, em que ou o tribunal se apega à literalidade do dispositivo constitucional, fazendo prevalecer exclusivamente a Constituição formal, ou atenua a força normativa de determinado dispositivo, limitando ou modulando os efeitos da sua decisão, no intuito de fazer valer simultaneamente bens constitucionalmente relevantes, em prol da supremacia material.

No caso das omissões, ocorre a mesma coisa, ainda que de forma invertida. Se a identificação e superação da omissão inconstitucional pela via judicial se der com base em critérios formais, haverá situações em que uma atuação judicial mais ativa, com vistas a resguardar previsão de determinado dispositivo, poderá violar outros bens constitucionais relevantes. Isso é assim, pois quanto mais direitos são concedidos em uma constituição, maiores são as chances de o exercício de um vir a confrontar com o exercício de outros.

Neste contexto há que se distinguir muito claramente entre a i) identificação da omissão inconstitucional da ii) legitimidade democrática do seu controle pelo Poder Judiciário.

---

<sup>69</sup> Informação confirmada no site do Supremo Tribunal Federal, em consulta realizada no dia 01 set. 2012.

<sup>70</sup> Quanto à extensão as constituições podem ser classificadas como sintéticas ou concisas, quando enunciam apenas regras básicas de organização do Estado e preceitos referentes aos direitos fundamentais, ou como analíticas ou prolixas, conforme se desdobrem em uma infinidade de normas, no afã de constitucionalizar todo o conjunto da vida social. A respeito desta classificação, vide: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 16.

<sup>71</sup> Relativas à criação de municípios face à ausência da lei complementar federal exigida pelo art. 18, § 4º da Constituição Federal e à legitimidade ativa de o Ministério Público atuar em favor dos necessitados, diante do fato de esta atribuição ter sido transferida à Defensoria Pública, pelo art. 134 da Constituição Federal.

O fato de Constituições prolixas, no contexto do Estado Social, estabelecerem em seus textos direitos em excesso, direitos esses cuja fundamentalidade pode não ser suficiente a indicar um controle efetivo, a partir de uma atuação mais ativa do Poder Judiciário, não deve levar ao não reconhecimento da omissão quando o texto constitucional impor expressamente um dever de agir. Isso é assim, pois a Constituição é dotada de supremacia formal, encontrando-se no ápice hierárquico-formal do ordenamento jurídico. Com isso, tem-se que inclusive suas normas que eventualmente não sejam consideradas materialmente constitucionais vinculam os poderes constituídos.

Além do mais, se o tribunal se pautasse, na identificação das omissões, apenas em critérios materiais, ele estaria na prática desconsiderando o texto constitucional ou reformulando-o interpretativamente, além do aceitável. Desta forma, o grau de fundamentalidade dos bens constitucionais e a natureza (materialidade) constitucional das normas envolvidas devem ser relevantes para legitimar ou não uma possível atuação do Poder Judiciário, mas não são elementos que devem ser englobados no conceito de omissão a ponto de fazer com que o Poder Judiciário deixe de reconhecer omissões inconstitucionais em casos em que essa decorra muito claramente de disposições expressas do texto constitucional.

Como já se destacou, haverá omissões inconstitucionais decorrentes de deveres de agir que não se fundamentam em imposições constitucionais expressamente delineadas. Mas haverá também as omissões decorrentes de expressos comandos constitucionais, que não podem ser desconsideradas sob o pretexto falta de fundamentalidade. Sintetizando, pode-se dizer que a fundamentalidade do bem constitucional não deve ser considerada para descaracterizar situações de omissões expressas e evidentes. Nestes casos, deverá atuar como critério apto a legitimar ou não um controle mais ativo.

No âmbito do controle das omissões, o equivalente funcional a pura e simples declaração de inconstitucionalidade por ação, quando o tribunal atua como legislador negativo, tirando a validade da norma legal inconstitucional, seria o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão acompanhado da medida capaz de satisfazer o direito cuja eficácia fica fragilizado pela omissão.

A declaração de inconstitucionalidade por omissão, pura e simplesmente, ainda que acompanhada de ciência ao poder legislativo, tem, na prática, os mesmos efeitos que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade feita

no âmbito do controle da ação legislativa. Em ambos os casos, tem-se uma decisão intermediária, que a um só passo prestigia o dispositivo constitucional em face do qual a inconstitucionalidade foi questionada, declarando a inconstitucionalidade, e outros valores materialmente constitucionais relevantes ao caso, uma vez que da declaração de inconstitucionalidade não resultará nenhum efeito concreto e imediato.

No caso das omissões, o comportamento de autocontenção do Poder Judiciário, de se limitar a declarar a ocorrência da inconstitucionalidade, visa compatibilizar a sua atuação com o princípio democrático. Ora, as disposições constitucionais, especialmente diante de constituições dirigentes, não podem ser interpretadas de forma rígida e ampla, vez que tal postura obstará o processo político democrático.

Este entendimento, inclusive, prevalece quando do estudo das cláusulas pétreas, cujos conteúdos também devem ser interpretados restritivamente, sob pena de se “engessar excessivamente o sistema jurídico”<sup>72</sup>.

No contexto do constitucionalismo moderno, e a partir dos elementos teóricos até o momento apresentados, será feito o estudo detalhado acerca da formulação teórica dada às omissões legislativas, no que se refere ao seu delineamento conceitual e à legitimidade democrática do seu controle.

---

<sup>72</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. In: \_\_\_\_\_. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 189.

## **2 O FENÔMENO DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL: CRÍTICAS, PRIMEIROS DEBATES, CONTEXTO HISTÓRICO E PARADIGMAS INFLUENTES NA FORMULAÇÃO.**

### **2.1 Considerações gerais**

Os elementos desenvolvidos no primeiro capítulo visam situar o estudo e as reflexões acerca das omissões legislativas inconstitucionais em um quadro bem delimitado, em íntima conexão com o aparato conceitual desenvolvido ao longo dos anos pela teoria constitucional. Neste sentido, as premissas teóricas para o adequado desenvolvimento do tema já estão dadas.

Uma vez, contudo, que, como já consignado, o reconhecimento da omissão legislativa inconstitucional passa pela interpretação constitucional, uma questão preliminar, capaz de impactar no tema estudado, deve ser analisada. Trata-se da hipótese de omissões constitucionais inconstitucionais.

O pressuposto teórico da omissão constitucional inconstitucional seria a existência de um direito supralegal anterior e autônomo em relação à Constituição escrita. Esta, aliás, ao incorporar os valores materiais integrantes desse direito supralegal, estaria apenas reconhecendo sua existência, prévia, não o constituindo<sup>73</sup>. Esta construção parte do pressuposto, ou leva a conclusão, de que o poder constituinte seria juridicamente limitado, estando vinculado ao mínimo ético do qual se constitui esse direito anterior a qualquer Constituição escrita.

Tal pressuposto teórico é equivocado. O problema não está em reconhecer a existência de valores materiais relevantes, mas sim em definir quem vai dizer quais valores são esses em realidades concretas. Em cada sociedade e contexto histórico haverá um mínimo substantivo que naturalmente condicionará o poder constituinte, vez que este, enquanto expressão do próprio povo, não elabora uma constituição em um vácuo histórico e valorativo.

Reconhecendo este fato é que a teoria constitucional distingue, como já apresentado, entre constituição em sentido material, que será formada pelas decisões políticas fundamentais, inclusive valorativas, tomadas pelo poder

---

<sup>73</sup> BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

constituinte, e plasmadas em um texto constitucional, e constituição formal, esta como sinônimo da própria constituição escrita, englobado todos os dispositivos, mesmo os que não possuem materialidade constitucional.

Desta forma, reconhecer a existência de um direito supralegal, substantivo, prévio à promulgação de qualquer Constituição escrita, em face da qual o conteúdo desta vai ser controlado, não tem a ver com reconhecer a existência de valores relevantes, relacionando-se muito mais ao fato de quem vai decidir quais valores são esses.

Admitida a hipótese de a Constituição escrita poder ter seu conteúdo, ou ausência de determinado conteúdo imprescindível, caso em que haveria omissão constitucional inconstitucional, controlado em face de um direito supralegal, tem-se, na prática, que o verdadeiro poder constituinte será não o que promulgou a Constituição, mas aquele a exercer o controle do seu conteúdo.

Além deste problema nuclear, de se transferir a verdadeira titularidade do poder constituinte ao órgão de controle, ter-se-ia uma contradição lógica insuperável, uma vez que na prática um poder constituído estaria exercendo um controle sobre o próprio poder que o instituiu. Assim, é de se rechaçar a ideia<sup>74</sup>, que, se adotada, impactaria inclusive na identificação e no controle das omissões legislativas, vez que deixariam de ter a constituição escrita como parâmetro de controle, já que este se daria em face da norma supralegal mencionada.

Superada essa formulação, e adentrando especificamente o estudo das omissões legislativas inconstitucionais, há de se destacar que a possibilidade de se controlar e fiscalizar as omissões legislativas não é algo isento de objeções, que merecem ser analisadas.

---

<sup>74</sup> A esse respeito cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento pela impossibilidade de se controlar a constitucionalidade das normas produzidas pelo poder constituinte originário. Vide ADIN 4.097-9.



## 2.2 Críticas ao instituto da inconstitucionalidade por omissão

O controle da inconstitucionalidade por omissão, que pressupõe a identificação desta, funda-se, segundo tradicionalmente a doutrina menciona, na supremacia da constituição, e na estrutura de algumas de suas normas que não conseguem exercer todo o seu potencial se não forem objeto de uma intervenção legislativa.

Essa fundamentação, embora lógica e coerente, não isenta o controle das omissões legislativas de críticas. Francisco Fernández Segado sintetiza algumas das principais objeções e contra argumenta<sup>75</sup>. Segundo o autor, a primeira crítica a este tipo de fiscalização está na inexistência de norma objeto de controle e no fato de não ser possível falar em controle que não seja aquele tendente a levar a invalidação da norma. Ainda segundo esta linha crítica, a norma inexistente fica à margem do conflito, resultando disto que o problema somente será resolvido com a criação e a introdução de novas normas no ordenamento jurídico, o que violaria a concepção kelseniana, arcaica, segundo Segado, do Tribunal Constitucional como mero legislador negativo.

Em relação à visão do juiz constitucional como mero legislador negativo, ressalta o autor que essa concepção já não mais se ajusta à realidade atual. Quanto à falta de norma a ser controlada, destaca Segado que em alguns casos de omissão é possível falar de uma norma implícita contrária à Constituição e que em outros, mesmo que não seja possível falar na existência de tal norma, será possível visualizar uma situação contrária aos postulados e exigências constitucionais, que não pode ser ignorada.

Embora não seja detalhada por Segado, a ideia de uma norma implícita à Constituição é defendida por Ignacio Villaverde. De acordo com este autor<sup>76</sup>, o silêncio do legislador transmuda-se em uma omissão inconstitucional quando dele for possível deduzir uma norma implícita que cria ou conserva situação jurídica contrária à Constituição. Segundo esta concepção, que se coaduna com as

---

<sup>75</sup> SEGADO, Francisco Fernández. **La justicia constitucional**: una visión de derecho comparado. Los sistemas de justicia constitucional, las “dissentig opiniones”, El control de las omisiones legislativas, el control de “cumunitariedad”. Madrid: Dykinson, 2009. p. 573-576. t. I.

<sup>76</sup> VILLAVARDE, Ignacio. La inconstitucionalidade por Omisión de los Silencios Legislativos. In: **Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario**, La Rioja, n. 8, 1996.

reflexões apresentadas no primeiro capítulo, o que interessa não é o silêncio do legislador em si, mas as consequências jurídicas normativas dele decorrente.

De qualquer forma, independente de se entender surgir da inércia do legislador uma norma implícita ou não, o fato é que no controle da inconstitucionalidade por omissão, tanto como no por ação, o objeto é a possível violação ou não de norma constitucional, sendo irrelevante se a afronta decorre de norma expressa ou da ausência dela.

Quanto à crítica referente à violação da tradicional concepção de que o tribunal constitucional deve atuar como verdadeiro legislador negativo, ainda será oportunamente enfrentada. Momentaneamente, cabe destacar que a afirmação do autor de que tal visão não se ajusta à realidade contemporânea pode ser facilmente verificada a partir de observações empíricas, inclusive, e talvez principalmente, na realidade jurídica brasileira.

A segunda crítica, segundo Segado, estaria no fato de o controle das omissões politizar excessivamente a atuação do órgão fiscalizador. Para o autor o fato de o conflito constitucional poder ser qualificado como um conflito político não é relevante, sendo que a única questão decisiva é saber se o conflito, ao ser submetido ao conhecimento do tribunal, poderá receber uma decisão racional jurídica por meio da aplicação de normas cujo conteúdo possa ser determinado pelo tribunal com algum grau de precisão.

Sobre essa crítica relacionada à politização da atuação dos tribunais, que teria como reflexo a judicialização da política, duas observações são relevantes a nosso ver. Em primeiro lugar, tem-se que essa mesma crítica pode ser dirigida a atuação dos tribunais constitucionais como um todo, e não se relaciona apenas a sua atuação quando do controle das omissões. Em segundo lugar, a judicialização da política tem espaço “em uma sociedade que valoriza a associação entre direito legítimo e democracia”, podendo-se referir “ao processo por meio da qual uma comunidade de intérpretes, pela via de amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição”<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMF; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 39.

Por fim, destaca Segado, a terceira crítica se refere à ofensa ao princípio da separação dos poderes e à invasão da liberdade de agir do Poder Legislativo. Também como foi dito em relação à crítica anteriormente mencionada, esta, especialmente na parte relativa à separação dos poderes, não se destina exclusivamente a atuação do tribunal no controle das omissões. Contra esta crítica Segado argumenta, com base em Mortati, que

(...) os resultados alcançados pelo intérprete em sua atividade de integração não são equiparáveis àqueles que podem derivar-se da intervenção do legislador, pelo fato de que ao juiz constitucional está vedado todo critério de oportunidade acerca do melhor modo de conseguir a máxima satisfação dos interesses constitucionalmente protegidos<sup>78</sup>. (tradução livre)

Isto é assim porque o juiz constitucional deve pautar-se nas diretrizes constitucionais, não possuindo discricionariedade tão ampla como a do Poder Legislativo. Também neste ponto duas observações se mostram relevantes.

A primeira está no fato de que em muitos ordenamentos jurídicos há previsão expressa de controle das omissões legislativas inconstitucionais por parte dos tribunais constitucionais, sendo-lhes conferido não só competência para tanto, como em alguns casos, como no Brasil, mecanismos processuais específicos. Como o princípio da separação dos poderes é concretizado por meio de arranjos institucionais concretos, essa crítica perde muito da sua força argumentativa nos países onde o controle das omissões está constitucionalmente previsto.

Carlos Ruiz Miguel, em seu trabalho, cujo título é “Crítica de la llamada inconstitucionalidade por omisión”, funda sua crítica, dentre outros, no fato de o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão estar previsto em muitos poucos ordenamentos<sup>79</sup>. Assim, segundo este autor, nestes ordenamentos, ao exercer o controle da omissão inconstitucional, o tribunal não só estaria violando o princípio da separação dos poderes, como também a supremacia da constituição, uma vez que o tribunal estaria, em diversas circunstâncias, atuando como verdadeiro poder constituinte, e não como poder constituído.

---

<sup>78</sup> MORTATI, Constantino. Apputi per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore. In: Il Foro Italiano, 1970, V, pp. 153 y ss. apud SEGADO, Francisco Fernández. **La justicia constitucional: una visión de derecho comparado**. Los sistemas de justicia constitucional, las “dissentig opinios”, El control de las omisiones legislativas, el control de “cumunitariedad”. Madrid: Dykinson, 2009. p. 575.t. I.

<sup>79</sup> MIGUEL, Carlos Ruiz. Crítica de la llamada inconstitucionalidade por omisión. **Revista de las Cortes Generales**, La Rioja, n. 51, 2001, p. 117-134.

Contra esse argumento pode-se dizer que em muitos casos a possibilidade de se controlar as omissões inconstitucionais, não obstante a falta de previsão expressa, decorre naturalmente do texto constitucional, não sendo necessário nenhuma interpretação inovadora para se concluir pela sua possibilidade. Como exemplo pode-se citar o direito alemão. A Constituição Alemã (Grundgesetz) determinou em seu artigo 19 (4) que “Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo Poder Público, Poderá recorrer à via Judicial” (tradução livre)<sup>80</sup>. Ora, não é necessário grande esforço hermenêutico para concluir que direitos podem ser violados tanto por uma ação como por uma omissão do poder público.

Além do mais, quanto ao princípio da separação dos poderes, deve-se sempre perguntar, como proposto por Bruce Ackerman: separação de poderes em nome de que?<sup>81</sup>. A separação dos poderes não deve ser visto como um princípio formal autocentrado, que existe por existir. Afinal, como destaca Ackerman, “sem orientação normativa específica, o debate sobre a separação dos poderes degenera para uma engenharia constitucional simplória. A própria ideia ‘da eficiência’ institucional é completamente vazia, salvo se for vinculada a fins mais substantivos”.<sup>82</sup>

A partir desta estruturação, o autor estabelece três ideais que devem ser forjados a partir do modelo de separação do poder. O primeiro seria a democracia; o segundo seria a competência profissional, na elaboração das leis; e o terceiro seria a proteção e ampliação dos direitos fundamentais<sup>83</sup>.

Neste sentido, a possível violação ao princípio da separação de poderes, decorrente da atuação dos tribunais constitucionais no que se refere às omissões legislativas, apenas restará configurada em circunstâncias concretas, não estando configurada *a priori*. A atuação do tribunal constitucional, para ser legítima, deve contribuir com a realização de ideais constitucionais. Os ideais propostos por Ackerman nos parecem um bom parâmetro. Assim, o controle das omissões será legítimo se for capaz de contribuir com a proteção dos direitos fundamentais, com a realização da democracia, e com a formulação de leis mais corretas. E isto é possível.

---

<sup>80</sup> No original: Art. 19 (4): Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen”.

<sup>81</sup> ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.

<sup>82</sup> Ibidem, p 6.

<sup>83</sup> Ibidem, p, 7.

Por fim, merecem ser reproduzidas suscintamente outras críticas feitas por Carlos Ruiz Miguel<sup>84</sup>. São elas referentes aos seguintes fatos: a instituição da chamada inconstitucionalidade por omissão tem (i) apresentado decepcionantes resultados práticos; (ii) somente consegue subsistir teoricamente se for formulada a partir de uma concepção judicialista do direito, que atribui ao tribunal constitucional o monopólio da defesa da constituição; (iii) a resolução da omissão inconstitucional a partir de uma sentença meramente declarativa não apenas se mostra inútil, como inclusive contraproducente, por conduzir a uma perda de autoridade que pode contaminar perigosamente as demais decisões do tribunal; e, por fim, (iv) da forma como tem sido proposta por muitos autores, a técnica da inconstitucionalidade por omissão não tem considerado as peculiaridades (heterogeneidade) das normas constitucionais. Segundo o autor essa heterogeneidade decorre da diferenciada estrutura das normas, sendo que a normas de estruturas diferentes não pode ser dispensado o mesmo tratamento, sob pena de se chegar a uma atuação antidemocrática.

Quanto ao primeiro ponto, não nos parece possível afirmar tão peremptoriamente, sem a realização de pesquisas empíricas, que os resultados têm sido decepcionantes. Além do mais a classificação de qualquer resultado como decepcionantes ou não está atrelada à expectativa que se tem. Um mesmo resultado pode ser considerado decepcionante ou satisfatório, dependendo da expectativa criada.

Assim, inicialmente, pode-se destacar, não sem uma pequena dose de ironia, que é possível que o autor considere os resultados práticos decepcionantes por esperar mais do controle das omissões do que seus defensores. O controle das omissões legislativas, como já destacado, insere-se em um contexto amplo, de busca de realização dos fins e princípios constitucionais. Não se pode esperar que o controle jurisdicional das omissões seja a solução de todos os problemas relativos à (in)efetividade da Constituição. Trata-se apenas de um mecanismo, como outros muitos, que, apesar de relevante, possui limitações.

Ainda a esse respeito, cabe destacar pesquisa empírica realizada por Luciana de Oliveira Ramos, apresentada e analisada em sua dissertação de mestrado

---

<sup>84</sup> MIGUEL, Carlos Ruiz. Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión. **Revista de las Cortes Generales**, La Rioja, n. 51, p. 117-134, 2001.

defendida junto à faculdade de direito da Universidade de São Paulo, no ano de 2010<sup>85</sup>.

No referido trabalho, a autora analisou todas as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e mandados de injunção julgados pelo Supremo Tribunal Federal de 1988 a 2009. Considerando apenas os processos em que houve decisão final, o tribunal reconheceu a existência de omissão legislativa em 36% dos casos. Nestes casos, 47% recebeu decisão meramente declaratória, 1% recebeu decisão declaratória com estipulação de prazo e 52% recebeu decisão construtiva *inter-partes*.

O resultado não parece desprezível. Se em praticamente metade das decisões em que se reconheceu a omissão legislativa as decisões tiveram decisão construtiva *inter-partes*, tem-se que em aproximadamente 18% de todas as ações propostas o tribunal atuou na concretização da solução necessária ao exercício do direito fundamental que se pretendia efetivar com a ação.

Mas ainda que a partir de determinados parâmetros ou expectativas seja possível concluir que os resultados práticos advindos do controle das omissões legislativas têm sido insatisfatórios, tal fato não diz nada sobre a adequabilidade ou não do instituto em si.

Esta discussão quanto aos resultados práticos se relaciona ao item (iii), segundo o qual as sentenças declarativas se mostram inúteis e contraproducentes, e ao item (ii), segundo o qual as omissões pressupõem uma visão judicialista do direito, atribuindo ao tribunal constitucional o monopólio na defesa da constituição.

Aqui é possível apontar uma contradição entre ambas as críticas. Ora, somente se se parte do pressuposto de que o tribunal constitucional possui o monopólio da defesa da constituição é que se pode considerar as decisões declarativas inúteis.

A partir do paradigma adotado neste trabalho, de que os três poderes são intérpretes legítimos e devem atuar, dentro das suas possibilidades funcionais, cooperativamente na busca de se efetivar a Constituição, tem-se que as decisões declarativas não são inúteis, muito pelo contrário. Ainda que delas não decorra a desejada atuação legislativa, ela possui, em primeiro lugar, valor simbólico e político.

---

<sup>85</sup> RAMOS, Luciana de Oliveira. **O controle de constitucionalidade por omissão no Supremo Tribunal Federal**: análise dos casos de omissão legislativa nos 20 anos de constituição. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

Em segundo lugar, o reconhecimento da omissão por parte do tribunal constitucional reforça a necessidade de atuação do legislador, que por muitas vezes podia não restar claramente evidenciada. Desta forma, depois de reconhecida a omissão e decorrido prazo razoável sem que o legislador tenha atuado, surge uma circunstância de maior legitimidade para eventual atuação mais ativa do Poder Judiciário.

Dentro da formulação a ser feita de omissões, mais abrangente que a atual, que pretende abarcar situações em que a necessidade de legislação surge a partir da realidade, em face do texto constitucional, de forma dinâmica, e não apenas a partir do texto, de forma estática, seja pelo reconhecimento de algum dever de proteção não expresso, seja pelo reconhecimento de que determinada lei precisa ser adequada diante de novas realidades, tem-se que a decisão declarativa, reconhecendo as omissões, será fundamental para fomentar um desenvolvimento constitucional dialógico, dando diretrizes ao Poder Legislativo de onde ele deve atuar.

Desta forma, o paradigma a ser adotado no controle das omissões se assemelha ao que pode ser genericamente mencionado como teorias dos “diálogos institucionais”. Estas, de acordo com Conrado Hubner, possuem, em suas várias formulações, duas características principais. São elas (i) “a recusa da visão juriscêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deve ser legitimamente exercida pelos outros poderes”, e (ii) “a rejeição da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, que a corte a detenha por meio da revisão judicial”<sup>86</sup>.

Assemelha-se, pois embora se partilhe da primeira característica, uma pequena ressalva quanto à segunda deve ser feita. Isso porque, haverá casos, ainda que esses devam ser bem restritos, que caberá ao Poder Judiciário dar a palavra final. Desconsiderar essa possibilidade é ignorar diferenças funcionais relativas à atuação de cada um dos poderes.

Os limites materiais impostos à revisão constitucional conferem no âmbito daquelas matérias a possibilidade de os Tribunais Constitucionais fazerem prevalecer seu entendimento. Como destacado, isso não significa dizer que o Tribunal detém o monopólio e a exclusividade da interpretação constitucional. Além

---

<sup>86</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 107. (Série Direito desenvolvimento justiça: Produção científica)

do mais, como também já foi destacado, a interpretação das matérias em relação às quais poderá a Suprema Corte dar a palavra final deve ser extremamente restritiva, sob pena de se obstruir o jogo democrático e desconsiderar que a supremacia no desenvolvimento do ordenamento jurídico cabe ao Parlamento, órgão soberano e detentor de legitimidade popular em um estado democrático de direito.

Neste contexto, e tendo em vista que a interpretação da Constituição não é monopólio do Poder Judiciário, o estudo das omissões deve ser mais o estudo de como o Poder Judiciário pode contribuir com o Poder Legislativo na sua função de regulamentar/concretizar/densificar direitos fundamentais, possibilitando sua maior efetividade, do que o estudo de como o Poder Judiciário pode, por si só, efetivar a Constituição. É inegável que mesmo nos casos em que for possível ao Poder Judiciário efetivar a Constituição diretamente, diante de um direito não regulamentado, a sua atuação será mais restrita e menos eficaz que poderia se a do Poder Legislativo.

Por fim, em relação à crítica quanto à heterogeneidade das normas constitucionais, tem-se a dizer que, de fato, na análise das omissões legislativas, o Poder Judiciário deve levar em consideração a estrutura das normas constitucionais, ou seja, o controle das omissões não pressupõe ignorar que as normas constitucionais possuem diferentes características e estruturas normativas.

Feitas essas observações, parece demonstrado que não há argumentos fortes o suficientes a desaconselharem o estudo e o controle das omissões legislativas.

## **2.3 Contextualizando o estudo das omissões legislativas inconstitucionais**

### **2.3.1 Primeiras formulações acerca das omissões legislativas inconstitucionais**

De acordo com Ruiz<sup>87</sup>, há consenso entre os estudiosos do tema que o desenvolvimento pioneiro do tema foi dado por Wessel, então ministro do Tribunal Constitucional Federal alemão (Bundesverfassungsgericht), em artigo publicado no

---

<sup>87</sup> RUIZ, M. Angeles Ahumada. El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 8, ene./abr. 1991.



ano de 1952<sup>88</sup>, sendo que foi neste trabalho que se tratou pela primeira vez da omissão do legislador (*Unterlassung des Gesetzgebers*) como conceito jurídico próprio, autônomo. No referido estudo, Wessel discute, tendo em vista a lei que regulamentou e instituiu o Tribunal Constitucional Federal<sup>89</sup>, que entrara em vigor um ano antes, a possibilidade de a omissão do legislador configurar fundamento para a proposição da reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Também advém deste trabalho precursor a classificação ainda hoje admitida entre omissões parciais e absolutas.

De acordo com Wessel, se é possível admitir que o legislador pode violar direitos fundamentais por meio de omissões, deve-se negar a possibilidade de essa violação acontecer por meio de uma omissão absoluta<sup>90</sup>. De acordo com o autor, as omissões absolutas, caracterizadas pela total ausência de lei, não seriam objeto de análise jurídica, por se tratar de questão política. Já a omissão relativa, e o autor cita como exemplo aquela decorrente de violação ao princípio da igualdade, possuiria relevância jurídica, e poderia fundamentar a proposição da reclamação constitucional.

Uma pesquisa detalhada mostra que partir deste estudo seminal de WESSEL muitos outros trabalhos surgiram tratando das omissões normativas, mormente as omissões legislativas, sendo possível encontrar uma vasta gama de trabalhos sobre essa temática publicados ainda nas décadas de 50 e 60<sup>91</sup>. Neste contexto, merecem destaque os já clássicos trabalhos de Trocker, talvez o primeiro a ter afirmado que a inconstitucionalidade por omissão não decorre do simples não fazer, mas apenas de um comportamento omissivo que contraste com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo<sup>92</sup>, e de Mortati, que chega à mesma conclusão, de que a configuração da

---

<sup>88</sup> WESSEL. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde. **Deutsches Verwaltungsblatt**, Heft 6, 1952.

<sup>89</sup> Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG), espécie de Lei orgânica com base na qual foi instituído o Tribunal Constitucional Alemão. Destacando que o Tribunal Constitucional somente foi criado após a promulgação da referida Lei vide: MAURER, Hartmut. **Staatsrecht I : Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen**. 5. Aufl. München: C.H. Beck, 2007. p. 624: “Das BVerfG wurde 1951 nach Erlass des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG) errichtet”.

<sup>90</sup> WESSEL, op. cit., nota 91, p. 164.

<sup>91</sup> Podem ser mencionados deste período, dentro outros: LECHNER. *Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers*. Neue Juristische Wochenschrift, Heft 49, 1955. SCHNEIDER, Rudolf. *Rechtsschutz gegen verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers*, *AöR*, 89, 1964.

<sup>92</sup> TROCKER, Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di liberta. **Archiv. Giur.**, [s.l.], 1970.

omissão inconstitucional somente ocorre diante da abstenção referente a comandos constitucionais, ao tentar estabelece critérios para diferenciá-la das lacunas<sup>93</sup>.

Além disso, na década de 70 surgiram as primeiras previsões expressas em texto constitucional de mecanismos de controle das omissões inconstitucionais. Como precursoras podem ser destacadas as Constituições iugoslava, de 1974, e portuguesa, de 1976, sendo que, segundo Segado<sup>94</sup>, em ambas a introdução dos institutos processuais constitucionais relacionados ao controle da omissão legislativa se deu em sintonia com a lógica do dirigismo constitucional marxista e socialista.

### 2.3.2 O estudo das omissões a partir das formulações teóricas do positivismo no contexto do estado social

A partir das breves observações acima, pode-se muito claramente localizar temporalmente os primeiros debates teóricos acerca das omissões inconstitucionais. Eles surgiram na década de 50 e se desenvolveram progressivamente em um contexto fortemente influenciado pelo positivismo jurídico, apesar de esta formulação ter sido gradativamente questionada desde o pós-guerra. Embora uma análise detida das características do positivismo extrapole os objetivos do presente estudo, a menção a alguns dos seus elementos é relevante pela forma como eles direcionaram o estudo das omissões.

Norberto Bobbio<sup>95</sup>, ao tratar da Doutrina do positivismo jurídico, sistematiza suas características fundamentais em sete pontos ou problemas<sup>96</sup>, dos quais quatro têm relevância para o Estudo das omissões. O primeiro se refere ao modo como o positivismo encara e aborda o direito, como fato, de forma avaliativa, decorrendo daí que a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal. O segundo se refere às fontes do direito, especificamente ao fato de o positivismo considerar a lei como sendo fonte proeminente do direito. O terceiro diz respeito à teoria do ordenamento jurídico, a partir da qual a norma deixa de ser avaliada isoladamente e passa a ser considerada em conjunto com as demais

---

<sup>93</sup> MORTATI, Constantino. Apputi per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore. **Il Foro Italiano**, Roma, n. v, p. 153 -191, 1970.

<sup>94</sup> SEGADO, Francisco Fernández. **La justicia constitucional**: una visión de derecho comparad: Los sistemas de justicia constitucional, las "dissentig opinios", El control de las omisiones legislativas, el control de "cumunitariedad". [S.l]: [s.d.], 2009. t. I.

<sup>95</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosófica jurídica. São Paulo: ícone, 1995.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 131-134.

normas vigentes. Nesse contexto o positivismo se preocupa especialmente com a completude e a coerência do sistema. O quarto, talvez um dos mais relevantes, tem a ver com o que Bobbio denomina método da ciência jurídica, para se referir às questões interpretativas. Segundo o autor, o positivismo jurídico pressupõe uma interpretação mecanicista, por meio da qual na aplicação do direito o elemento declarativo se sobrepõe ao elemento criativo.

Interessa notar que a formulação teórica prevaiente no estudo das omissões, que será detalhadamente analisada no próximo capítulo, pode ser perfeitamente descrita de forma a se mostrar coerente com os pontos acima relatados. Inicialmente, do fato de nestas formulações a omissão legislativa ocorrer somente a partir de dever constitucional de agir imposto por norma determinada e certa decorre que a identificação das omissões independe de questões valorativas, estando relacionada meramente ao critério estabelecido formalmente no dispositivo normativo.

Tal formulação reforça, também, a associação entre texto normativo e lei ou norma, já que do dispositivo constitucional expresso e somente dele pode restar configurada uma omissão. Além do mais, ela se adequa precisamente a uma teoria do ordenamento nos moldes positivistas, já que dentro de uma estrutura normativa hierarquizada, o dever imposto pela norma superior deve ser observado pelo órgão inferior, surgindo daí a necessidade de o Poder Legislativo atuar. Neste sentido, o controle das omissões visa contribuir com a completude do sistema. Por fim, tem-se que a identificação das omissões ocorrerá somente a partir de interpretações mecanicistas.

Além de constatar que o estudo das omissões partiu do paradigma positivista, percebe-se também muito claramente que o seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial se deu no contexto do Estado Social. Marcante neste sentido é a formulação de que só haverá omissões em relação às normas constitucionais de eficácia limitada. No contexto de Estado Liberal, prevaiente no século XIX e início do século XX, a teoria do estado estava centrada no indivíduo enquanto membro autônomo da sociedade. A liberdade deste indivíduo era a liberdade em relação ao Estado<sup>97</sup>. Desta forma, prevaencia o entendimento de que os direitos econômicos e culturais poderiam ser providos aos indivíduos pela própria sociedade, e os direitos

---

<sup>97</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte**: Staatsrecht II. 22. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2006. p. 12.

fundamentais eram direitos negativos, que impediam o estado de interferir ativamente na vida privada dos indivíduos. A partir desta formulação a falta de ação por parte do Estado era o comportamento desejado, capaz de garantir a proteção dos direitos liberais.

Com o advento do Estado Social, ao contrário, passou-se a exigir do Estado a realização de diversas novas funções. Surgiram, assim, as constituições dirigentes, repletas de programas de cunho social, econômico e cultural, a serem implementados pelos poderes constituídos<sup>98</sup>. A simples não intervenção na esfera privada não era mais suficiente, e, para além de não intervir, surgiu para o Estado a obrigação de prover condições materiais mínimas, ao menos, para o livre desenvolvimento dos indivíduos.

O estudo das omissões ganhou grande impulso neste período, já que nem sempre a previsão em sede constitucional de normas garantindo direitos econômicos era garantia de efetividade. Isso porque, em muitos casos as normas constitucionais dependiam, para produzir seus efeitos, de intermediação legislativa. O instituto das omissões teve neste contexto grande relevo e se desenvolveu no intuito de contribuir e disponibilizar meios para que as constituições, mormente no que se referia aos seus direitos sociais, pudessem ser concretizadas.

Não se pretende levar a cabo uma análise exaustiva do contexto em que o estudo das omissões surgiu. Ao que tudo indica as breves reflexões acima já são suficientes para evidenciar, de forma inequívoca, que a formulação teórica da omissão legislativa inconstitucional esteve estritamente ligada às demandas do Estado Social e ao paradigma do positivismo jurídico.

Tem-se hoje novo paradigma jurídico, o neoconstitucionalismo. E a sociedade moderna, cada vez mais complexa e dinâmica, está sujeita a novas demandas. O instituto das omissões legislativas, a fim de continuar contribuindo com a melhor realização dos bens constitucionalmente protegidos, precisa ser repensado a luz destas novas realidades.

---

<sup>98</sup> Vide, a esse respeito, sobretudo: CANOTILHO. Joaquin José Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

### **3 FENÔMENO DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL: APRESENTAÇÃO SISTEMÁTICA DA FORMULAÇÃO TEÓRICA PREDOMINANTE E ALGUMAS REFLEXÕES**

Uma vez que o fundamento primeiro do estudo das omissões legislativas sempre foi a supremacia da constituição, mostrou-se necessário ter em vista as possibilidades de efetividade apresentadas pelos diversos tipos de normas constitucionais. Por este motivo, o estudo das omissões legislativas inconstitucionais se estruturou a partir das teorias relativas à aplicabilidade das normas constitucionais.

Foi a partir da análise e da classificação das normas quanto à sua aplicabilidade que se delineou o conceito de que somente em relação às normas de eficácia limitada haveria que se falar em omissão inconstitucional. Afinal, em relação às normas constitucionais que podem ser imediatamente aplicadas, sendo indispensável para tanto uma atuação legislativa, não seria razoável falar em omissão, uma vez que possível intervenção legislativa neste âmbito estaria dentro da margem de liberdade de agir do Poder Legislativo.

Este desenvolvimento prevaleceu na doutrina e também na jurisprudência. Pode-se destacar, inclusive, que o STF rejeita o cabimento de ação para discutir a omissão legislativa em relação a normas constitucionais de eficácia plena: “À exceção do preceito do § 3º, o teor do artigo 8º do Ato das Disposições Transitórias da Lei Fundamental veio à baila com eficácia plena, sendo imprópria a impetração de mandado de injunção para alcançar-se o exercício de direito dele decorrente.”<sup>99</sup>

A crítica a esta formulação é ponto central deste trabalho. Antes de elaborá-la, contudo, serão apresentadas, no próximo item, algumas reflexões acerca das classificações das normas constitucionais. Em seguida serão apresentadas e analisadas sistematicamente algumas das mais relevantes formulações relativas às omissões legislativas inconstitucionais.

---

<sup>99</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. MI 626. Relator Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça**, [s.l.], 18 jun.2001.

### 3.1 Aplicabilidade das normas constitucionais

O estudo das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade se direciona às normas constitucionais em sentido formal. Como já se evidenciou, as normas constitucionais não são meros programas políticos, indicativos de condutas, mas são normas jurídicas que se pretendem efetivas. Conforme destaca José Afonso da Silva,

(...) embora, em doutrina, se possa distinguir normas constitucionais por natureza e em sentido substancial, não será lícito recusar juridicidade constitucional àquelas não substancialmente desse caráter, constantes do texto de uma constituição rígida. Uma das consequências da rigidez é exatamente transformar em constitucionais todas as disposições que integram a constituição.<sup>100</sup>

Com este esclarecimento o autor pretende demonstrar o equívoco de parte da doutrina, segundo a qual determinadas normas constitucionais não possuiriam natureza jurídica, sendo apenas programas de normas jurídicas futuras, possuindo apenas valor político ou ético<sup>101</sup>. No primeiro capítulo nos posicionamos neste mesmo sentido, de que não pode o órgão aplicador do direito, tendo em vista suposta falta de materialidade de determinado preceito constitucional, deixar de lhe conceder eficácia jurídica.

Como já consignado neste trabalho, tal conduta não só violaria a supremacia constitucional, no seu aspecto formal, como também desprestigiaria as decisões políticas fundamentais tomadas pelo poder constituinte, que faticamente estaria sendo usurpado pelo órgão aplicador, que, ao aplicar como norma jurídica apenas os conteúdos que considerasse materialmente constitucional, estaria, na prática, desconsiderando a constituição existente e substituindo-a por uma constituição sem texto, reflexo do seu entendimento sobre quais matérias são constitucionais.

Dito isto, cabe mencionar, também, que o estudo da aplicabilidade das normas constitucionais se refere à eficácia técnica. As normas jurídicas, para estarem aptas a produzirem efeitos, precisam ser dotadas de algumas características, que, segundo Tercio Sampaio<sup>102</sup>, seriam a validade, vigência, eficácia e vigor. Validade se refere à “qualidade da norma que designa sua

---

<sup>100</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 46.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>102</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas as condições formais e materiais de sua produção e consequente integração no sistema.”<sup>103</sup>

Já vigência “é uma qualidade da norma que diz respeito ao tempo de validade”<sup>104</sup>. Já a eficácia é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos. Neste sentido, uma norma pode possuir eficácia social, quando presentes as condições fáticas necessárias para a sua observância, ou eficácia técnica, também denominada eficácia jurídica<sup>105</sup>, quando presentes as condições técnico-normativas exigíveis para a sua aplicação<sup>106</sup>.

O estudo das normas constitucionais quanto à sua eficácia se refere à eficácia técnica ou jurídica, ou seja, busca compreender a aptidão jurídica das normas para produzir efeitos. Existem normas constitucionais aptas a produzirem efeitos por si só, enquanto há outras normas constitucionais que para estarem aptas a produzirem seus efeitos precisam ser complementadas. Este fato está no cerne das classificações propostas.

Conforme noticia José Afonso da Silva, a primeira classificação das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade foi concebida e elaborada pelo direito norte-americano. Segundo esta classificação as normas constitucionais poderiam ser self-executing provisions (autoaplicáveis, autoexecutáveis, aplicáveis por si mesmas, bastantes em si) ou not self-executing provisions (não autoaplicáveis, não autoexecutáveis, não-executáveis por si mesmas, não-bastantes em si).<sup>107</sup>

Tal classificação partia da constatação de que havia nas constituições normas de caráter geral que deveriam ser convenientemente desenvolvidas pelo legislador, sendo que somente após esta atuação elas estariam aptas a produzir seus efeitos. A crítica que se fez a esta formulação é no sentido de que ela sugeriria a existência de normas constitucionais ineficazes e destituídas de imperatividade. Em relevante passagem, se contrapondo à possibilidade de haver normas constitucionais ineficazes, destaca José Afonso que:

---

<sup>103</sup> Ibidem. p, 203.

<sup>104</sup> Ibidem. p, 203.

<sup>105</sup> Terminologia desenvolvida por Kelsen, utilizada, dentre outros, por: PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 60. e CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 83.

<sup>106</sup> FERRAZ JR. Op. cit. Nota 105, p. 203.

<sup>107</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 73.

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 tem eficácia, ainda que relativa e reduzida.<sup>108</sup>

A partir deste desenvolvimento inicial do direito norte-americano, várias classificações surgiram. No direito brasileiro, embora muitas possam ser mencionadas, a classificação que se tornou mais clássica foi a de José Afonso da Silva. Segundo a sua classificação, quanto à eficácia e aplicabilidade as normas constitucionais podem ser (i) de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; (ii) de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, e (iii) normas de eficácia limitada, subdivididas em declaratórias de princípios institutivos ou organizativos, e declaratórias de princípio programático.<sup>109</sup>

Não se pretende explicar pormenorizadamente, mas apenas esclarecer cada um dos itens da classificação na sua essência. Antes de o fazer, é importante destacar que José Afonso da Silva reconhece que “não é fácil distinguir as normas constitucionais de eficácia plena daquelas de eficácia contida ou limitada”. De acordo com o autor, esta dificuldade constitui “um problema tormentoso de interpretação das normas constitucionais, e a sua solução se reveste, não obstante, de grande interesse prático”.<sup>110</sup>

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas completas juridicamente, contendo todos os requisitos e elementos para a sua incidência direta. Destaca o autor da classificação que o fato de a norma ser juridicamente completa “se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados”<sup>111</sup>.

Com base em conceituação de J. H. Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva define as normas constitucionais de eficácia plena como sendo 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”.<sup>112</sup>

---

<sup>108</sup> Ibidem, p, 75-76.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 91.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 99.

<sup>112</sup> MEIRELLES TEIXEIRA, 1991, p. 317 apud SILVA, 2000, p. 101.



Tal conceito é interessante, pois realça o fator volitivo, chamando atenção para o fato de que o poder constituinte, ao formalizar determinada norma constitucional, pode optar, muitas vezes, por uma norma capaz de possuir mais ou menos efetividade, conforme esta receba enunciado mais ou menos detalhado.

Obviamente a estrutura das normas e o seu grau de efetividade se encontram até certo ponto atrelados ao seu objeto. Os direitos de defesa, em geral, por estabelecerem expressamente comportamentos negativos, abstenções, serão tendencialmente normas cuja eficácia jurídica será imediata, ainda que possam vir a ser restringidos. Lógico que do ponto de vista da eficácia social, esses direitos dependerão da existência de determinadas instituições. Já direitos prestacionais, em especial direitos sociais, no que se refere ao desenvolvimento de políticas públicas, são mais tendentes a exigirem uma atuação do legislador.

Mas o constituinte tem alguma margem de liberdade e pode sim formular normas de direitos sociais de forma a lhe conferir eficácia imediata, ou, do contrário, remeter ao legislador determinado requisito necessário para que um direito a uma não intervenção esteja apta a produzir seus efeitos. Como exemplos da primeira circunstância podem ser mencionados os incisos XV, XVI, XVII, XVIII, XXI, do artigo 7º da Constituição Federal. Assim dispõe a Constituição:

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

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; (Grifo Nosso)

Os elementos textuais sublinhados são indispensáveis para tornar os direitos autoaplicáveis, dotados de eficácia plena, o que não impede o Poder Legislativo de ampliar ou detalhar melhor tais direitos, caso surja esta demanda dos embates democráticos. Isso é assim, pois o poder constituinte considerou tais direitos tão relevantes que não quis deixar sua eficácia pendendo da atuação legislativa. Isto indica que ao analisar as normas de eficácia limitada o Poder Judiciário deve se atentar aos termos da constituição, aos termos como o constituinte formulou determinado direito, pois haverá casos em que a falta dos elementos necessários à

aplicabilidade imediata das normas decorrerá de verídica impossibilidade de virem tais fatos detalhados no grau necessário em sede constitucional, como haverá circunstância em que a falta destes elementos terá sido proposital.

Embora tal construção teórica possa ser criticada por dar demasiada importância ao texto constitucional, ela se opõe a atitude que poderia ser descrita como desenvolver teoria constitucional sem levar em conta o texto da constituição. A interpretação constitucional deve flutuar entre as muitas possibilidades deixadas pelo texto.

Do contrário, um direito de proteção à propriedade, notadamente um direito negativo, de não intervenção, cuja aplicabilidade o poder constituinte fez pender de complementação legislativa, foi o a impenhorabilidade da pequena propriedade rural. Abaixo segue o texto constitucional:

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:

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; (Grifo Nosso).

Percebe-se que o texto não trouxe elementos suficientes a garantirem a efetividade plena e imediata do dispositivo em questão, uma vez que não estabeleceu, deixando a cargo de lei, o conceito de pequena propriedade rural. Este fato pode ter se dado por vários motivos, que não necessitam ser avaliados agora.

Com essas observações pretende-se apenas demonstrar que embora possa haver uma correlação natural da classificação da norma quanto a sua aplicabilidade e o seu conteúdo, esta não é absoluta, sendo que resta uma margem de atuação ao poder constituinte quando da elaboração da norma, podendo formalizá-la de forma mais ou menos completa, com maior ou menor aptidão para produzir todos os efeitos dela decorrentes.

Ainda no que se refere às normas constitucionais de eficácia plena, tem-se que elas incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar interesse normativo, possuindo, pois, aplicabilidade imediata. Aplicam-se, desta forma, apenas e somente pelo fato de serem normas<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 102.

Já as normas constitucionais de eficácia contida possuem as mesmas características das normas de eficácia plena, possuindo aplicabilidade imediata e imediata. A única diferença reside no fato de tais normas poderem ser objeto de restrição por parte do legislador infraconstitucional. Assim, tem-se que tais normas são aplicáveis de forma plena desde a promulgação da Constituição, não sendo necessário, para que produzam seus efeitos, complementação legislativa. Acontece, no entanto, que há a possibilidade de essas normas virem a sofrer limitação legislativa, quando passará a possuir eficácia não integral<sup>114</sup>.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que dependem da atuação legislativa para poderem incidir, uma vez que o constituinte, por qualquer motivo, não as formulou com a normatividade necessária para tal. No que se refere a estas normas, é fundamental lembrar que a premissa da qual parte José Afonso da Silva é a de que não há norma constitucional destituída de eficácia.<sup>115</sup> Neste sentido, estas normas de eficácia limitada, mesmo na ausência de lei a propiciar sua maior produção de efeitos, possuem algum grau de eficácia, na mediada em que irradiam efeitos jurídicos inibidores de disposições em contrário.

Tais normas podem ser divididas em dois grupos. Aquele composto por normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo, relacionadas à criação de órgãos ou entidades, e aquele outro composto por normas constitucionais de princípio programático. Delimitando as principais características das normas atinentes a este grupo, José Afonso da Silva destaca:

I – São normas que tem por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna;

---

<sup>114</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. Nesta obra, da página 218 a 224, Virgílio, ao analisar a classificação de José Afonso, destaca três problemas relativos às normas de eficácia contida. O primeiro, terminológico, se refere à utilização do participio “contida”, uma vez que as normas incluídas neste grupo não possuem a eficácia contida em si. O que há, na verdade, é uma possibilidade de que tal eficácia venha a ser restringida. Desta forma seria mais adequado classificar tais normas como normas constitucionais contíveis, restringíveis ou redutíveis. O segundo problema, apontado por Manuel Gonçalves Ferreira Filho, está no fato de que a classificação deveria ser dúplice, e não tríplice, uma vez que entre as normas constitucionais de eficácia plena e eficácia contida não haveria diferença alguma no plano da eficácia e da aplicabilidade, pois nos dois casos esta é imediata e aquela é plena. Embora reconheça que essas duas críticas sejam pertinentes, Virgílio considera que elas não são suficientes para abalar a classificação proposta, sugerindo no máximo a exigência de alguns ajustes pontuais. A terceira crítica, que tem a ver com a própria distinção, refere-se ao fato de todas as normas constitucionais poderem ser restringidas pela legislação ordinária, independentemente da existência de previsão constitucional expressa neste sentido.

<sup>115</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 81.

valorização do trabalho; desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica; amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia.

II – São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências.

III – São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos<sup>116</sup>.

Estes efeitos importantes, mencionados pelo autor, referem-se aos casos em que as normas constitucionais programáticas possuem eficácia jurídica imediata, direta e vinculante. São eles, segundo o autor:

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 de 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.

Embora a enumeração acima seja questionável em alguns pontos, tal análise extrapolaria o objeto do presente estudo. Pretende-se apenas evidenciar que de fato não há norma constitucional de todo ineficazes. Até as normas constitucionais programáticas são capazes de por si só ter alguma eficácia, produzir algum efeito, ainda que este seja mais jurídico que social. O estudo das omissões legislativas, embora parta da classificação acima apresentada quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, situada no âmbito da eficácia jurídica das normas constitucionais, possui como objetivo precípua garantir maior eficácia social a estas normas, e não apenas dotá-las de normatividade suficiente a garantir sua aptidão jurídica para produzir efeito.

Esta constatação serve para fundamentar a tese desenvolvida no presente trabalho de que também as normas constitucionais de eficácia plena devem ser tuteladas pelo instituto das omissões, ainda que excepcionalmente. Tal ponto, que será defendido mais adiante, merece análise cuidadosa. Como ficará evidente, a aptidão de determinada norma constitucional de eficácia plena para produzir efeito, principalmente de norma cujo texto seja demasiado aberto e possibilite

---

<sup>116</sup> Ibidem, p. 151-152.

interpretações diversas, poderá se tornar bem maior se for objeto de um desenvolvimento legislativo.

Quando este for o caso, ainda que aplicando a norma constitucional diretamente, a fim de garantir que o preceito tenha eficácia concreta, o Poder Judiciário deverá reconhecer a existência de omissão e a necessidade de o Poder Legislativo desenvolver o ponto, democraticamente, de forma a aumentar o grau de efetividade da norma constitucional, e de conferir à sociedade maior segurança jurídica e previsibilidade. Esta forma de ver os fatos cria novos canais de diálogos entre os poderes, concretizando, na prática, o entendimento de que concretizar a constituição não é função exclusiva de nenhum dos poderes, mas ao contrário, de todos eles.

### **3.2 As omissões inconstitucionais: delineamento conceitual tradicional**

Até o momento muitas foram as referências a uma tradicional formulação teórica das omissões legislativas inconstitucionais. É o que se pretende expor sistematicamente no presente tópico. A elaboração teórica do instituto analisado, como já demonstrado, começou a ocorrer na década de 50 e 60. No direito brasileiro tiveram grande repercussão, influenciando profundamente os debates tanto acadêmicos quanto doutrinários e jurisprudenciais, as obras de dois autores portugueses, ambas da década de 80, que por este fato merecem ser pontualmente analisadas.

#### **3.2.1 A omissão legislativa segundo Canotilho<sup>117</sup>**

Reconhecendo a dificuldade de se conceituar precisamente uma omissão legislativa destaca o autor que “a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela Constituição”. Segundo Canotilho, pois, a omissão não decorreria de um simples não fazer, mas

---

<sup>117</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

restaria caracterizada somente diante de um não “fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”<sup>118</sup>.

Neste sentido, o conceito de omissão, restritivo, leva à conclusão de que a inconstitucionalidade por omissão, tecnicamente falando, deveria estar sempre relacionada a uma exigência concreta constitucional de ação. Daí concluir o autor que “o simples dever geral de emanção de leis não fundamenta uma omissão inconstitucional”<sup>119</sup>.

Tendo em vista essa formulação, Canotilho estabelece uma distinção entre as imposições abstratas e as imposições constitucionais concretas. As primeiras se referem a imposições constitucionais das quais emanam deveres abstratos de legislação, sem que seja estabelecido concretamente aquilo que o legislador deve fazer. São exemplos deste tipo de imposição as decorrentes das normas programáticas e dos preceitos enunciadores dos fins do Estado. Segundo o autor o não cumprimento destas imposições abstratas pode ser visto como um comportamento ainda constitucional, que apenas se tornará inconstitucional diante de um persistente não atuar legislativo. Seria no âmbito destas normas que se desenvolveria, em boa medida, a luta político-constitucional em torno da constituição programática. Já as imposições constitucionais concretas dariam origem a um verdadeiro caso de omissão legislativa.

Na sequência do seu estudo, Canotilho destaca que o dever de legislação pode ser violado<sup>120</sup> i) quando o legislador deixa de emanar qualquer preceito capaz de executar as imposições constitucionais, não atuando de nenhuma forma; ii) quando as leis que dão cumprimento às imposições favorecem certos grupos, negligenciando outros; ou iii) quando determinada legislação, que se propõe a realizar certas imposições, exclui alguns cidadãos, total ou parcialmente, de forma expressa, das vantagens reconhecidas nas leis de execução.

No primeiro caso, trata-se de omissão total. Já na segunda e terceira hipótese têm-se omissões parciais, que a partir de um conceito naturalístico-formal não serão reconhecidas como verdadeiras omissões legislativas. Tal concepção, no entanto, não há de ser adotada, uma vez que ela inviabiliza, no que se refere à concretização do princípio da igualdade, a distinção entre a possibilidade de a censurabilidade do

---

<sup>118</sup> Ibidem, p. 331.

<sup>119</sup> Ibidem, p. 332.

<sup>120</sup> Ibidem, p. 334.

comportamento do legislador estar em um ato positivo, o que ocorre quando há exclusão arbitrária de certos grupos das vantagens legais, ou em um procedimento omissivo, quando uma lei que contempla positivamente determinado grupo de cidadãos, esquece outros.

No contexto destas distinções, Canotilho considera que “existe uma omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, quando o legislador não concretizar ou não concretizar completamente uma imposição constitucional concreta”<sup>121</sup>. Desta forma, o autor reconhece que também as omissões parciais possuem relevância jurídica e merecem ser consideradas como verdadeiras omissões inconstitucionais.

Outra distinção feita pelo autor é entre as omissões absolutas, decorrentes da violação de um dever legislativo autônomo, e omissões relativas, quando não há a existência “absoluta” da emanção da lei, sendo relevante o problema da omissão apenas quando o ato legislativo intervém violando o princípio da igualdade. Neste ponto deve-se ter em mente que o princípio da igualdade nem sempre dará origem a apenas imposições constitucionais gerais, havendo casos em que o dever legislativo concreto tem como elemento constitutivo o princípio da igualdade. Nesses casos não haverá apenas uma omissão relativa, mas também uma omissão absoluta parcial.

Dentro da formulação do autor o ponto mais relevante e que na prática nem ele próprio levou às últimas consequências foi desenvolvido no item denominado “omissão legislativa e atualidade das imposições constitucionais”<sup>122</sup>. De acordo com Canotilho, apesar da eventual aplicação imediata, feita pelos órgãos judiciais ou administrativos, em geral subsistem dois problemas fundamentais. O primeiro se refere ao fato de o dever de ação especificamente dirigido ao legislador continuar sem ser cumprido, continuando configurada a omissão legislativa inconstitucional. O segundo se refere ao fato de a atualização das imposições constitucionais implicar uma disciplina jurídica, cuja generalização, apreciação política e ponderação de resultados só o legislador está em condições de efetuar.

---

<sup>121</sup> Ibidem, p. 335.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 337.

Canotilho conclui tal item destacando que a “omissão legislativa pode existir e manter-se apesar da eventual aplicação imediata pelas entidades jurisdicionais ou administrativas das imposições constitucionais”<sup>123</sup>.

Quando se nega a possibilidade de se reconhecer a omissão em face das normas constitucionais autoaplicáveis, toma-se por fundamento o fato de, por serem juridicamente aptas a produzirem seus efeitos, tais direitos poderem ser tutelados diretamente por meio de ações destinadas a tutelar eventuais violações, vez que tal violação não decorre, ou não diretamente, da falta de atuação legislativa, atuação esta a qual o legislador não estaria constitucionalmente obrigado, mas de qualquer ação ou omissão perpetrada por outro órgão público.

Quando Canotilho afirma que ainda diante da aplicação imediata das imposições constitucionais pode continuar ocorrendo uma omissão, ele se refere, como soa intuitivo do contexto de sua obra, às imposições constitucionais relativas às normas constitucionais de eficácia limitada. Por isso afirmou-se, acima, que o próprio autor não levou às últimas consequências sua relevante reflexão, limitando-a o alcance.

Mais adianta restará mais bem esclarecido o motivo pelo qual e a partir de quais parâmetros deve ser possível reconhecer a existência de uma omissão legislativa inconstitucional e a sua permanência diante de normas constitucionais de eficácia plena e diante da sua concretização por órgãos jurisdicionais ou administrativos.

### 3.2.2 A omissão legislativa segundo Jorge Miranda<sup>124</sup>

Após desenvolver um breve estudo de direito comparado, evidenciando a forma como o tema das omissões é tratado em alguns países, e discorrer sobre a inconstitucionalidade por omissão no direito português, o autor analisa o sentido da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Neste ponto, ele destaca que seria equivocado associar a verificação da ocorrência da inconstitucionalidade por omissão à declaração de inconstitucionalidade por ação. Isso porque seriam coisas

---

<sup>123</sup> Ibidem, p. 338.

<sup>124</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed.Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II.



diferentes declarar a invalidade ou ineficácia de uma norma, diante dos efeitos que isso produz, e declarar que inexistente determinada norma que deveria existir<sup>125</sup>.

A esse respeito, prossegue Jorge Miranda afirmando que a verificação da existência de inconstitucionalidade por omissão legislativa não altera a ordem jurídica, não mais sendo do que fator capaz de induzir ou levar os órgãos legislativos a adotarem o comportamento ativo, de legislar, desejado. Isto seria assim pela necessidade de se equilibrar entre o princípio da garantia da constituição e o princípio democrático.

Ora, não se mostra correta a assertiva no sentido de que a verificação da existência de inconstitucionalidade por omissão legislativa não altera a ordem jurídica. Alguns argumentos contrários a esse entendimento já foram expostos quando da análise de algumas críticas dirigidas ao instituto das omissões legislativas. Uma das críticas então mencionadas dizia que a resolução da omissão inconstitucional a partir de uma sentença meramente declarativa se mostraria inútil, o que se assemelha bastante à afirmação de que a declaração não altera a ordem jurídica.

Inicialmente, toda manifestação jurisdicional feita dentro dos adequados e corretos trâmites legais altera a ordem jurídica, por passar a integrá-la. Além do mais não se pode pretender diminuir o valor de uma manifestação jurisdicional emanada por um órgão constitucionalmente dotado de tal competência. Juridicamente tal manifestação é existente, válida e eficaz.

A partir de uma concepção estanque de separação de poderes a declaração também pode parecer não muito relevante, por ser incapaz de obrigar o órgão legislativo a atuar ou por ser incapaz de levar a um efeito prático imediato. No entanto, compreendendo-se a Constituição a partir do processo político conflituoso e permanente que ela dirige, tem-se que as decisões declarativas contribuem para a deliberação interinstitucional, criando um ônus ainda maior sobre o parlamento<sup>126</sup>. Tal decisão, inclusive, e como se defenderá mais adiante, justamente por reforçar a necessidade de ação do legislativo, pode futuramente vir a conferir maior legitimidade a uma atuação mais ativa do poder judiciário que futuramente venha se mostrar necessária, diante da inépcia do órgão legiferante.

---

<sup>125</sup> Ibidem, p. 518.

<sup>126</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.p. 224-235.( Série direito desenvolvimento justiça: Produção científica).

Em sequência, Jorge Miranda trata dos pressupostos da inconstitucionalidade por omissão legislativa, chegando a três. O primeiro é no sentido de que o não cumprimento da Constituição deve derivar de violação de certa e determinada norma; O segundo impõe que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma; e o terceiro resta configurado quando nas circunstâncias concretas da prática legislativa faltam as medidas legislativas necessárias para tornar exequível a norma constitucional<sup>127</sup>.

Começemos a refletir pelo terceiro item. Ele parece ser o único a não merecer reparos. Ora, de fato é um pressuposto inconteste da omissão legislativa inconstitucional a existência de nexo de causalidade entre a ausência da necessária medida legislativa e a inexecutabilidade da norma constitucional. Se a violação ou não efetividade da norma constitucional não derivar ou não tiver como causa a ausência de lei que deveria existir, não se pode alegar haver omissão legislativa.

Quanto ao primeiro pressuposto, o autor alega que ao tratar das omissões legislativas, o artigo 283 da Constituição portuguesa<sup>128</sup> não teve como escopo “a apreciação dos resultados globais da Constituição, mas a apreciação de uma situação de violação necessariamente demarcada a partir de um preceito a que o legislador ordinário não confere exequibilidade”<sup>129</sup>.

Prossegue o autor, em uma passagem amplamente reproduzida por doutrinadores brasileiros, afirmando que:

A inconstitucionalidade por omissão – tal como a inconstitucionalidade por ação – não se afere em face do sistema constitucional em bloco. É aferida em face de uma norma cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da Constituição. A violação especifica-se olhando a uma disposição violada, e não ao conjunto de disposições e princípios. Se assim não fosse, o juízo de inconstitucionalidade seria indefinido, fluido e dominado por considerações extrajudiciais e o órgão de garantia poderia ficar remetido ao arbítrio ou à paralisia<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed.Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II. p. 518.

<sup>128</sup> Art. 283 da Constituição da República Portuguesa (Inconstitucionalidade por Omissão) **1.** A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. **2.** Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 518.

<sup>130</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed.Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 518-519. t. II.

Quanto ao segundo pressuposto elencado, de que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma o autor não traz maiores explicações, talvez por considerar tal formulação bastante óbvia.

Esses dois pontos, elementos centrais do que ao longo do trabalho tem sido denominado tradicional delineamento teórico das omissões, serão analisados e criticados pontualmente a seguir. Neste ponto cabe apenas mencionar que as ideias já apresentadas nos capítulos iniciais fornecem elementos para se chegar a uma compreensão diferente da defendida pelo autor.

Já se desenvolveu a ideia segundo a qual a omissão legislativa deve ser enfrentada como uma questão de interpretação constitucional. Buscou-se demonstrar, ao propor este enfoque, não ser desejável, e nem mesmo possível, interpretar preceitos constitucionais de forma isolada. Tal prática além de conduzir a interpretações equivocadas pode levar a outros resultados indesejados, como a incorreta avaliação de outros bens constitucionais relevantes que direta ou indiretamente se relacionem ao texto normativo analisado.

Também já se demonstrou a incoerência de se restringir o conceito de omissão legislativa, fazendo com que esse abarque apenas aquelas referentes às normas constitucionais de eficácia limitada. Tal incoerência está no fato de se utilizar uma classificação situada no âmbito da eficácia jurídica para restringir conceitualmente um instituto, o da omissão legislativa, que possui como objetivo precípuo garantir maior eficácia social das normas constitucionais, e não apenas dotá-las de normatividade suficiente a garantir sua aptidão jurídica para produzir efeito.

Por fim, na análise do desenvolvimento teórico desenvolvido por Jorge Miranda, deve ser destacado seu entendimento, também corriqueiramente reproduzido pela doutrina e estudiosos do tema no Brasil, de que “o juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei”, prosseguindo com a afirmação de que “o órgão de fiscalização [...] terá de concluir pela omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal”<sup>131</sup>.

Como também já se evidenciou, esse elemento temporal como algo inerente e ínsito ao conceito de omissão não se mostra o mais correto, apesar de tal

---

<sup>131</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 521. t. II.

formulação ser pacificamente aceita. Tal ponto também será detalhado quando da elaboração sistemática das críticas à formulação tradicional, que em síntese contém esses elementos destacados por Jorge Miranda.

### 3.2.3 A omissão legislativa segundo autores brasileiros

Muitos são os textos e artigos escritos aqui no Brasil a tratar das omissões legislativas. A maior parte, no entanto, se ocupa prioritariamente dos possíveis mecanismos de controle das referidas omissões, abordando de forma bastante sucinta a conceituação do instituto. No presente tópico, serão brevemente mencionadas conceituações e reflexões elaboradas por quatro estudiosos que elaboraram trabalho monográfico sobre o tema. Não se pretende analisar exaustivamente as obras mencionadas, mas apenas elementos que se mostram relevantes para o presente trabalho.

#### 3.2.3.1 Luciane Moessa de Souza: “Normas constitucionais não regulamentadas”<sup>132</sup>

Já de início a autora insere o estudo das omissões em um contexto marcado pela existência de Constituições dirigentes, que impõem o conteúdo material e as finalidades dos poderes públicos, prevendo programas e consagrando direitos que requerem uma integração normativa infraconstitucional, não restando ao legislador, em tais casos, a faculdade de legislar, sendo tal atuação um dever<sup>133</sup>.

Nesse mesmo sentido, e confirmando a vinculação que pretende estabelecer entre o estudo das omissões e o paradigma do estado social a autora destaca que “a realização da igualdade de oportunidades é, para o Estado Social, o meio por excelência na busca da liberdade plena”, prosseguindo que “não por acaso, é exatamente na seara dos direitos coletivos que se encontra o maior número de normas de eficácia diferida, exigentes de colaboração legislativa e governamental posteriores para que produzam efeitos concretos (efetividade)”<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> SOUZA, Luciana Moessa de Souza. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>133</sup> SOUZA, Luciana Moessa de Souza. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 37.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 40.

Desta forma fica evidente o entendimento da autora de que o estudo das omissões, ainda que não exclusivamente, tem como objetivo fundamental fomentar a realização dos direitos prestacionais, decorrentes do Estado Social, e que em geral são positivados constitucionalmente por meio de normas constitucionais de eficácia limitada.

Ao tratar dos elementos necessários para que se configure uma omissão inconstitucional a autora cita Canotilho, afirmando que esta restará configurada quando for possível identificar um dever específico de legislar, advindo de uma previsão constitucional inequívoca neste sentido. Em sequência, a autora reproduz os já acima citados três pressupostos para a configuração da omissão inconstitucional segundo Jorge Miranda<sup>135</sup>. Percebe-se, desta forma, que os elementos centrais da conceituação da omissão legislativa apontados pelos autores portugueses, e que se busca questionar no presente trabalho, são reproduzidos pela autora sem maiores problematizações.

Por fim, a par de outros muitos pontos desenvolvidos na obra em análise, cabe destacar que a autora ressalta que dentre as diversas normas constitucionais a exigirem regulamentação há diversos dispositivos consagradores de direitos fundamentais. No entanto, confirmando a tendência de restringir a ocorrência e o estudo das omissões à não regulamentação de dispositivos específicos, a autora afirma que os instrumentos judiciais destinados ao controle da omissão tem função intrinsecamente fadada ao esgotamento, uma vez que a partir do momento em que não houver dispositivo a ser regulamentado na constituição, eles perderão imediatamente sua prestabilidade de levar ao judiciário novas demandas<sup>136</sup>.

Tal entendimento, que também se pretende questionar, parte de uma visão estática do ordenamento jurídico, que giraria ao redor de um texto constitucional pronto e acabado normativamente que, uma vez completamente regulamentado, levaria a uma situação de plenitude jurídica. Ora, na realidade as coisas não ocorrem desta maneira. Em sociedades complexas como as atuais as demandas surgem e mudam de forma muito rápida. Em um contexto de neoconstitucionalismo, em que os princípios jurídicos possuem força normativa e em que valores materiais, mais do que elementos formais, fornecem o alicerce de todo o atuar estatal, a

---

<sup>135</sup> Ibidem, p. 45-46.

<sup>136</sup> SOUZA, Luciana Moessa de Souza. **Normas constitucionais não-regulamentadas**: instrumentos processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 50.

identificação das omissões não pode ficar restrita àquelas exigências de atuar impostas por normas certas e determinadas.

Com base na necessidade de se realizar e proteger valores e bens da mais alta relevância, surgirão em contextos diversos necessidades múltiplas de atuar ou de um melhor atuar legislativo. Ora, nesses casos, em que a inércia legislativa puder levar à violação de algum bem constitucional relevante, constitucionalizado por meio de um princípio amplo, porque não falar em omissão legislativa?

O que se estar a propor é que sem se descuidar das normas constitucionais a demandarem determinada regulamentação, o instituto, a fim de se atualizar e se compatibilizar ao novo contexto jurídico (neoconstitucionalismo) e social (sociedades complexas e de risco), passe a abarcar situações outras, mais amplas que as até então integradas no conceito. Ainda será possível aprofundar tais reflexões.

### 3.2.3.2 Flávia Piovesan: “Proteção judicial contra omissões legislativas”<sup>137</sup>

A autora parte da classificação elaborada por José Afonso da Silva, afirmando que “a proposta é desenvolver o estudo da omissão legislativa sob o prisma da aplicabilidade das normas constitucionais”. A partir desta premissa, a autora afirma que “se todas as normas constitucionais detivessem eficácia plena, faltaria cabimento à omissão legislativa”, para em seguida concluir que “a omissão legislativa inconstitucional está relacionada com normas constitucionais de eficácia limitada”<sup>138</sup>.

Ao delinear conceitualmente a inconstitucionalidade por omissão, Flávia Piovesan sustenta que a omissão legislativa resulta do silêncio do legislador na tarefa de editar as normas necessárias para a efetividade da Constituição, tratando-se de um dever especial de legislar, decorrente de uma ordem concreta de legislar.

Percebe-se, claramente, que a formulação parte de um conceito mais formal de constituição, a partir do qual somente uma ordem concreta, emanada em um enunciado textual expresso e inequívoco, seria capaz de dar ensejo a um dever de

---

<sup>137</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>138</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 78.

legislar. Este, de acordo com esta formulação, jamais poderia decorrer um princípio ou um relevante valor constitucional que diante de uma não atuação legislativa pudesse vir a ser frontalmente violado.

Na sequência, a autora reproduz as formulações de Canotilho e Jorge Miranda, tomando-as por corretas. Por fim, a autora também utiliza o elemento tempo como algo ínsito à caracterização da omissão legislativa inconstitucional, afirmando que esta restará configurada diante de um não fazer em tempo útil. Nesse contexto, a autora destaca que em alguns casos a própria constituição poderá delimitar um prazo para a prática do ato. Se isso ocorrer, somente depois de decorrido esse prazo estará caracterizada a inconstitucionalidade por omissão. Na hipótese de a constituição não ter fixado nenhum tipo de prazo, haveria de se questionar qual seria o prazo razoável dentro do qual a medida deveria ter sido tomada.

Por fim, e tendo em vista essa questão do tempo, Flavia Piovesan cita Clèmerson Merlin Clève e expõe a distinção que ele faz entre omissões inconstitucionais e “situações constitucionais imperfeitas” ou “lacunas técnicas”. De acordo com este autor a “lacuna” somente se converteria em omissão inconstitucional depois de decorrido um lapso temporal que extrapolasse os limites do razoável<sup>139</sup>.

Como já se teve oportunidade de destacar, no presente trabalho busca-se defender, quanto a este ponto, a ideia de que o elemento tempo é externo ao conceito de omissão legislativa. A sua inclusão no conceito, como pressuposto para a caracterização da omissão, faz o pronunciamento jurisdicional incidir mais frontalmente na conduta omissiva do legislador, do que no reflexo negativo que esta tem para a ordem jurídica. Além do mais, tal fato, ao obstar que determinada situação jurídica que se mostra imperfeita pela ausência de lei seja caracterizada como omissão legislativa, impede ou limita uma maior possibilidade de diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Tal ponto também será mais bem analisado.

---

<sup>139</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 95.

### 3.2.3.3 Dirley da Cunha Júnior: “Controle Judicial das Omissões do Poder Público”<sup>140</sup>

No capítulo terceiro, da primeira parte da sua obra, que trata da delimitação conceitual de omissão inconstitucional, o autor afirma, expressamente, que apenas haverá omissão inconstitucional no âmbito das denominadas normas constitucionais de eficácia limitada, por serem as únicas a dependerem de providência normativa do Poder Legislativo. Ainda no mesmo parágrafo, no entanto, o autor relativiza sua assertiva, dizendo que “embora plenamente eficazes, há normas que contemplam direitos e carecem de providências normativas e materiais do poder público, dando lugar ao reconhecimento, em caso de omissão, da inconstitucionalidade”<sup>141</sup>.

Apesar da construção confusa, depreende-se que como regra para Dirley a omissão inconstitucional estará associada a não regulamentação de norma constitucional de eficácia limitada. Ao tratar da perspectiva histórica, o autor, da mesma forma que Canotilho, assevera que “o reconhecimento das omissões inconstitucionais deveu-se ao advento do Estado Social”<sup>142</sup>. Uma vez que o Estado passou a ser visto como instituição responsável pela promoção do bem-estar social, nos termos previstos pelas constituições dirigentes, tornou-se necessário criar novas categorias jurídicas com o intuito de evitar que a efetividade das normas destas constituições se perdesse pela não atuação dos órgãos do Estado. Nesse sentido, afirma o autor que a categoria jurídica da inconstitucionalidade por omissão reforça significativamente a imperatividade da Lei Fundamental.

Ao tratar dos conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade destaca o professor Dirley, citando Jorge Miranda, que tais conceitos expressam uma relação de conformidade ou desconformidade que se estabelece entre a Constituição e o comportamento estatal. Especificamente em relação à inconstitucionalidade por omissão realça o autor, ainda se fundamentando em Jorge Miranda, que seu reconhecimento pode se dar apenas em face de uma certa e determinada norma, e não em face do sistema constitucional.

Na sequência, já com base em Canotilho, em passagem também já citada neste trabalho, esclarece o autor que não basta o simples dever geral de legislar ou

---

<sup>140</sup>CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>141</sup> Ibidem, p. 114.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 114.



atuar, mas que somente diante da existência de uma imposição ou ordem concreta de legislar, definida em norma certa e determinada, restará caracterizada um omissão inconstitucional.

Dirley da Cunha Junior também reproduz os pressupostos da inconstitucionalidade por omissão elencados por Jorge Miranda<sup>143</sup>. Por fim, no que se refere ao momento em que ocorre a omissão inconstitucional, o autor igualmente cita Jorge Miranda para afirmar que “a apreciação da omissão não pode ser separada da apreciação do fator tempo, pois o juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo, dentro do qual podia e devia ser produzida a medida necessária para conferir a exequibilidade a norma constitucional”<sup>144</sup>.

3.2.3.4 André Puccinelli Júnior: “A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador”<sup>145</sup>

A par de pequenas variações, pode-se afirmar que a formulação de Puccinelli Júnior partilha dos elementos centrais constantes de todas as formulações já expostas. Quanto ao contexto histórico, assevera o autor que a omissão inconstitucional, cúmplice da incompletude do ordenamento jurídico e da abertura constitucional, é característica do Estado Social<sup>146</sup>.

No que se refere à caracterização da omissão legislativa, destaca, inicialmente, a dificuldade de se controlar a inércia legislativa, “posto situar-se em zona limítrofe entre a liberdade de conformação normativa e o estrito cumprimento da Constituição”<sup>147</sup>. Dando continuidade à sua análise, o autor repete lição de que “ela não é aferida em face do sistema constitucional em bloco, mas em face de uma norma constitucional específica, cuja exequibilidade depende de integração normativa”<sup>148</sup>.

---

<sup>143</sup> Vide no corpo do trabalho parágrafo onde se localiza a nota de rodapé 130.

<sup>144</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 125-126.

<sup>145</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 113.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 117.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 118.

No mesmo sentido já trabalhado pelos demais estudiosos mencionados, destaca Puccinelli Júnior que “só é possível falar em omissão legislativa quando a Constituição consagra normas de eficácia limitada”, concluindo que “o termo omissão inconstitucional perderia o sentido se todas as normas fossem dotadas de eficácia imediata e integral”<sup>149</sup>, como se tal fato fosse possível.

Interessante notar um ponto em que o autor discorda da formulação de Gomes Canotilho. O estudioso português, conforme já noticiado, distingue entre as imposições constitucionais concretas e abstratas, sendo que apenas a não-realização das primeiras configuraria autêntica violação do plano de ordenação constitucional, ao passo que a não-realização das segundas em muitos casos poderá se situar no campo de comportamentos ainda constitucionais. Desta forma Canotilho exclui, no entendimento de Puccinelli equivocadamente, “do conceito de omissão inconstitucional o não-cumprimento das normas-fim ou normas-tarefa que impõem, abstratamente, a prossecução de certos objetivos”<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 119.

## **4 REPENSANDO A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL: CRÍTICAS E PROPOSIÇÕES**

### **4.1 Críticas e reflexões acerca da formulação predominante**

Pretendeu-se, no capítulo anterior, comprovar a existência de uma formulação teórica predominante quanto à conceituação e caracterização da omissão legislativa inconstitucional. Como o objetivo precípua do presente trabalho é justamente questionar ou refletir criticamente sobre esta formulação, torna-se necessário fazer uma crítica sistemática em relação aos principais elementos caracterizadores da formulação que se pretende superar.

Destaca-se, por oportuno, que os critérios desenvolvidos pelos autores citados acima para a caracterização das omissões são tão dominantes nos dois países a ponto de serem utilizados de forma incontroversa pelas suas respectivas cortes constitucionais. Tal fato, no entanto, não interfere no mérito das reflexões que aqui se pretende desenvolver, vez que o trabalho não visa descrever a forma como as coisas se dão, não possuindo pretensão descritiva, mas sim normativa.

Das seis formulações apresentadas, apesar de muito parecidas, a desenvolvida por Jorge Miranda é a que mais diretamente apresenta os elementos centrais para a caracterização das omissões legislativas conforme a formulação a ser questionada. Segue, por oportuno, à análise pontual de cada um dos três pressupostos para a caracterização das omissões inconstitucionais por ele mencionados e frequentemente reproduzido pelos estudiosos pátrios.

#### **4.1.1 Necessidade de o não cumprimento da constituição derivar da violação de certa e determinada norma**

Essa exigência se mostra plenamente compatível e adequada tendo-se em vista o contexto jurídico, marcado pelo positivismo, prevalência do dogma do legislador negativo e rigidez da formulação do princípio da separação dos poderes, em que o estudo das omissões floresceu.

Acontece que o positivismo foi superado pelo neoconstitucionalismo. O dogma do legislador negativo, no marco teórico das teorias do diálogo institucional, e

diante da realidade fática em que o Poder Judiciário, em todo o mundo, é cada vez mais chamado a decidir questões relevantes, mostra-se anacrônico. O princípio da separação dos poderes, conforme já destacado neste trabalho, não mais é visto como algo formal com valor em si mesmo, extraindo seu valor dos bens constitucionais, materialmente relevantes, que ele pode ajudar a concretizar.

Com tamanha mudança na perspectiva jurídica não parece difícil concluir que a exigência apresentada não mais se mostra razoável. No contexto em questão ela se justificava na busca de garantir uma menor ingerência do Poder Judiciário, que se não ficasse vinculado à violação de determinada e certa norma, poderia atuar além do limite desejado, buscando impor ao Poder Legislativo atuações que a própria Constituição não houvesse imposto.

No contexto de surgimento e desenvolvimento do instituto jurídico-constitucional das omissões, os princípios jurídicos ainda não eram visto como norma, nem eram dotados de força jurídica vinculante, capazes de dar origem a deveres de atuação por parte do legislador. Tal realidade se modificou e não mais existe.

Já no primeiro capítulo deste trabalho, ao se apresentar o estudo das omissões como um caso de interpretação constitucional, buscou-se evidenciar a fragilidade do entendimento segundo o qual determinados preceitos constitucionais podem ser interpretados de forma isolada, sem se considerar as demais normas e valores constitucionais. Em constituições prolixas, como a brasileira, a análise de qualquer preceito sempre envolverá valores constitucionais contrapostos, que inevitavelmente deverão ser avaliados.

Dada esta complexidade, no âmbito dos conflitos dos direitos fundamentais desenvolveu-se a ponderação, técnica de decisão por meio da qual se coloca “em equação os ônus e as vantagens que defluem da tutela total ou parcial de cada um dos bens jurídicos em conflito”<sup>151</sup>. Embora não seja possível estabelecer um paralelo perfeito entre as circunstâncias em que se busca reconhecer a existência de uma omissão constitucional e aquela em que há um conflito de direitos fundamentais, pode-se destacar alguns pontos em comum.

---

<sup>151</sup> PEREIRA. Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 266.

Em ambos os casos, antes de se chegar a uma decisão, mostra-se imperioso uma ponderação de como cada uma das possibilidades decisórias repercutirá nos bens constitucionais que se pretende tutelar. No caso do reconhecimento das omissões inconstitucionais, tem-se que ver até que ponto a efetivação de um preceito constitucional não levará à mitigação de outros. Ora, não se pode reconhecer um não agir como inconstitucional se do agir decorrente deste reconhecimento decorrer forte limitação a outros direitos também constitucionais. Se este for o caso, não haverá que se falar em omissão inconstitucional, já que a ponderação entre a concretização do direito em análise ou a sua não concretização, com a decorrente proteção de outro direito que poderia ser restringido, caberá, ao menos em tese, ao Poder Legislativo.

Neste ponto, as críticas dirigidas à ponderação de interesses também seriam válidas à utilização deste raciocínio ponderativo no âmbito do estudo das omissões inconstitucionais.

Jane Reis sintetiza em duas grandes linhas as argumentações críticas à ponderação como método de interpretação constitucional. Elas estariam ligadas à pretensa “irracionalidade do raciocínio ponderativo, que ostentaria um inevitável viés subjetivo a permitir que os juízes imponham suas preferências morais, dissociando-se das prescrições emanadas do Poder Constituinte” e à “carência de legitimidade democrática do Tribunal Constitucional para sopesar interesses contrapostos, de modo que o emprego dessa metodologia configuraria usurpação da competência do Poder Legislativo para conformar a Constituição”<sup>152</sup>.

Quanto à primeira crítica é inegável que o raciocínio ponderativo abre margem a considerações de fatores outros que não seriam ao menos expressamente considerados no caso de se utilizar um raciocínio tipológico. Como destaca a professora Jane, o risco de o método em análise poder assumir contornos subjetivos não deve ser negligenciado. No entanto, é fato que esses mesmos riscos estão presentes em outros métodos de decisão, sendo que a ponderação apenas confere transparência ao processo de decisão, trazendo “a lume apreciações valorativas que, quando aplicados outros critérios, restam acobertadas pela lógica

---

<sup>152</sup> Ibidem, p. 270-271.

conceitual”<sup>153</sup>. Quanto à dimensão criativa atinente à ponderação, a autora sustenta que esta deve ser balizada por uma estrutura de argumentação racional<sup>154</sup>.

No caso do reconhecimento de uma omissão, a utilização de um raciocínio ponderativo, que, destaca-se, não se confunde com o conceito estrito de ponderação enquanto método de solução de conflito de direitos fundamentais, levará a apreciação de fatores que vão além daqueles diretamente ligados à norma constitucional cuja exequibilidade requer uma atuação legislativa. Naturalmente, este fato aumentará a fluidez do juízo a ser feito, mas este também deverá ser balizado por uma estrutura de argumentação racional.

Quanto à segunda crítica, relacionada à legitimidade do Tribunal Constitucional, ela pode ser facilmente confrontada no caso das omissões. Enquanto nos casos de conflitos de direitos fundamentais a ponderação leva necessariamente a uma decisão concreta, a utilização deste raciocínio na identificação das omissões inconstitucionais, tal como aqui proposto, levará por vezes à conclusão de que dada a imensa plêiade de valores envolvidos não será razoável falar em omissão, mas em campo de atuação discricionária do Poder Legislativo, a quem caberá, a princípio, ponderar sobre quais deverão ser protegidos.

Retornando o fio argumentativo do tópico, tem-se que a limitação conceitual de o não cumprimento da constituição derivar da violação de certa e determinada norma ainda hoje permanece intimamente ligada à necessidade de se restringir o âmbito de atuação criativa dos Tribunais Constitucionais, que poderiam, em caso de inexistir tal delimitação conceitual, partir para considerações ponderativas amplas que levassem a deveres de atuação legislativa não necessariamente impostos pelo Poder Constituinte.

Com a digressão acima acerca da ponderação de interesses pretendeu-se demonstrar que tal qual se avançou no estudo dos direitos fundamentais a partir do desenvolvimento das constituições principiológicas, deve-se também atualizar a tentar compreender o fenômeno das omissões diante desta nova realidade, menos positivista, menos pautada em regras e onde uma maior fluidez conceitual mostra-se inevitável.

Buscou-se também demonstrar que a utilização de um raciocínio menos tipológico e mais ponderativo não necessariamente levará a uma atuação criativa.

---

<sup>153</sup> Ibidem, p. 279.

<sup>154</sup> Ibidem, p 279.

Em alguns casos será possível extrair de princípios constitucionais, após analisá-los em cotejo com outros, deveres de atuação legislativa. Mas em outros casos, o raciocínio ponderativo levará o interprete à conclusão de que dados os múltiplos interesses em jogo caberá ao Poder Legislativo atuar.

Importante mencionar que a utilização deste raciocínio mais ponderativo na análise das omissões inconstitucionais vai ao encontro das premissas firmadas neste trabalho quando do estudo das omissões inconstitucionais como um caso especial de interpretação constitucional, segundo a qual nenhuma norma constitucional, nem mesmo aquela cuja exequibilidade depende de um atuar legislativo, pode ser adequadamente interpretada de forma isolada.

Por fim, cabe destacar que tal caracterização, de que somente há que se falar em omissão diante da violação de certa e determinada norma, desconsidera a diferença entre texto normativo e norma, como algo que surge da interação entre intérprete e norma. Esses autores ao se referirem a norma, estão querendo dizer, na verdade, texto normativo. Tal ponto será mais bem esclarecido adiante. Ora, se há norma constitucional sem texto e se a ausência de atuação legislativa puder vulnerar ou inviabilizar a concretização de tal norma, por que negar a possibilidade de se reconhecer em tal caso a existência de uma omissão legislativa?

#### 4.1.2 Exigência de se tratar de norma constitucional não exequível por si mesma

Quanto a este ponto também já foram desenvolvidos alguns elementos. Inicialmente deve ser mencionado que tal exigência parte de uma classificação quanto à aplicabilidade das normas constitucionais que se localiza no âmbito da eficácia jurídica. Ou seja, quando se diz que uma norma não é exequível por si mesma, se estar a dizer que ela, por si só, não possui aptidão jurídica para produzir efeitos.

O estudo das omissões, ao contrário, busca conferir efetividade social às normas constitucionais. Ora, qual a lógica em restringir um instituto que se destina a garantir maior eficácia social das normas constitucionais partindo-se de uma classificação que se preocupa com a eficácia jurídica?

Como também já foi dito neste trabalho, poderá haver casos em que a eficácia social de normas constitucionais de eficácia plena dependerá de alguma normatização ou densificação normativa. Há inúmeros direitos consagrados

constitucionalmente por meio de princípios amplos que vão sendo gradativamente desenvolvidos pela jurisprudência. Esses direitos, não positivados de forma expressa, mas derivados de princípios mais amplos, dependem de um adequado tratamento legal para poderem ser efetivados adequadamente.

Como base em qual argumento se poderia dizer que nesses casos não há uma omissão legislativa inconstitucional?

Com o desenvolvimento incessante de novas tecnologias, seja no campo da bioética ou em outros, surgem situações novas de riscos a direitos dos cidadãos, direitos esses muitas vezes sem uma base constitucional concreta, mas fartamente amparados em princípios constitucionais. Ora, se a ausência de lei vir a privar os cidadãos da adequada proteção em determinados casos, por qual motivo não poderá o Poder Judiciário declarar a existência de uma omissão legislativa inconstitucional?

Ainda que seja possível ao Poder Judiciário concretizar o direito em questão com base em princípios constitucionais, tal fato não afastaria a necessidade de o Poder Legislativo atuar. Inicialmente, como destacou Canotilho em passagem já mencionada, a par da efetivação pelo Judiciário o dever de ação especificamente dirigido ao legislador continuar sem ser cumprido, continuando configurada a omissão legislativa inconstitucional. Além disso, não se pode negligenciar o fato de que a atualização das imposições constitucionais implica uma disciplina jurídica, cuja generalização, apreciação política e ponderação de resultados só o legislador está em condições de efetuar.

Por fim, mostra-se fundamental insistir no seguinte ponto: a ampliação conceitual das omissões normativas ao invés de possibilitar ao Poder Judiciário um maior âmbito de intromissão na atividade legislativa, possibilitaria, ao contrário, um fomento ao princípio democrático. Isso é assim pois, em circunstâncias como as descritas acima, o Poder Judiciário, diante da necessidade de resguardar direitos concretos dos cidadãos, tem atuado ativamente, inclusive normatizando determinados direitos, ao invés de criar um espaço para que o Poder legislativo possa desempenhar a função que precipuamente lhe caberia. Foi assim, por exemplo, quando da edição da súmula regulamentando o uso das algemas. A celeuma envolvendo o uso das algemas ilustra de forma precisa a pertinência das críticas feitas neste tópico e no anterior à formulação teórica dominante na conceituação das omissões. Uma análise mais detalhada assim o evidenciará.



#### 4.1.2.1 O caso da súmula da algema

Após proferir uma série de decisões no sentido de que o uso das algemas deveria ser excepcional, e tendo em vista que não obstante a esse reiterado pronunciamento a algema em inúmeras circunstâncias continuava sendo usada em regra, o Supremo Tribunal Federal aprovou a súmula vinculante número onze, cujo enunciado diz o seguinte:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Um dos principais argumentos utilizados pelos que criticaram a edição da súmula vinculante número onze foi o de que o Supremo Tribunal Federal estaria extrapolando sua competência ao se utilizar da súmula para “normatizar” o uso das algemas.

Os que se insurgem contra o fato de o STF se valer das súmulas para “legislar” partem de um pressuposto equivocado: a ausência de norma no ordenamento jurídico acerca do tema. Para os que partem desse pressuposto acontece que, como não há norma jurídica que se dedica a regulamentar o uso das algemas, o STF estaria atuando além da sua competência constitucional, “criando” a norma em questão.

Somente aquele que desconhece a força normativa conferida aos princípios jurídicos e que equipara (reduz) o Direito à lei, tratando-os como sinônimo, pode chegar à conclusão de que não há norma jurídica restringindo o uso das algemas. De fato, uma interpretação literal dos dispositivos legais e constitucionais levará à conclusão de que realmente não há norma geral e abstrata no ordenamento jurídico regulamentando o uso das algemas.

Acontece que aqui se faz necessário interpretar de forma sistemática os dispositivos normativos. É necessário entender que os princípios constitucionais não se aplicam como as regras jurídicas por meio de mera subsunção, exigindo uma participação mais inteligente do intérprete/aplicador. Por fim, é necessário também distinguir, como faz hoje a moderna doutrina, entre texto normativo e norma.

Eros Grau esclarece que o que se interpreta na verdade são os textos normativos, sendo que é da interpretação dos textos normativos que resultam as normas<sup>155</sup>. Citando Zagrebelsky, Eros grau afirma que “o conjunto dos textos – disposições, enunciados - é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais”<sup>156</sup>.

Luís Roberto Barroso, também partilhando do entendimento acima, destaca que o argumento de que os enunciados/textos normativos não se confundem com a norma pode ser demonstrado pelo fato de diversas normas poderem ser extraídas a partir de um mesmo enunciado normativo. Prossegue afirmando que “justamente por ser possível, em muitos casos, extrair diversas normas de um mesmo dispositivo, admite-se a figura da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”.<sup>157</sup>

Barroso destaca também, como já ressaltado, que há norma sem texto, como ocorre com os costumes e com os princípios implícitos. Adiante, o ilustre professor reproduz formulação de Karl Larenz, onde o jurista alemão diz que “uma regra jurídica pode estar expressada numa lei ou resultar...de concretizações dos princípios jurídicos, tal como estas são constantemente efetuadas pelos tribunais”<sup>158</sup>.

Como já destacado ao longo deste trabalho é pacificamente reconhecido no Brasil que os princípios gozam de força jurídica, tanto quanto as regras, podendo servir de fundamento jurídico apto a fundamentar decisões jurídicas ou a regular juridicamente situações da realidade. Uma vez que eles possuem textos semanticamente abertos, trazendo comandos mais amplos, é possível que de um único enunciado principiológico possam ser extraídas várias normas. Como normas e enunciado normativo são coisas diferentes, somente na interpretação/aplicação do enunciado normativo é que se chegará à verdadeira norma que vai servir para o caso.

Pois bem. A excepcionalidade do uso de algemas no ordenamento jurídico brasileiro é uma norma sem texto, resultante da concretização de princípios jurídicos. Sendo assim, o STF jamais inventou um direito. Ele tão-somente, ao

---

<sup>155</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

<sup>156</sup> ZAGREBELSKY apud GRAU, 2002, p. 17.

<sup>157</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p.196.

<sup>158</sup> LARENZ apud BARROSO, 2009, p.194.

concretizar princípios jurídicos (constitucionais), concluiu que esta norma sempre esteve no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que estivesse adormecida, tendo a realidade tido o condão de a despertar para a realidade. Aliás, não somente da concretização de princípios o STF chegou à conclusão de que esta norma sempre esteve no ordenamento jurídico. A partir, na verdade, de uma interpretação sistemática de diversos enunciados normativos relacionados ao tema, abrangendo regras processuais e princípios constitucionais a serem concretizados. Quais princípios e regras foram os que sistematicamente interpretados permitiram ao STF afirmar que sempre constou do nosso ordenamento a norma da excepcionalidade no uso das algemas?

Vários. No *Habeas Corpus* 91.952-9, de São Paulo, os ministros discutiram exaustivamente a questão em seus votos. É a partir dos argumentos constantes dos votos dos ministros que se destacará abaixo os enunciados normativos levados em consideração ao se chegar à norma da excepcionalidade do uso das algemas. No caso específico a defesa entrou com o HC, dentre outros motivos, pelo fato de o réu ter ficado algemado durante todo o seu julgamento, o que segundo a defesa teria influenciado os jurados negativamente em sua decisão.

#### 4.1.2.1.1 Princípios Constitucionais

O art. 1º, inciso III, estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República federativa do Brasil. Trata-se de um princípio basilar do Estado e que possui força normativa. Como já destacado acima, seu enunciado normativo em si não traz norma jurídica alguma, sendo que somente a partir da sua interpretação ele poderá regulamentar situações de fato. O fato de ser um princípio amplo e semanticamente indeterminado possibilita que do seu enunciado normativo possam ser extraídas várias regras. Pieroth e Schlink destacam que a proteção da dignidade humana impõe que “o homem não seja transformado em mero objeto do Estado”<sup>159</sup>.

Outros princípios constitucionais foram destacados. O já acima citado art.5º, inciso XLIX, segundo o qual “é assegurado ao preso o respeito à integridade física e

---

<sup>159</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard . Grundrechte: Staatsrecht II. 22. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2006. p. 82. No original: “Danach widerspricht es der Würde des Menschen, ihn zum *blossen Objekt des Staats* zu machen”.

moral do preso” e o art. 5º, inciso III, de acordo com o qual “ninguém será submetido à tortura ou a tratamento degradante”. É inegável que o uso das algemas viola a integridade moral do indivíduo, além de configurar tratamento degradante. Como destacou o ministro Marco Aurélio, a “possibilidade de manter o acusado em estado de submissão ímpar, incapaz de movimentar os braços ou as mãos” passa a revelá-lo “não como um ser humano que pode haver claudicado na arte de proceder em sociedade, mas como uma *verdadeira fera*”<sup>160</sup>. Essa situação já seria absurda perante os culpados, sendo ainda mais grave em relação àqueles que ainda são meros acusados.

Mostra-se relevante também o fato de as algemas não poderem ser usadas como forma de punir o cidadão. O artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, que estabelece os tipos de pena que a lei poderá adotar, não prevê o uso das algemas como uma forma possível de punição.

Se as algemas não podem ser utilizadas como forma de punição, se o uso das algemas viola a integridade moral dos presos e também a sua dignidade humana, quando poderá ser feito o uso das algemas? Somente quando o seu uso se mostrar indispensável, sendo que essa indispensabilidade poderá ser analisada a partir do princípio da proporcionalidade. Antes de se prosseguir na análise, porém, cabe uma pequena lição advinda da teoria dos princípios.

Virgílio Afonso da Silva, ao analisar a teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy, diz que para este os princípios são mandamentos de otimização, “sendo normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”. Isso significaria, arremata Virgílio, “que ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em graus diversos”<sup>161</sup>.

Sendo assim, fica claro que, mesmo ferindo a dignidade da pessoa humana e a integridade moral do preso, bens tutelados constitucionalmente, o uso da algema não fica proibido para todas as circunstâncias. Enquanto princípios constitucionais a dignidade da pessoa humana e a garantia da integridade moral do preso devem prevalecer na maior medida do possível, podendo ser realizado em maior ou menor grau diante da realidade fática e dos outros bens jurídicos envolvidos.

---

<sup>160</sup> Voto do ministro Marco Aurélio no HC 91.952-9, p. 12.

<sup>161</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009. p. 46.

No momento em que uma pessoa está sendo presa, a não utilização das algemas faz com que, diante da circunstância, os princípios em questão se realizem na maior medida possível. A utilização das algemas, ao contrário, faz com que os princípios em questão sejam realizados em menor grau e só se justificará se tiver como objetivo realizar outros princípios constitucionais também relevantes. Mas em que medida um princípio pode ceder e ser limitado a fim de que outro seja realizado em maior medida?

Quando se trata de conflito entre dois princípios que garantem direitos individuais prepondera na doutrina e também na jurisprudência do STF o entendimento que o método utilizado na solução deste conflito será o da ponderação, já mencionado. Este, no entanto, não é o caso.

No caso em tela tem-se um conflito entre princípios constitucionais, que conferem direitos aos cidadãos, e princípios constitucionais que se relacionam a finalidades sociais. Do ponto de vista jurídico, se se entende que o uso das algemas contribuirá com a segurança pública e com a segurança dos agentes públicos que lidam com os criminosos ou com os simplesmente acusados, uma maior realização dos princípios relacionados às finalidades sociais, significará uma realização em menor grau dos princípios que asseguram direitos individuais aos cidadãos. Sempre que uma atuação estatal possa comprometer ou limitar, ainda que não totalmente, determinado direito individual, utiliza-se como parâmetro de averiguação da constitucionalidade da medida o princípio da proporcionalidade.

#### 4.1.2.1.2 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, primitivamente, dizia respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. Pode-se afirmar que ainda hoje ele se liga a esta configuração histórica. Na verdade, com o passar dos anos ele se desenvolveu até atingir a complexa construção dogmática que apresenta hoje.

Tal princípio foi acolhido de forma indireta no ordenamento jurídico brasileiro. Isso pode ser constatado lendo-se o artigo primeiro da Constituição Federal de 1988, que estabelece que o Estado brasileiro se constitui num Estado de direito. A doutrina aponta que a adoção desse princípio pode ser inferida também do art. 5º, inciso LIV, que estabelece o devido processo legal em sentido material.

Discussões à parte, o importante a ser destacado é que não há dúvidas quanto ao fato de que tal princípio faz parte do nosso sistema jurídico.

De acordo com Juan Carlos Gavara de Cara, em passagem esclarecedora, “El principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales implica una prohibición de intervenciones em sentido estricto o limitaciones que no sean adecuadas o necesarias para la finalidad perseguida por el legislador a través de la regulación que afecta a los derechos fundamentales”. Continua o influente jurista dizendo que “De este modo se produce una declaración de incostitucionalidad cuando la finalidad de la regulación no sea idónea o cuando pueda ser alcanzada de otro modo que suponga una menor carga para los derechos fundamentales”<sup>162</sup>

Embora o autor se refira a atos legislativos, toda a lição acima reproduzida é também válida para as intervenções feitas pela administração, inclusive por meio da polícia, a direitos individuais. Na verdade, o princípio da proporcionalidade deve ser usado como meio capaz de averiguar a constitucionalidade de qualquer ato estatal tendente a limitar ou restringir direitos individuais. Sendo assim, o referido princípio também serve como parâmetro a fim de se aferir a constitucionalidade ou não do uso de algemas.

Inicialmente a finalidade que se busca atingir com a medida deve ser idônea. Não há como negar que garantir a proteção dos policiais que efetuam uma prisão seja finalidade idônea. Cabe indagar, no entanto, de que forma a integridade física dos policiais fica em risco quando aquele que vai ser preso não reage.

Quanto à adequação, deve-se analisar se o meio utilizado, uso das algemas, é capaz de produzir o efeito desejado. Se o efeito desejado for de fato assegurar a integridade física dos policiais pode-se considerar o uso das algemas como adequado, já que dificilmente alguém poderá causar risco à integridade de outra pessoa se estiver com o movimento dos membros limitados.

O uso das algemas encontra grande obstáculo na análise da necessidade. Uma medida será necessária se, dentre outras adequadas, ela for a que menos impõe prejuízo ao direito fundamental do cidadão. Aqui, resta evidente, que somente nas hipóteses em que o acusado tenta reagir poderá ser necessário, juridicamente falando, o uso das algemas. Se ele não reagir e obedecer à ordem de prisão voluntariamente, haverá outras maneiras menos gravosas de atingir o fim desejado,

---

<sup>162</sup> CARAS, Juan Carlos Gavara de. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**. Madri: Centro de Estudios Constitucionais, 1994. p.206.

como acompanhar de perto e cuidadosamente os movimentos do cidadão, se assegurar que ele não porte nenhuma arma, etc.

O princípio da proporcionalidade impõe também que a medida seja proporcional em sentido estrito, o que significa dizer que quanto maior for a limitação que se impõe à posição jurídica dos cidadãos, mais importantes deverão ser os interesses gerais que se perseguem<sup>163</sup>.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito justifica o fato de alegações em abstrato não serem suficientes para autorizar o uso da algemas. Não seria proporcional em sentido estrito fazer o uso da algema, limitando a liberdade de locomoção do cidadão e diminuindo a proteção da sua integridade moral e dignidade a patamares mínimos, pela simples suspeita, sem motivo concreto nenhum que a justifique, de que ele poderá, subitamente, reagir ou fazer uso da violência.

É importante destacar que o princípio da proporcionalidade é utilizado na análise de situações concretas. Deste modo, não se pode somente a partir del, extrair normas atinentes ao uso da algema. Mas o seu conteúdo e a análise feita acima deixam claro que a utilização das algemas, por configurar limitação de determinados direitos fundamentais, não pode ser algo rotineiro e que fique ao arbítrio da autoridade policial. Fica evidente, assim, mais uma vez, que mesmo antes da edição da súmula vinculante número 11 do STF o uso da algema só poderia ser feito diante de determinadas circunstâncias que concretamente mostrassem estar em jogo outros bens juridicamente tutelados. Desta forma, confirma-se, novamente, e por meio de outra argumentação, que o STF não legislou, não criou regra alguma, pois a excepcionalidade do uso das algemas já ficava determinada também pelo princípio da proporcionalidade.

#### 4.1.2.1.3 Demais Enunciados Normativos

Outros são os enunciados normativos a partir dos quais fica patente a presença no ordenamento jurídico pátrio da norma que determina ser excepcional o uso das algemas

O artigo 284 do Código de Processo Penal estabelece que “não será permitido o emprego de força, *salvo a indispensável* no caso de *resistência* ou de

---

<sup>163</sup> CARAS, Juan Carlos Gavara de. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1994. p.308.

*tentativa de fugas do preso*". O artigo 292 do mesmo diploma legal estabelece que "Se houver, ainda que por parte de terceiro, *resistência à prisão* em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar *dos meios necessários* para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito por duas testemunhas".

Ora, a leitura de ambos os dispositivos normativos deixa claro que o uso da força deve ser sempre o indispensável. Essa indispensabilidade se dá, pelo texto legal, sempre que houver resistência ou tentativa de fuga. Ao destacar que no caso de resistência à prisão o executor poderá usar dos meios necessários, o enunciado normativo está trazendo em si também a norma de que o uso das algemas, que não deixa de ser um dos meios dos quais se pode valer o executor para vencer e limitar a resistência do acusado, somente poderá ser usado excepcionalmente, somente em havendo resistência.

O raciocínio é simples e tem natureza silogística, lógica. Se os enunciados normativos acima deixam claro que se não houver resistência não pode ser feito o uso de força nem de outros meios quaisquer e se o uso da algema, tanto quanto o uso da força, é um dos meios aptos a vencer a resistência, então se não houver resistência não poderá ser feito o uso de algemas. Ou, dizendo de outra maneira: só quando houver resistência, e somente nessa hipótese, poderá ser feito o uso das algemas.

Outros enunciados normativos ainda podem ser citados. O art. 234, §1º do Código de Processo Penal Militar estabelece que "o emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão por parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242."

Quanto ao fato de a súmula ter estabelecido que o uso arbitrário das algemas poderá ser passível de responsabilização administrativa, cível ou penal deve-se seguir o mesmo raciocínio desenvolvido até aqui. A ausência expressa de enunciados normativos não equivale à ausência de normas, que são oriundas de outros dispositivos normativos. Nesse contexto, por exemplo, tem-se o enunciado normativo do art.4º, alíneas "a" e "b" da lei 4898/65, onde pode-se enquadrar o uso arbitrário das algemas como crime de abuso de autoridade. Os referidos enunciados normativos dispõem: Art. 4º: Constitui também abuso de autoridade a) ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou



com abuso de poder; b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou constrangimento não autorizado em lei”.

Cabe destacar, por fim, que o art. 199 da Lei de execução penal (lei 7210/84), ao estabelecer que “o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal” deixa claro, somente, como já foi afirmado, que não há dispositivo normativo que expressamente regulamenta o uso das algemas. Algo bem diferente é afirmar que não existe norma. Ora, de fato a inexistência de um dispositivo normativo a respeito implica que caberá ao Poder Judiciário, por meio da interpretação de outros dispositivos normativos, concluir se há ou não norma, ainda que sem texto. Como se viu foi esta a conclusão do Supremo, sendo que com a súmula ele tão-somente tornou clara a norma que pacificamente considerava já existente<sup>164</sup>.

A possível regulamentação do uso das algemas por meio de decreto federal, autorizado pela Lei de execução penal, ao contrário do que pode parecer, não poderia ignorar todos os enunciados normativos citados acima e levados em consideração pelo STF na edição da súmula. Se assim procedesse, o eventual decreto estaria necessariamente eivado de inconstitucionalidade. Isso significa dizer que a regulamentação do uso de algemas, por meio de decreto, autorizada pela lei de execução penal, não poderia ter conteúdo muito diferente do da súmula editada pelo Supremo, pelo simples fato de que o Tribunal não inventou a regra, mas ela já constava e consta da ordem jurídica e constitucional, não podendo ser revogada por decreto federal.

Finalmente, cabe destacar que o legislador, atento a tudo o que já foi mencionado acima, alterou, por meio da lei 11.689/2008, o texto do art. 473, §3º do CPP, deixando-o com a seguinte redação: “Não será permitido o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”.

Antes de passar ao próximo tópico, cabe um pequeno adendo. Como se observou, a argumentação centra-se na tese que de ao editar a súmula vinculante

---

<sup>164</sup> Pode-se questionar, com razão, os termos em que a súmula foi redigida ou o alcance do seu conteúdo. Pode-se, igualmente, questionar se as decisões anteriores eram em número suficiente para atender a exigência constitucional de “reiteradas decisões”. Todas essas possíveis críticas, no entanto, não teriam o condão de afetar a essência do que se pretende aqui demonstrar, de que havia, independente da inexistência de um enunciado normativo constitucional certo e determinado de eficácia limitada, uma limitação constitucional ao uso de algemas a necessitar regulamentação normativa infraconstitucional.

11, o Supremo Tribunal Federal não criou as limitações ao uso da algemas por meio da criação de norma jurídica, mas tão-somente explicitou norma que, extraível dos princípios constitucionais, ele já considerava pertencente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Luís Roberto Barroso, “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestações do legislador ordinário”, é uma das condutas por meio das quais a postura ativista do poder judiciário se manifesta<sup>165</sup>.

Seguindo a doutrina tradicional da omissão inconstitucional o Supremo Tribunal Federal não poderia ter reconhecido, como não o fez, omissão legislativa no caso em questão, embora se perceba sem grandes dificuldades que a ausência de uma regulamentação relativa ao uso das algemas gerava uma reprovável falta de proteção a direitos fundamentais relevantes dos cidadãos. Ora, diante da impossibilidade de se declarar tal omissão, restaria à Suprema Corte apenas editar a súmula vinculante, ou continuar julgando inúmeros recursos extraordinários e HCs sobre o mesmo tema.

Neste contexto, o reconhecimento de uma omissão inconstitucional com a estipulação de prazo, dentro do qual o Poder Legislativo pudesse regulamentar o uso das algemas, seria inequivocamente uma decisão de maior apelo democrático, por fomentar de forma direcionada uma atuação do legislador, voltada à concretização de valores que, segundo a Corte Suprema, devem ser diuturnamente perseguidos.

Percebe-se, pois, uma ausência de norma a regulamentar o uso das algemas. Não há parâmetro constitucional certo e determinado a impor um dever de legislar sobre algemas, nem norma de eficácia limitada que verse sobre a garantia de que o uso das algemas deve ser excepcional. Mas a argumentação acima parece não deixar dúvidas de que tal norma está presente e em consonância com o texto constitucional. Por que não reconhecer em casos análogos a existência de uma omissão inconstitucional?

---

<sup>165</sup> BARROSO, Luís Roberto Barroso. Retrospectiva 2008: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 18, abr./ jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revistas.asp>>. Acesso em 11 out. 2010.

#### 4.1.3 O tempo como elemento conceitual caracterizador da omissão

Este ponto também já foi esclarecido em sua essência. O elemento temporal deve servir como importante parâmetro a indicar legitimidade ou não de uma eventual atuação ativista por parte do Poder Judiciário, mas não como elemento caracterizador da omissão, que deve ser aferida objetivamente, diante da ausência da norma que se mostra necessária.

O que se tem a acrescentar, no presente tópico, é que tal formulação poderia gerar a seguinte perplexidade. Com se sabe, é possível que em relação a algumas normas o legislador constituinte estipule um tempo dentro do qual o legislador ordinário deverá atuar. Nesses casos, a omissão restará configurada apenas após tal prazo ter decorrido por completo. É de se supor que ao estipular um prazo de atuação ao legislador, o constituinte tenha tido como intenção reforçar a importância daquela norma e, conseqüentemente, vincular em um maior grau o legislador a uma atuação.

Assim, seria incoerente que em relação às normas em que não houve estabelecimento de prazo a declaração de inconstitucionalidade se desse antes daquelas que a princípio o constituinte teria buscado reforçar a necessidade de atuação.

Dentro da formulação proposta, tem-se, em verdade, que a não imposição de um prazo dentro do qual o legislador deveria atuar deve ser visto como um elemento a indicar que pretendeu o legislador deixar aquele atuar pendente do jogo democrático. Nem sempre vai ser assim, e a corte deverá levar sempre ao analisar um caso de omissão outros elementos em consideração. No entanto, é possível compreender sistematicamente o que se diz estipulando-se níveis diversos de pretensões do legislador constituinte.

Num primeiro nível se encontram aquelas normas constitucionais que possuem elementos suficientes a lhe possibilitarem uma eficácia plena e aplicabilidade imediata. Em relação a essas normas, pode-se inferir que seu conteúdo foi considerado tão relevante a ponto de o próprio constituinte ter conseguido atingir um grau de consenso suficiente a fazer com que sua efetividade independesse de qualquer atuação legislativa posterior.

Em um segundo nível, tem-se as normas cujo conteúdo não é suficiente para dotá-las de aplicabilidade imediata, mas em relação às quais a Constituição

estipulou um prazo dentro do qual o legislador ordinário deveria atuar para concretizá-la. Tal falta de maior detalhamento pode ter ocorrido ou por questão de conveniência ou por arranjo político, ou até mesmo pela impossibilidade de se atingir um consenso durante o processo constituinte.

O relevante aqui é que mesmo diante da impossibilidade de se atingir maior grau de detalhamento, o constituinte, ao estipular um prazo dentro do qual o legislado deveria atuar, destacou considerar a atuação para estes casos imprescindível.

No terceiro nível, tem-se as normas constitucionais de eficácia limitada, mas em relação às quais não houve estipulação de prazo. Ora, em relação a essas é plausível supor que se o constituinte quisesse gerar um dever de atuação inequívoco e imediato para o legislador ordinário ele poderia ter estabelecido um prazo dentro do qual este deveria atuar. Ou se julgasse que a concretização imediata de tal direito fosse tão relevante poderia ele próprio ter dotado tal norma dos elementos necessários a tal finalidade.

Ora, essa forma sistemática de ver as coisas fornece uma leitura razoável no sentido de que as normas constitucionais de eficácia limitada, cuja atuação legislativa não foi estipulada dentro de determinado prazo, ficaram a cargo de um desenvolvimento democrático. Não se pretende com tal argumentação descaracterizar a ocorrência de omissão inconstitucional sempre em tais casos, mas tão-somente argumentar que dessa omissão não se pode pretender legitimar intervenções diretas e concretizadoras por parte do Poder Judiciário.

Se assim não for compreendido, chegar-se-á à absurda conclusão de que a Constituição é um grande entrave ao desenvolvimento do jogo democrático, já que o Poder Legislativo estaria obrigado a concretizar toda a Constituição, não tendo nenhuma margem de escolha política, e decorrendo da sua não atuação uma obrigação de concretização por parte do Poder Judiciário. Negligenciar-se-ia, com esta leitura, a possibilidade de a não manifestação do Congresso sobre determinado direito ser decorrência da própria dinâmica das disputas democráticas legítimas.

Poder-se-ia argumentar que essa leitura esvaziaria totalmente de conteúdo normativo as normas constitucionais de eficácia limitada quando não houvesse o reconhecimento de que a sua não regulamentação geraria uma omissão inconstitucional. Mas tal assertiva não se mostraria correta, pois como também já se destacou no presente trabalho, citando-se passagens de José Afonso da Silva,

todas as normas constitucionais possuem força normativa e eficácia imediata, seja i) garantindo a constitucionalidade de alguma lei que venha a regulamentá-la, ii) condicionando a legislação futura, que será inconstitucional em caso de a elas se contraporem, iii) informando a concepção de Estado e da sociedade e iv) constituindo sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas.

#### 4.1.4 Concluindo

Após a análise crítica acima empreendida aos três pontos centrais da formulação teórica dominante das omissões inconstitucionais, pode-se sintetizar que ela, excessivamente apegada a dispositivos textuais, desconsidera um importante ponto: a contraposição de bens existente em uma ordem constitucional prolixa, o que impede que todas as finalidades constitucionais sejam atingidas em grau ótimo simultaneamente, vez que sempre haverá escolhas que ao tenderem para determinados direitos, necessariamente tenderão a limitar outros.

Essas observações demonstram como o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, se se pretende atual, deve lidar com as necessidades e os direitos vistos de forma dinâmica, e não com apego estático ao texto constitucional. A partir destas críticas passa-se, finalmente, a algumas reflexões propositivas.

## 4.2 **Repensando a omissão em relação às normas não autoexequíveis**

Embora um dos pontos centrais do presente trabalho esteja na defesa da ampliação do conceito de omissão inconstitucional, pela necessidade de se reconhecer a existência de omissões inconstitucionais também em relação às normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, tem-se que as reflexões já expostas neste trabalho repercutem também na adequada compreensão das omissões existentes em relação às normas não autoexequíveis.

Cabe contextualizar, repetindo resumidamente, alguns pontos já abordados. A formulação teórica das omissões se deu em pleno contexto de ápice do Estado Social e teve historicamente o importante papel de tentar conferir força jurídica e

vinculante às normas constitucionais, notadamente as relacionadas aos direitos sociais, prestacionais.

Ainda hoje, muitos autores mantêm forte apego a esta estruturação originária, vendo como omissão legislativa a ausência de lei em relação a todo e qualquer direito, em especial de natureza prestacional, insculpido na carta constitucional. Muitos autores, inclusive, a partir desta percepção, entendem que diante de omissões relativas a direitos fundamentais deve o Poder Judiciário atuar ativamente, concretizando tais direitos.

Este dever de concretizar direitos decorreria de uma exigência imposta pelo artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, que dispõe que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Em trabalho publicado nos anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Fortaleza – CE nos dias 09, 10 e 11 de junho de 2010, que tratava sobre o dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais, destacou Wilson Antônio Steinmetz que apesar de não haver uma interpretação ou teoria explícita delineada ou sistematizada do STF sobre o significado e alcance do § 1º do art. 5º, pode-se constatar que de uma forma geral o STF tem atribuído eficácia imediata aos direitos e garantias fundamentais.

No intuito de exemplificar tal assertiva o autor fez menção especial à decisão do STF tomada no RE 136.753<sup>166</sup>, onde se discutia a aplicação do direito à impenhorabilidade da pequena propriedade rural (CF, art. 5º, XXVI)<sup>167</sup>. Na espécie, tinha-se que o dispositivo constitucional remetia à legislação ordinária a definição do que seria “pequena propriedade rural”. Sendo assim, o inciso XXVI é dispositivo a veicular norma de eficácia limitada, que a princípio não seria passível de aplicabilidade imediata. Para dar-lhe eficácia, e com base na analogia, o Tribunal adotou a definição de propriedade familiar de Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964).

O interessante desta decisão está no fato de ela suprir a definição faltante com base em delimitação estipulada por outro marco legal referente ao mesmo tema. Não obstante à razoável solução encontrada pelo STF para aplicar de forma

---

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 136.753. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento 13 fev. 1997. **Diário de Justiça**, Brasília, 25 abr. 1997.

<sup>167</sup> O art. 5º, XXVI, da Constituição Federal assim dispõe: “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

imediate o direito em questão, há que se destacar que essa aplicabilidade imediata não faz desaparecer o estado constitucional imperfeito advindo da omissão.

No que se refere aos direitos a prestações em sentido estrito, tem o Tribunal igualmente buscado aplicar imediatamente, em especial direitos à saúde e educação. Assim, a intervenção dos órgãos do Poder Judiciário decorre mais propriamente de omissões administrativas concretas do que de omissões legislativas.

Especificamente para o presente trabalho, a principal contribuição a ser tirada do artigo de Steinmetz está quando ele analisa de forma crítica as possíveis interpretações que podem ser dadas ao artigo 5, § 1º da Constituição Federal, concluindo que “o dever de aplicação imediata de norma e direito ou garantia fundamental não implica, sempre ou necessariamente, uma aplicação imediata da norma em questão com efeitos plenos ou uma aplicação imediata do conjunto de posições jurídicas que constituem o direito ou a garantia fundamental em questão”. Citando Jorge Reis, para fundamentar tal entendimento, Steinmetz diz que “no âmbito dos direitos fundamentais há uma “reserva geral imanente de ponderação”.

Assim, tem-se que a busca por um reconhecimento quase automático de que em relação a todas as normas constitucionais de eficácia limitada não regulamentada há uma omissão inconstitucional, embora supostamente progressista, por ter como finalidade de buscar uma maior emancipação humana e uma maior concretização de ideais constitucionais, pode não ser a mais adequada.

Um entendimento restritivo em relação à caracterização de omissões no caso de normas constitucionais não autoexequíveis não decorre de uma menor preocupação com a concretização de tais direitos, mas de uma diferente percepção de como e por quem tais direitos devem ou podem ser mais bem concretizados em uma sociedade democrática.

No caso brasileiro, pode-se perceber que quase 25 anos após a promulgação da Constituição boa parte dos direitos consagrados por normas não autoexequíveis já foram objeto de atuação legislativa, o que mostra que o Congresso Nacional não está tão inerte quanto pode parecer em um primeiro momento<sup>168</sup>. Em relação aos direitos prestacionais, o país tem avançado,

---

<sup>168</sup> Luciane Moessa de Souza sistematiza os dispositivos constitucionais ainda não regulamentados, o que deixa claro que dada a amplitude da Constituição de 88 o Congresso Nacional vem cumprindo, gradativamente, com o seu papel de legislar. SOUZA, Luciana Moessa de Souza. **Normas**

notadamente no que se refere à saúde e educação. A necessidade de recursos escassos para a realização de direitos sociais impõe escolhas que pela lógica democrática não caberá ao Poder Judiciário.

Embora nem sempre a judicialização dos direitos sociais decorra de uma omissão legislativa, breves reflexões a seu respeito serão bastante elucidativas, em especial para se compreender como, em relação a esse tipo de omissão, o Poder Judiciário deve ter uma atuação contida, a fim de não se substituir ao Poder Legislativo. A teoria da justiça de Rawls pode fornecer um bom parâmetro teórico para o enfoque desejado.

#### 4.2.1 Judicialização dos Direitos sociais e a Teoria da Justiça de Rawls

Um dos temas mais estudados nos últimos anos pelos juristas brasileiros, os direitos sociais continuam sendo objeto de muita controvérsia, que não se restringe à academia. Também na jurisprudência dos tribunais brasileiros é possível encontrar à exaustão decisões contraditórias, que apontam em sentidos opostos, todas elas tendo variados argumentos como fundamento.

O principal foco dos debates hoje travados tanto na doutrina quanto na jurisprudência está na efetividade destes direitos, em especial, na possibilidade de eles serem concretizados judicialmente. Durante muito tempo, o discurso predominante foi o de que “os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado”.<sup>169</sup>

Hoje em dia, no entanto, essa orientação se inverteu e são muitas as decisões judiciais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que determinam a entrega aos cidadãos de prestações materiais relacionadas aos direitos sociais positivados

---

**constitucionais não-regulamentadas:** instrumentos processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 50-53.

<sup>169</sup> SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Éticos-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel (org.) **Direitos Sociais:** Fundamentos, Judicialização e Direito Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 553. Ainda segundo este autor, “Exemplo típico desta orientação foi o acórdão proferido à unanimidade pela 1ª Turma do STJ no ROMS 6.564-RS, julgado em 23-05-1996, da relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, de cuja ementa se extrai o seguinte excerto: “Normas constitucionais meramente programáticas – ad exemplum, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários deste interesse, o poder de exigir sua satisfação... Estas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente...posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar”.



na Constituição. Essa inversão, que ainda não é pacífica nem definitiva, aconteceu, em boa medida, graças à inserção na aplicação do direito, como um todo, e das normas constitucionais, em especial, de elementos de moralidade política.

Percebeu-se, no meio jurídico, que as discussões teóricas sobre como organizar uma sociedade justa não poderiam ficar restritas ao âmbito da ciência política. Ao mesmo tempo, a simples estipulação nas constituições de normas com ideais a serem seguidos não contribuiria com uma ordenação social justa, se a Constituição continuasse sendo vista como mera orientação de conduta aos detentores dos poderes públicos.

Se em uma democracia é verdadeira a afirmação de que a regra da maioria deve prevalecer, dando à maioria o poder de tomar as decisões políticas mais importantes de uma sociedade, não é verdadeira, contudo, a afirmação de que essa maioria pode atuar da forma como bem entender, sem observar nenhum limite. Existem **princípios básicos de justiça** que devem ser observados por qualquer maioria política.

O porquê desta obrigação de se observar alguns princípios básicos de justiça é bem elucidado por John Rawls, na sua obra “Teoria da Justiça”<sup>170</sup>. Nela o autor também diz quais são esses princípios. Uma breve análise dos pontos centrais da obra de Rawls<sup>171</sup> pode fornecer elementos para uma interessante perspectiva de como o Poder Judiciário deve atuar (ou não) na efetividade dos direitos sociais.

#### 4.2.1.2 Uma Teoria da Justiça<sup>172</sup>

De acordo com Rawls, a sociedade é um empreendimento cooperativo que visa ao benefício mútuo, sendo marcada por um conflito, bem como por uma identidade de valores. A identidade de valores existe, pois todos vivem melhor em

---

<sup>170</sup> Também nesse sentido HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. p. 224. v. I. “Em geral, as decisões da maioria são limitadas por meio de uma proteção dos direitos fundamentais das minorias; pois os cidadãos, no exercício de sua autonomia política, não podem ir contra o sistema de direitos que constitui esta própria autonomia”

<sup>171</sup> Faz-se mister advertir que não seria possível em tão curto espaço analisar de forma profunda a vasta obra do autor, sequer elementos dela. Pretende-se tão-somente refletir a questão da efetividade dos direitos sociais a partir da perspectiva teórica oferecida pela obra de Rawls, que servirá, assim, como marco teórico das reflexões que seguirão. Nesse sentido, serão expostas somente as idéias do autor que contribuem diretamente para a análise do tema em questão.

<sup>172</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

sociedade do viveriam que se dependessem somente dos seus esforços. Ela é marcada por conflitos, pois cada um quer ter mais na distribuição social dos bens.

Se a vida em sociedade é vantajosa para todos, é natural que exista um desejo geral de justiça, capaz de permitir uma união estável entre todos os cidadãos, não obstante às inclinações dos seres humanos para o interesse próprio. Segundo Rawls, “Entre indivíduos com objetivos e propósitos díspares, uma concepção partilhada de justiça define os vínculos da amizade cívica.”<sup>173</sup>

É nesse contexto que o autor afirma que “A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento”<sup>174</sup>. E o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou seja, é “o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social”<sup>175</sup>.

Ele parte da ideia de que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. Seriam os princípios que pessoas livres e racionais, mesmo que interessadas somente em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma dada situação de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação.

Para chegar a esses princípios Rawls propõe uma reflexão a partir de uma situação hipotética, que ele denomina posição original. Nesta posição ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou seu *status* social, nem sua inteligência, força, habilidades naturais ou sorte na distribuição dos recursos. A essa situação de desconhecimento Rawls dá o nome de véu da ignorância.

Nessa situação em que ao discutir sobre princípios de organização social ninguém pode propor princípios que favoreçam sua própria situação, os princípios de justiça serão resultantes de um acordo ou pacto justo. Assim, na posição original os princípios de justiça são definidos por acordo em uma situação inicial que é equitativa.

Mas quais princípios de justiça seriam escolhidos na posição original? Nesse ponto, a partir da elaboração brevemente apresentada acima, Rawls consegue desenvolver um forte argumento contra o utilitarismo, dizendo que “parece muito pouco provável que pessoas que se consideram iguais, com direito a fazer suas

---

<sup>173</sup> p.5.

<sup>174</sup> p.4.

<sup>175</sup> p.8.

exigências uma às outras, aceitassem um princípio que talvez exija perspectivas de vida inferiores para alguns, simplesmente em troca de uma soma maior de vantagens desfrutadas por outros”.<sup>176</sup>

De acordo com Rawls, as pessoas presentes na posição original escolheriam dois princípios bem diferentes. Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.

O primeiro princípio trata, pois, das liberdades fundamentais e estabelece que elas devem ser iguais. Já o segundo princípio se refere aos aspectos que especificam e estabelecem as desigualdades sociais e econômicas. O autor estabelece uma ordem léxica a ser seguida, o primeiro princípio sendo prioritário ao segundo. Com isso ele pretende deixar claro que “as violações das iguais liberdades fundamentais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens sociais ou econômicas”<sup>177</sup>.

A fim de explicar como os dois princípios de justiça podem e devem ser aplicados nas instituições sociais Rawls desenvolve uma seqüência de quatro estágios. Na posição original se estabelecem os princípios de justiça. Na convenção constituinte o primeiro princípio da liberdade igual serve de padrão, já que em relação a essas liberdades iguais é mais fácil se chegar a um acordo, sem falar que possíveis violações são mais facilmente percebidas como injustas.

Já em relação às políticas sociais e econômicas as coisas são mais complicadas. Assim, o segundo princípio entra em ação no estágio da legislatura, determinando que “as política sociais e econômicas visem maximizar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos, em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades”<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> p.17. Nesse ponto, como se verá melhor adiante, pode-se trazer o argumento de Rawls para uma defesa da possibilidade de se efetivar judicialmente os Direitos Sociais. Um dos principais argumentos utilizados contra essa possibilidade é de que o recurso utilizado para atender a somente um cidadão poderia, se investido por meio de políticas públicas, atender um maior número de cidadãos, gerando maior vantagem social.

<sup>177</sup> p. 74.

<sup>178</sup> p. 244.

Segundo Rawls essa exigência de se buscar maximizar na distribuição de bens a situação dos menos favorecidos deriva de uma escolha que seria feita na posição original, onde indivíduos livres e racionais firmariam um acordo no qual o pior cenário possível seria melhor que os piores cenários que poderiam ser produzidos por acordos alternativos. Assim, as desigualdades sociais não devem ser consideradas injustas se delas advirem maiores benefícios para os menos favorecidos, já que um pacto que aceitasse tal desigualdade seria melhor que outros para os que estivessem em pior situação.

Essa formulação, que Rawls denomina de princípio da diferença<sup>179</sup>, possui forte traço igualitário já que ao tentarem se proteger das condições incertas que lhe esperam, as partes, na posição original, acabam considerando, com igualdade, todos os interesses e condições viáveis. Por ser componente do segundo princípio de justiça, tal princípio da diferença deve ser observado pelo poder público, tanto no estágio legislativo quanto no administrativo ou judicial. No tocante às políticas públicas que visam a concretizar os direitos sociais, percebe-se, pois, que as majorias políticas possuem amplo espaço decisório, inclusive discricionário, onde farão escolhas e opções com base em critérios de oportunidade e conveniência.

Contudo, há um critério de justiça que deve ser sempre observado: as políticas públicas devem buscar atenuar as desigualdades sociais, mas isso não pode ser entendido como uma máxima utilitária de maximização das vantagens sociais. Haverá circunstâncias em que mesmo contra a vontade da maioria política momentânea cidadãos terão direitos a prestações materiais por parte do Estado. É o que se discutirá no próximo item.

#### 4.2.1.3 Judicialização dos direitos sociais: algumas reflexões

A confluência entre política e direito que se pode observar no texto constitucional, que é a um só tempo carta política e documento jurídico, gera enormes perplexidades. Como documento político, estabelece metas e prioridades a serem seguidas, concedendo ao poder político representativo os poderes

---

<sup>179</sup> Rawls enuncia o princípio da diferença da seguinte forma: “As desigualdade sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) propiciem o máximo benefício esperado para os menos favorecidos como (b) estejam vinculados a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades.”p. 100.

necessários para buscarem essas finalidades. No entanto, enquanto documento jurídico supremo confere ao Poder Judiciário competência para controlar os atos dos demais órgãos do Poder Público. Em que medida o exercício do poder político encontra limites em normas jurídicas não é algo que se possa responder sem dúvidas.

No âmbito das liberdades fundamentais a questão envolve menores problemas, apesar de ainda assim ser complexa. Estipulado o âmbito de proteção conferido por determinada norma constitucional que assegura um direito fundamental negativo, o controle será menos controverso, já que geralmente uma mesma liberdade pode ser exercida simultaneamente por muitas pessoas. O exercício da liberdade religiosa de um cidadão, por exemplo, não interfere, a princípio, no exercício dessa mesma liberdade por parte de outro cidadão. Muitos ou todos os cidadãos podem professar sua fé ao mesmo tempo, se houver tolerância e respeito às crenças alheias. Isso é assim, pois fé, liberdade, respeito, consciência, etc, são bens imateriais, logo, bens que não são naturalmente escassos.

A situação se torna mais complexa em relação aos direitos sociais que demandam prestação positiva. A sua concretização ou realização só se dá a custo de investimento financeiro, ou seja, necessita de recursos e esses são escassos. Não podem ser utilizados simultaneamente e indefinidamente por mais de um cidadão. Se um recurso é utilizado para atender a determinada demanda, ele deixa de estar disponível, e para a realização de outra demanda será necessário lançar mão de mais recurso.

Assim se pergunta: diante da escassez de recursos, quem deve dar a última palavra na determinação da forma como eles serão aplicados? O princípio democrático e o princípio da separação dos poderes indicam claramente no sentido de essa decisão ser uma decisão política a ser tomada pelos poderes representativos, e não pelo poder judiciário.

Esses são os dois principais argumentos apresentados contra a concretização dos direitos sociais pela via judicial. Mas não são os únicos<sup>180</sup>. Outros argumentos frequentes são<sup>181</sup>:

---

<sup>180</sup> Vide BARCELLOS. Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direito fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 17, 2006.

- a) A atuação judiciária na concretização dos direitos sociais desorganiza a Administração Pública, já que os administradores, ao invés de se devotarem ao planejamento e à execução de políticas públicas, acabam se dedicando ao atendimento de demandas individuais decorrentes de decisões do Poder Judiciário.
- b) O Poder Judiciário não dispõe de conhecimento técnico suficiente para verificar, no campo dos direitos sociais, quais são as providências adequadas.
- c) As decisões judiciais devem ser aferidas a partir de um juízo consequencialista, ou seja, a melhor decisão é sempre aquela que produz melhores efeitos práticos, que produz mais bem estar geral.

Não se pode negar que a escassez de recursos é algo relevante que deva sim ser considerado. Além do mais é evidente que em uma sociedade democrática a forma como esses recursos serão utilizados e ou investidos deve ser prioritariamente escolhida pelo poder político representativo. No entanto, como já foi salientado, em uma sociedade justa, e bem ordenada, há princípios de justiça que não podem ser violados nem mesmo pela maioria política.

Seria uma percepção demasiada estreita de democracia achar que democrática é a sociedade onde a maioria pode fazer tudo. E também seria uma percepção demasiada estreita do princípio da divisão de poderes entender que as decisões de qualquer dos poderes é soberana.

Em relação ao fato de as decisões judiciais que concedem prestações materiais desorganizarem a administração e substituírem o bem-estar de muitos pelo atendimento da necessidade de alguns poucos cidadãos, a obra de Rawls apresenta uma resposta convincente. Os elementos de sua teoria apresentados acima permite compreender o trecho de sua obra na qual ele diz que “cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar”<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2010.

<sup>182</sup> RAWLS, 2008, p. 4.

#### 4.2.1.4 Minorias Negligenciadas

Por fim, neste ponto, pretende-se chamar a atenção para um ponto usualmente negligenciado no estudo da concretização judicial dos direitos sociais, e altamente relevante quando da análise da omissão inconstitucional. É que em uma sociedade em que todos buscam obter mais recursos e maiores benefícios, sempre existirão grupos que não conseguirão tomar parte na partilha dos benefícios, inclusive por não conseguirem influenciar e se fazer representar no debate político. Tomemos como exemplo o direito à saúde, um direito social consagrado na Constituição Federal.

Em artigo recentemente publicado, Virgílio Afonso da Silva critica que se tratem os problemas relacionados a direitos sociais como direitos individuais e defende que “se o Judiciário não é capaz de pensar em saúde, educação, moradia etc, de forma coletiva e global, talvez ele devesse deixar essa tarefa para o processo político”<sup>183</sup>. Em outro trecho do mesmo artigo o renomado autor assevera que “a realização dos direitos sociais e econômicos, por depender da implementação de políticas públicas, é tarefa que depende, sobretudo, do governo e das pressões da sociedade civil mobilizada”<sup>184</sup>.

Se o judiciário deve deixar a tarefa para o processo político e se esse é movido por pressões da sociedade civil mobilizada, como ficarão os grupos que de tão minoritário não conseguem exercer pressão no processo político? É justo que cidadãos que exercem seus deveres, pagam seus tributos, etc, não recebem nenhum benefício na partilha dos bens somente por não serem fortes o suficiente a pressionar no processo político?

Uma questão prática. No artigo já citado, Virgílio Afonso critica o fato de cem portadores da doença de Gaucher receberem, no Estado de São Paulo, tratamento grátis em razão de decisões judiciais. De acordo com o artigo, o custo anual é de mais de US\$ 10 milhões por ano para o tratamento dos cem cidadãos, valor que

---

<sup>183</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre a Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2010. p. 597.

<sup>184</sup> SILVA, 2010, p. 595.

seria suficiente para ajudar 250 mil pessoas por ano que sofrem da fome endêmica<sup>185</sup>.

Não se questiona se é mais relevante tratar cem cidadãos ou tirar 250 mil pessoas da fome, mas se coloca a seguinte questão: é justo que uma doença como a AIDS seja tratada de forma gratuita com recursos públicos, somente porque houve pressão política para isso (ou porque é socialmente interessante que seja tratada), e que os portadores da doença de Gaucher não recebam o mesmo tratamento? Ou: é justo que os membros dos grupos mais representativos ou que conseguem exercer mais pressão possuam mais direitos?

Uma análise a partir das reflexões de Rawls nos leva a concluir que não. Primeiro porque na posição original nenhum cidadão aceitaria racionalmente tal distribuição arbitrária das vantagens sociais. Em segundo lugar, porque a partir do princípio da diferença, que fornece uma maneira adequada de se interpretar o segundo princípio da justiça, também chegaríamos a uma conclusão diferente.

Como destaca Rawls, o princípio da diferença é tendente à igualdade e traz embutido em si um princípio de reparação, já que distribuição dos benefícios econômicos e sociais leva em conta previamente os benefícios e prejuízos já distribuídos pela natureza. Dessa forma, dentro do exemplo acima, o portador da doença de Gaucher, por ter tido azar na loteria natural, merece ser compensado, dentro do que for de fato economicamente possível, tanto como o portador de outras doenças, sendo irrelevante a capacidade de mobilização política dos grupos dos portadores de cada uma das doenças. Determinado grupo de portadores de uma doença qualquer não pode ser preterido somente por não se fazer representar. O princípio da diferença ainda é tendente à igualdade também por expressar uma concepção de reciprocidade e por fornecer uma interpretação do princípio da fraternidade.

Também no capítulo VI da obra “Uma Teoria da Justiça”, que trata dos deveres e obrigações dos cidadãos, o autor demonstra grande preocupação com os grupos que não conseguem exercer pressão no processo político. Segundo ele, o dever natural mais importante é apoiar e promover instituições justas.

---

<sup>185</sup> SILVA, p. 597. “Ainda que não se queira discutir o que é mais importante combater, o certo é que juízes, ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, não têm em mente a dimensão global das políticas de saúde, como seria importante ter”.



Pergunta interessante que se coloca, contudo, é se os cidadãos devem obedecer ou não a uma lei injusta. Rawls defende que em arranjos justos os cidadãos devem, como regra geral, obedecer às leis injustas, pois a Constituição é considerada um procedimento justo, porém imperfeito, estruturado para garantir um resultado justo na medida em que as circunstâncias permitam. É imperfeito porque não há nenhum processo político factível que garanta que as leis promulgadas segundo seus parâmetros serão justas. Nos assuntos políticos não é possível atingir uma justiça procedimental perfeita.

Sendo assim, o dever natural de apoiar as instituições justas nos obriga a acatar leis e políticas injustas. Se temos que apoiar uma constituição justa, temos que apoiar um de seus princípios essenciais: o da regra da maioria. Até aí, os argumentos de Rawls podem ser compatibilizados com os apresentados por Virgílio Afonso da Silva. No entanto, Rawls segue adiante e defende que esse dever de obedecer a uma lei injusta termina no caso de injustiças graves. Aqui ele aborda o problema das minorias permanente, fadadas a sofrerem injustiças por tempo indeterminado.

De acordo com Rawls, os cidadãos têm o dever natural de não mencionar as falhas das ordenações sociais como desculpa fácil para não obedecer a elas, mas a submissão das condutas à autoridade democrática deve ir até o ponto necessário para compartilhar equitativamente as inevitáveis imperfeições de um sistema constitucional. Minorias relegadas sistematicamente simplesmente não têm obrigação de se submeterem às leis e aos tratamentos injustos.

Uma das formas de lidar com essa injustiça permanente seria recorrer à desobediência civil. Não é possível neste ponto desenvolver detalhadamente a teoria constitucional da desobediência civil elaborada por Rawls. Mas alguns esclarecimentos podem ser elucidativos. Para o autor, a desobediência civil é um ato político, público, não-violento e consciente contra a lei, realizado com o fim de provocar uma mudança nas leis ou nas políticas do governo. Trata-se de uma forma de apelar ao senso de justiça da maioria. Ao agir assim, quem o pratica se dirige ao senso de justiça da maioria da comunidade e declara que em sua opinião ponderada os princípios da cooperação social entre homens livres e iguais não estão sendo respeitados.

Embora o próprio autor entenda que as infrações ao princípio da diferença não devem fundamentar o recurso à desobediência civil, por serem mais difíceis de

serem averiguados, pela ampla gama de opiniões que conflitam sem deixar de ser racionais, entendemos que o caso de minorias que tem negado o acesso aos benefícios matérias do Estado simplesmente por não serem representativas o suficiente, configuraria inequivocamente uma situação de clara injustiça que poderia, sim, em alguns casos, vir a fundamentar a desobediência civil. Deve-se destacar, contudo, que o próprio autor reconhece que só se pode legitimamente lançar mão desse recurso, desobediência civil, quando todos os apelos possíveis e normais feitos à maioria política tiverem fracassado.

A Desobediência civil deve ser compreendida nesse contexto como um mecanismo que complementa uma democracia constitucional, arejando as manifestações e possibilitando que todos, até mesmo grupos minoritários, consigam expressar seu sentimento sincero acerca do que lhe parece justo.

#### 4.2.2 Concluindo

Em um contexto de Constituição democrática, em que a legitimidade de todo o atuar estatal radica na vontade livre do povo, que é o único titular do poder constituinte, tem-se que considerar todos e quaisquer direitos fundamentais, em especial os sociais, como princípios dirigentes, equivale a uma ideologia política, segundo a qual caberá sempre a um Poder Judiciário axiológico e filosoficamente neutro fazer juízos de otimização favoráveis ao legislador constitucional em detrimento do legislador ordinário em razão de critérios políticos<sup>186</sup>.

A fim de evitar tal cenário, o reconhecimento das omissões, no que se refere aos direitos não autoexequíveis, em especial os sociais, não deve ser feito de forma indiscriminada, pelo fato de a Constituição prever a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Tais direitos devem ser entendidos como interesses jurídicos suscetíveis de regulação jurídica, não emanando deles, diretamente, um dever de legislar para o parlamento.

O reconhecimento das omissões nestes casos deve estar vinculada a critérios substantivos. Apenas a título de sugestão, sem a pretensão de formular um catálogo exaustivo de critérios, entendo pertinente a adoção de três parâmetros. O primeiro

---

<sup>186</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**: o direito do contencioso constitucional. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

relacionado à fundamentalidade do direito em análise. Quanto maior a fundamentalidade de determinado direito, maior a probabilidade de se estar diante de uma omissão inconstitucional.

O segundo se relaciona a um ponto exposto acima com base na teoria de Rawls. Quanto mais minoritário e desprovido de representação democrática for o grupo diretamente prejudicado com a ausência da providência legislativa, maior a probabilidade de se estar diante de uma omissão inconstitucional. Desta forma, o controle das omissões inconstitucionais atrela-se a um critério substantivo, de fomento democrático.

Por fim, o terceiro parâmetro deve levar em consideração a forma como a realização de determinado direito incide no âmbito de outros. Quanto menor for a interferência sistêmica gerada pela realização de um direito, maior a probabilidade de se estar diante de uma omissão inconstitucional. Ora, diante de direitos cuja aplicação limita a realização de outros, o embate democrático mostra-se como a melhor via de concretização de ambos.

Obviamente, e em consonância com a necessidade de se prestigiar a força normativa da Constituição, tem-se que quando o texto da Constituição impor de forma expressa e inequívoca um dever de agir, deverá o Poder Judiciário reconhecer a ocorrência de uma omissão inconstitucional, sendo dispensável nesses casos, para o reconhecimento, a análise baseada em critérios substantivos.

Os critérios propostos devem ser considerados para o reconhecimento da omissão inconstitucional no caso de a Constituição não exigir peremptoriamente uma atuação do legislador, ainda que esta seja necessária para a efetivação de determinado direito.

Em relação a qualquer direito de eficácia limitada, no entanto, os critérios apontados poderão fornecer parâmetros a fim de se concluir pela legitimidade ou não de o Poder Judiciário concretizar o direito em discussão.

Como destaca Rubén Hernández Valle, “Legislar sobre derechos fundamentales implica valorar una serie de aspectos políticos, sociales y económicos que sólo los órganos políticos del Estado están em capacidade técnica

de realizar, además de ser los únicos legitimados para ello dentro de un Estado democrático de Derecho”<sup>187</sup>.

### 4.3 Refletindo sobre a omissão em relação às normas autoexequíveis

Uma das principais ideias expostas neste trabalho é a de que a construção teórica segundo a qual somente ocorrerá omissão legislativa inconstitucional diante de um não agir frente a norma constitucional não exequível por si mesma está equivocada e merece ser repensada. No presente capítulo já se argumentou contra esse entendimento e mediante um estudo de caso, sobre o uso das algemas, pretendeu-se dar maior concretude ao argumento.

Uma vez que se entende necessário reconhecer a ocorrência de omissão legislativa inconstitucional em relação às normas autoexequíveis, torna-se necessário certo esforço para se chegar a uma compreensão de como e a partir de quais premissas tal omissão poderá restar caracterizada. Naturalmente seu reconhecimento será mais complexo do que aquele relacionado às normas constitucionais não autoexequíveis. Isso porque, em relação a estas tem-se que a própria norma, por depender de um desenvolvimento legislativo para ter eficácia jurídica ao menos, impõe um dever de legislar, ou seja, a necessidade de um atuar legislativo decorre da própria norma constitucional, que não possui, por si só, todos os elementos necessários a torná-la eficaz.

Já a norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata dispõe, pelo menos *a priori*, de todos os elementos necessários à produção dos efeitos que dela se espera, não decorrendo diretamente desta norma um dever de legislar ou a necessidade expressa de ela ser densificada por uma legislação. Naturalmente todas essas normas constitucionais poderão sofrer algum tipo de influxo legislativo, sendo importante destacar que qualquer atuação legislativa neste sentido estará dentro do livre campo de atuação do Parlamento.

---

<sup>187</sup> VALLE, Rubén Hernández. Las omisiones legislativas y los derechos prestacionales. **Estudios Constitucionales**, Santiago, a.v. 1, n. 001, p. 185, 2003.

Por esta circunstância, o reconhecimento de uma omissão legislativa em relação às normas autoexequíveis será mais complexo. Duas questões serão relevantes: i) Quando será possível afirmar haver uma omissão, ou, dito de outra forma, a partir de qual momento restará configurada a omissão? ii) A omissão restará caracterizada em face de quais critérios?

Começando pela segunda pergunta pode-se afirmar que o único parâmetro a ser utilizado para a identificação deste tipo de omissão deve ser a realização dos direitos fundamentais. O reconhecimento de uma omissão legislativa inconstitucional pressupõe o reconhecimento de um dever constitucional de agir. Se este dever não decorre de texto constitucional expressamente, seu reconhecimento judicial deverá ser bastante parcimonioso e com base em parâmetros bastante estreitos. Uma ampliação excessiva do parâmetro a partir do qual se torna possível reconhecer a ocorrência de tal omissão, levaria ao indesejado e inaceitável resultado de fornecer mecanismo ao Poder Judiciário para tutelar o agir do Poder Legislativo.

Assim, embora o modelo que se entende adequado pretenda inegavelmente ampliar o conceito tradicional de omissão, aceitando a ocorrência de omissão legislativa inconstitucional em relação às normas constitucionais autoexequíveis, tal formulação deverá se pautar em parâmetros restritos.

A fim de se restringir tem-se que ter em mente então não a proteção dos direitos fundamentais de forma ampla, mas apenas do seu conteúdo essencial ou conteúdo mínimo.

Embora, como já se defendeu neste trabalho, não se possa afirmar que os direitos de defesa, relacionados às liberdades fundamentais, sejam sempre positivados por meio de normas constitucionais de eficácia plena, esta caracterização pode ser considerada uma regra geral. Essas normas constitucionais, pois, por se relacionarem a direitos negativos, que por mais das vezes requerem uma não intervenção do Estado na esfera individual dos cidadãos, usualmente são formalizadas por meio de enunciados bastante abstratos, dotados de baixa densidade normativa, o que não retira sua eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Destaca Larenz que “sempre se reconhece que mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado

de regulação que seja atribuível ao âmbito de regulação da lei”<sup>188</sup>. Ora, é de se supor que isso ocorre e muito maior escala com os direitos fundamentais.

A partir dos enunciados constitucionais amplos a prática jurídica e todos os intérpretes atuarão para densificar e efetivar os direitos fundamentais. Acontece que somente diante de circunstâncias concretas dimensões antes não imaginadas, vinculadas a determinados direitos, ganharão relevo no contexto jurídico. Como se sabe, cabe ao Poder Judiciário atuar concretamente solucionando litígios. Assim, vendo-se a Constituição como processo público, vivo, dinâmico, tem-se que muitos direitos ou dimensões novas de direitos já consagrados surgirão no âmbito do Poder Judiciário.

A ideia pode ser assim sintetizada: há inúmeros direitos fundamentais que possuem aplicabilidade imediata, mas diante de circunstâncias concretas será possível perceber que algumas dimensões mais pontuais de determinados direitos mais amplos poderão ter sua eficácia comprometida pela ausência de uma norma regulamentadora. Nestes casos, ao invés de apenas ativamente solucionar a celeuma, aplicando diretamente o direito fundamental em questão, deverá o Poder Judiciário reconhecer a existência de uma omissão normativa inconstitucional, limitadora ou violadora de direitos fundamentais, fomentando uma atuação democrática do Poder Legislativo.

Ainda que seja possível ao Poder Judiciário solucionar concretamente determinada questão, garantindo às parte processuais a tutela do direito analisado, essa atuação, concreta, não muda o estado de omissão inconstitucional e não supre a necessidade de o Poder Legislativo atuar. Nesse sentido que se afirma que o alargamento conceitual das omissões inconstitucionais possui claro traço democrático, por escancarar a necessidade de o Parlamento atuar ainda em relação àqueles casos onde seja possível ao órgão judicial tutelar determinado direito no caso concreto.

Retornando à primeira pergunta, que questionava a partir de qual momento seria possível afirmar haver uma omissão inconstitucional relacionada às normas constitucionais autoexequíveis, pode-se dizer que elas passarão a existir a partir do momento em que diante de reiterados decisões em um mesmo sentido o Tribunal

---

<sup>188</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 520.

Constitucional concluir que a ausência de determinada legislação viole ou limite o exercício do núcleo essencial ou do conteúdo mínimo de determinado direito fundamental.

As omissões surgiriam, pois, a partir de manifestações judiciais, o que abre margem para algumas reflexões, relacionadas à criação judicial do direito. A questão central a ser refletida neste ponto concerne à dúvida de se uma decisão do Tribunal Constitucional teria o condão de criar um dever de legislar. A partir de uma visão mais tradicional, pautada na separação rígida entre os poderes, e em uma leitura mais literal e positivista da constituição, que associa norma a texto normativo, a resposta seria negativa. Aliás, enquanto órgão do Poder Judiciário, ao Tribunal Constitucional caberia apenas reconhecer a existência de um dever de legislar quando esse derivasse da própria constituição<sup>189</sup>.

Essa leitura, no entanto, não se mostra a mais acertada. O contrário pode ser muito bem fundamentado com base nos ensinamentos de Robert Alexy quando, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, ele discorre sobre a norma de direito fundamental<sup>190</sup>.

O autor pretende analisar o que são normas de direitos fundamentais, e diz que essa questão pode ser analisada em abstrato, a partir da reflexão sobre quais critérios seriam necessários para que uma norma fosse caracterizada como de direito fundamental, ou em concreto, quando se pretende saber quais normas de uma Constituição são de direitos fundamentais.

O autor ensaia uma resposta dizendo que normas de direitos fundamentais são aquelas expressas por disposições de direitos fundamentais e que essas disposições são os enunciados constantes no texto da constituição. Dois problemas decorreriam desta construção. A necessidade de um critério que permitisse distinguir entre os enunciados que expressam e os que não expressam direitos fundamentais e a dúvida quanto a saber se as normas de direitos fundamentais em uma ordem jurídica seriam apenas aquelas normas expressas diretamente por um enunciado em um texto constitucional.

Quanto ao primeiro problema, a distinção entre enunciados que expressam direitos fundamentais daqueles que não expressam em uma determinada

---

<sup>189</sup> EISELE, Michela. **Subjektive öffentliche Rechte auf Normerlass**. Berlin: Duncker und Humblot, 1999. p. 153. (Schriften zum öffentlichen Recht; Bd. 803).

<sup>190</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Berlin: Suhrkamp, 1994. p. 53-63.

constituição pode se dar com base em critérios materiais ou formais. No caso da Constituição brasileira há um rol formal com diversos enunciados instituindo normas de direitos fundamentais. Mas sabe-se, também, que há outros enunciados fora deste rol, dos quais surgem normas de direitos fundamentais. Não convém aprofundar. Cabe apenas destacar que a própria constituição brasileira, em seu art. 5º, § 2º, deixa clara a intenção de não restringir por meio de critérios formais o reconhecimento de normas de direitos fundamentais, ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Partindo, de forma provisória, do pressuposto de que normas de direitos fundamentais são aquelas expressas diretamente por enunciados na Constituição, Alexy se questiona se tal conceito não se mostra demasiadamente estreito. Parte para análise de um dispositivo da Constituição Alemã, que diz que “A ciência, a pesquisa e o ensino devem ser livres”. Destacando a abertura semântica, o autor destaca que as indeterminações do texto podem ser enfrentadas por meio de regras semânticas, quando o Tribunal Constitucional delimita o conceito dos termos indeterminados. Dessa regra semântica surge, na prática, uma nova norma de direito fundamental, que não decorre diretamente do enunciado expresso na Constituição.

Isso ocorre, pois para que o enunciado de direito fundamental possa servir de fundamento à solução de um caso concreto é preciso eliminar a indeterminação estrutural da norma. Se esse tipo de norma que o autor chama de norma de direito fundamental atribuída não for aceita, tem-se que, partindo-se somente da norma tal como enunciada pela Constituição, fica-se sem critério para saber, ao final, o que é obrigado, proibido e permitido de acordo com o texto constitucional.

Segundo Alexy as normas de direitos fundamentais atribuídas estabelecem uma relação de refinamento com a norma decorrente do enunciado expresso na constituição, havendo também uma relação de fundamentação entre a norma refinada e a norma que refina.

No plano teórico afirma o autor que em boa medida as discussões sobre direitos fundamentais são discussões sobre quais normas devem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional. Empiricamente, contudo, as normas de direitos constitucionais atribuídas, que são verdadeiras



normas de direitos fundamentais, podem ter origem no poder legislativo, quando este concretiza um direito fundamental mais amplo legislativamente, como também no Poder Judiciária, quando este, diante de um caso concreto, ao interpretar determinado direito atribui um significado a ele dando origem a um direito concreto, que até então não constava expressamente da ordem jurídica.

Se nesses casos se trata de verdadeira criação de novos direitos ou simplesmente de desenvolvimento ou aprimoramento de direito já existente é questão semântica. Fato é que quando o Poder Judiciário ao julgar um caso concreto dá origem a uma norma de direito fundamental atribuída, esta norma é parte do direito vigente tanto quanto a norma de direito fundamental decorrente de enunciado expresso. Daí porque se mostra como mais correto o entendimento segundo o qual uma decisão do Tribunal Constitucional pode sim gerar um dever de legislar e conseqüentemente servir como parâmetro a dar origem a uma situação constitucional imperfeita, apta a caracterizar uma omissão inconstitucional.

O estudo de caso relativo à súmula das algemas se enquadra na moldura teórica aqui desenvolvida. A excepcionalidade de se usar algemas deve ser vista como uma norma de direito fundamental atribuída, decorrente da concretização de diversos enunciados normativos expressos a tratarem de direitos fundamentais. A ausência de uma lei regulamentando o uso das algemas, por violar um direito fundamental, dá origem, a partir do instante em que tal direito é reconhecido ou criado, a uma situação de omissão inconstitucional. No caso em questão, já se disse acima, melhor teria feito o Supremo Tribunal Federal se ao invés de editar a famigerada súmula tivesse reconhecido a omissão inconstitucional e estipulado um prazo de atuação ao legislador.

A ideia aqui sustentada está em grande consonância com a prática jurisdicional dos Estados Unidos. Lá, conforme bem relatado por Robert A. Scharpiro<sup>191</sup>, se depois de reiteradas manifestações da Suprema Corte no sentido de que a Constituição demanda determinada atividade legislativa nada for feito, adorarà a Corte atitude mais positiva de forma a impor a atuação legislativa.

Um pré-requisito importante para uma tomada de postura mais ativa por parte do Judiciário em relação às decisões locais é a materialização de uma violação

---

<sup>191</sup> SCHARPIRO, Robert A. The legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction. **The Yale Law Journal**, New Haven, n. 99, 1989.

constitucional. Assim, nos casos em que há duradoura omissão legislativa, a qual viola diretamente mandamentos contidos em decisões prévias do Judiciário no sentido da necessidade de sanar tal omissão, dada a violação de preceitos constitucionais, as Cortes têm tomado medidas mais amplas para forçar a atividade legislativa. Interessante notar, e esse é um ponto a se observar no âmbito da formulação das omissões proposta, é que quando não há uma ordem prévia do judiciário que seja desobedecida pelo Legislativo, as Cortes americanas têm escolhido fomentar a postura de colaboração do Legislativo.

Em texto que discorre sobre as possibilidades e limites da criação judicial dos direitos, Fernando Rey Martínez<sup>192</sup> destaca que com a inclusão da dignidade humana como direito fundamental nas cartas modernas se fornece elemento para disparar uma potente virtualidade expansiva no que se refere à criação de novos direitos, em especial com o advento de novas tecnologias a impactarem as ciências médicas, a questão da privacidade e a necessidade cada vez maior de se proteger o meio ambiente.

Também Miguel Revenga Sánchez<sup>193</sup> destaca que as constituições modernas possuem em comum um grande rol de dispositivos a darem subsídio aos Tribunais Constitucionais no exercício ativo de criar novos direitos. O autor destaca além da dignidade humana expressões como livre desenvolvimento da personalidade e o reconhecimento e garantia de direitos invioláveis.

Na sequência o mesmo autor destaca que o reconhecimento de novos direitos por parte da justiça constitucional não tem se dado na Europa com base exclusiva na concretização de princípios e valores gerais de textura aberta, mas também mediante o recurso a uma interpretação evolutiva, que se apoia em direitos muitas vezes expressos no texto constitucional<sup>194</sup>.

Confirma-se, assim, que a criação de novos direitos ou concretização de direitos fundados em princípios abstratos são fatos fartamente observados em qualquer ordem jurídica e por meio dela vive-se e concretiza-se o desejável ideal de uma constituição viva, atualizada e modernizada diariamente.

---

<sup>192</sup> MARTÍNEZ, Fernando Rey. *Cómo nacen los Derechos? Posibilidades y limites de la creación judicial de derechos*. **Interesse Público**: Revista Bimestral de Direito Público, Belo Horizonte, n. 54, 2009.

<sup>193</sup> SANCHEZ, Miguel Revenga. *Sobre (vuelos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos*. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, a. 22, n. 64, ene./abr. 2002.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 106.

O reconhecimento de uma omissão inconstitucional nesses casos não cria a circunstância fática de o Poder Judiciário participar ativamente deste processo político de adequação e modernização do direito. Na verdade o que ele faz é possibilitar uma divisão do protagonismo com o Poder Legislativo, convidado e estimulado a participar mais ativamente.

É natural que o Poder Judiciário, pela sua própria função, detecte mais rapidamente as carências legislativas, justamente por tratar dos litígios. Destaca-se que boa parte das carências legislativas surge a partir de alguma circunstância nova, sendo esse o principal enfoque a ser dado no estudo das omissões inconstitucionais. O Poder Judiciário tem que fornecer uma resposta para os problemas que vão surgindo, mas cabe democraticamente ao legislador a partir desses fatos refletir melhor sobre as matérias, debater com a sociedade, e oferecer respostas mais adequadas por meio de legislação geral e abstrata, que regule determinado tema igualmente para todos, conferindo maior segurança e previsibilidade. Como já se realçou, a possibilidade de o órgão jurisdicional tutelar concretamente as demandas relativas a direitos fundamentais não supre a demanda, quando esta for verdadeira, por um atuar legislativo.

## CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho buscou-se, sem a pretensão de propor um modelo teórico completo, fornecer elementos capazes de mostrar

em de forma inequívoca a necessidade de se repensar o instituto da omissão legislativa. Tal como formulado ele se encontra tendente a perder cada vez mais relevância, vez que com o passar dos anos o Poder Legislativo vem gradativamente regulamentando as normas constitucionais que demandam regulamentação.

Logo, é possível que a percepção estática de omissão, existente somente em prol do texto originário da Constituição, em pouco tempo deixe de ter utilidade. Além do mais, como se evidenciou, a formulação predominante padece de algumas inconsistências. Inicialmente, por se apegar excessivamente ao terno de enunciados específicos, opera com uma lógica subsuntiva, e não ponderativa, negligenciando, pois, que o reconhecimento da omissão não deve deixar de considerar a repercussão que o atuar legislativo pode ter em outros bens constitucionais.

Ora, se a imposição de um dever de legislar puder causar dano ou prejudicar a realização de outro bem igualmente constitucional, estar-se-á, e isso é evidente, diante de um campo de livre atuação discricionária do Poder Legislativo, salvo se o texto constitucional taxativamente tiver estabelecido a prioridade de um bem em relação aos demais. A utilização da lógica ponderativa no estudo das omissões enriquece o estudo, abrindo novos enfoques que não podem ser negligenciados.

Por fim, diante do fato de que também os direitos consagrados por meio de normas autoexequíveis podem depender em algum grau até significativo de uma concretização legislativa para atingirem todo o potencial protetivo que eles dispõem, busca-se evidenciar a necessidade de se ampliar a abrangência conceitual das omissões inconstitucionais, para abarcar também esse tipo de situação.

Como se sustentou, o reconhecimento das omissões nesses casos em nada mudaria a realidade já marcada por um forte ativismo concretizador por parte do poder judiciário, mas apenas abriria de forma expressa a possibilidade de um maior diálogo institucional, fomentando uma maior participação do Poder Legislativo, possuindo, desta forma, grande potencial democrático.

O novo enfoque sugerido ainda precisa ser mais bem refletido em todas as suas nuances, mas parece bastante promissor. Desta forma, buscou-se, com o presente trabalho, e a despeito de suas limitações, contribuir com as reflexões para

uma eventual modificação ou reflexão crítica sobre a formulação teórica até então inquestionável do instituto das omissões.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Joana Rita de Souza Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento**: a inércia do legislador e suas consequências. Lisboa: Editorial Juruá, 2011.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Berlin: Suhrkamp, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 1-38, 2009.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direito fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v.3, n. 17, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. A doutrina brasileira da efetividade. In: TEMAS de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III.

\_\_\_\_\_. **Ano do STF**: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 1 jan. 2012.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia jurídica. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANDÃO, Rodrigo. Emendas Constitucionais e Restrição aos Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 246, v. 207, p. 288-317, abr./jun. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMF; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EISELE, Michela. **Subjektive öffentliche Rechte auf Normerlass**. Berlin: Duncker und Humblot, 1999. (Schriften zum öffentlichen Recht; Bd. 803).

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

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

GRIMM, Dieter. **Die Zukunft der Verfassung**. Frankfurt: Suhrkamp, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. v. 1.

HESSE, Konrad. **Die normative Kraft der Verfassung**. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, 1959.

HOLMES, Stephen. Pre-commitment and the Paradoxo of Democracy. In: ELSTER, John; SLAGSTADT, Rune (Org.). **Constitutionalism and Democracy**. New York: Cambridge University Press, 1993.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LECHNER, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers. **Neue Juristische Wochenschrift**, Frankfurt, Heft 49, 1955.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo Binenbojm (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

MARTÍNEZ, Fernando Rey. Cómo nacen los Derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos. **Interesse Público**: Revista Bimestral de Direito Público, Belo Horizonte, v. 54, 2009.

MAURER, Hartmut. **Staatsrecht**: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen. 5. Aufl. München: C.H. Beck, 2007. v. 1.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Série direito desenvolvimento justiça: Produção científica. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIGUEL, Carlos Ruiz. Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión. In: **Revista de las Cortes Generales**, La Rioja, n. 51, p. 117-134, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. II.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. O direito do contencioso constitucional**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, a. 5, 2011/2012.

MORTATI, Constantino. Apputi per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore. **Il Foro Italiano**, Roma, n. v, p. 153-191, 1970.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Legitimação Democrática do Controle de Constitucionalidade das Omissões legislativas: Notas Acerca do Instituto do



Mandado de Injunção. In: ARRUDA, Paula (coord.). **Os Atuais Desafios da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 199-216.

\_\_\_\_\_. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coords), **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte: Staatsrecht. 22.**, neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2006. p. 12. v. 2.

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

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007.

QUADROS, Fausto de. Omissões Legislativas sobre Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. **AAVV, nos dez anos da Constituição**. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 1986.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeu. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, a. 21, n. 6, ene./abr. 2001.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Luciana de Oliveira. **O controle de constitucionalidade por omissão no Supremo Tribunal Federal: análise dos casos de omissão legislativa nos 20 anos de constituição**. 135f. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2010.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROELLECKE, Gerd. Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes. In: STACK, Christian. **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Verfassungsauslegung**. 1. Aufl. Tübingen: Mohr, 1976. v. 2.

RUIZ, Maria Angeles Ahumada. El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, La Rioja, n. 8. Ene./abr. 1991.

SAGÜES, Néstor Pedro. Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidade por omisión. In: VEGA GOMÉZ, Juan; CORZO SOSA, Edgar (coord.). **Instrumentos de tutela y justicia constitucional**: memoria del VII congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. Disponível em <<http://132.248.65.15/libros/1/344/26.pdf>>. Acesso em: 24.set.2012.

SANCHEZ, Miguel Revenga. Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, a. 22, n. 64, p. 99-112, ene./abr. 2002.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. In: SAREMENTOS, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 189.

\_\_\_\_\_. A Proteção Judicial dos Direito Sociais: Alguns parâmetros Éticos-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2010.

SCHARPIRO, Robert A., The legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 99, 1989.

SCHENKE, Wolf-Rüdiger. Rechtschutz gegen das Unterlassen von Rechtsnormem. **Verwaltungs-archiv**, Köln, 82 band, heft 3, 1. juli 1991.

SCHNEIDER, Rudolf. Rechtsschutz gegen verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers, **AöR**, Oxford, i.89, 1964.

SCHULTE, Martin. Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. **DVBI**, Köln, 1988.

SEGADO, Francisco Fernández. **La justicia constitucional**: una visión de derecho comparado. Los sistemas de justizia constitucional, las “dissentig opinios”, el control de las omisiones legislativas, el control de “cumunitariedad”. Madrid: Dykinson, 2009. t. I.

\_\_\_\_\_. El control de las omisiones legislativas por el “Bundesverfassungsgericht”. **UNED. Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 22, p. 93-135, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 101.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

\_\_\_\_\_. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre a Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de ; SARMENTO, Daniel (coords), **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2010.

SOUZA, Luciana Moessa de Souza. **Normas constitucionais não-regulamentadas**: instrumentos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e proteção Jurisdicional contra omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

STEINMETZ, Wilson Antônio. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: Encontro Nacional de CONPEDI, 19., Fortaleza, CE. [Trabalhos apresentados]. Fortaleza, CE, jun. 2010.

TROCKER, N. Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà. **Archiv. Giur.**, [s.l],p. 88-ss, 1970.

VALLE, Rubén Hernández. Las omisiones legislativas y los derechos prestacionales. **Estudios Constitucionales**, Santiago, a./v. 1, n. 001,p. 179-186.

VILLAVARDE, Ignacio. La inconstitucionalidade por Omisión de los Silencios Legislativos. **Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario**, La Rioja, n. 8, 1996.

WEBER-GRELLET, Heinrich. Staat und Recht als Instrument der demokratischen Gesellschaft. **Rechtstheorie**. Berlin, 34. band, 2003.

WESSEL, Die Rechtsprechung der BVerfG zur Vergassungsbeschwerde. **Deutsches Verwaltungsblatt**, Köln, Heft 6, 1952.