

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO

MARINA OTTONI MOTA MENDES

**EFETIVIDADES DAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE POR
OMISSÃO**

RIO DE JANEIRO/RJ

2016

MARINA OTTONI MOTA MENDES

**EFETIVIDADES DAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE POR
OMISSÃO**

"Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito".

Orientador: Celso Albuquerque

Rio de Janeiro

2016

RESUMO

Com o intuito de conceituar e analisar criticamente as formas de controle de eficácia das normas constitucionais, e mais especificamente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o presente estudo tem como alicerce fundamental o entendimento da eficácia das normas e a caracterização do instituto da inconstitucionalidade por omissão.

Passando por uma análise doutrina rica, que tem como objetivo conceituar as normas constitucionais que carecem de legislação infraconstitucional para possuir todos os efeitos jurídicos pretendidos pelo legislador originário, visa-se, por fim, conceituar o cabimento da ação judicial de controle difuso da omissão inconstitucional. Tais ações, recorrentes em um sistema jurídico repleto de normas programáticas – como é o caso da ordem constitucional brasileira – passam aqui por uma análise crítica: qual efetividade possui? Quais os efeitos jurídicos concretos que causam ou podem causar à sociedade?

O instrumento primordial deste trabalho é analisar as ações diretas de inconstitucionalidade como meio apto a sanar as omissões inconstitucionais, por meio de análise crítica de um possível posicionamento ativista por meio do Poder Judiciário.

Palavras-chave: eficácia. eficácia das normas constitucionais. Inconstitucionalidade por omissão. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ativismo judicial.

ABSTRACT

In order to conceptualize and critically analyze the ways to control the effectiveness of constitutional rules, and more specifically the direct action of unconstitutionality by omission (“Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão”), the present study has as its fundamental foundation the understanding of the effectiveness of the rules and the characterization of the unconstitutionality of the omission.

Through a rich doctrine analysis, which aims to conceptualize the constitutional rules that require infra-constitutional legislation to have all the legal effects intended by the constitutional legislator, it is intended to ultimately conceptualize the pertinence of the lawsuit of diffuse control of unconstitutional omission. Such actions, recurrent in a legal system packed with program standards - such as the Brazilian constitutional order - are here criticized: which effectiveness it has? What are the specific legal effects caused or that may have been caused cause to the society?

The primary instrument of this study is to analyze the direct actions of unconstitutionality as an able mechanism to remedy the unconstitutional omissions, through critical analysis of a possible activist positioning through the judiciary.

Keywords: effectiveness. effectiveness of constitutional rules. Unconstitutionality by omission. Direct action of unconstitutionality by omission. judicial activism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	8
2.1 NORMAS DE EFICÁCIA PLENA	10
2.2 NORMAS DE EFICÁCIA CONTIDA.....	11
2.3 NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA	13
2.3.1 <i>Vigência</i>	15
2.3.2 <i>Classificação</i>	16
2.3.2.1 <i>Normas de eficácia limitada de princípio institutivo</i>	16
2.3.2.2 <i>Normas de eficácia limitada de princípio programático</i>	18
2.4 EFICÁCIA DAS NORMAS E DIREITOS SOCIAIS	24
2.4.1 <i>Diferenças entre normas programáticas e normas definidoras de direitos</i>	26
2.4.2 <i>Aplicabilidade dos direitos sociais</i>	30
2.5 CLASSIFICAÇÃO DE MARIA HELENA DINIZ.....	31
2.6 SÍNTESE	33
3 CONTROLE DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	34
3.1 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	35
3.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	37
3.3 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	39
4 EFETIVIDADE DAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	44
4.1 JURISPRUDÊNCIAS	48
5 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de um país precisa abordar diversos temas e pontuar direitos e obrigações básicas e fundamentais para o funcionamento do Estado e da sociedade como um todo. Assim, não é possível (nem viável) que o texto constitucional aborde de forma aprofundada e verticalizada todos os temas nela mencionados.

No âmbito da Constituição da República de 1988, nos deparamos com uma variedade de normas que possuem diferentes formas de aplicabilidade. Isto é, existem normas que possuem aplicabilidade imediata à entrada em vigência da Constituição, e outras que terão aplicabilidade mediata, dependendo de regulamentação posterior para que possam produzir todos os efeitos pretendidos pelo legislador originário.

Importante salientar que aplicabilidade é diferente de vigência. No momento em que a CRFB/88 fora promulgada, suas normas entraram em vigor. Na vigência da norma encontramos a expectativa de aplicabilidade. Entretanto, a aplicabilidade jurídica efetiva se dá quando a norma pode, de fato, ser aplicada a uma situação jurídica; quando ela possui todos os elementos formais e materiais que a tornem apta para produzir efeitos concretos.

Como veremos mais detalhadamente adiante, quando uma norma não possui eficácia imediata, caberá ao Poder Legislativo a edição de sua regulamentação, concedendo-a exequibilidade. Dessa forma, o Legislativo fica responsável por editar tais complementos normativos a fim de efetivar os direitos garantidos na Carta Constitucional. Entretanto, não há disposições específicas quanto a prazos ou sanções cabíveis no caso de inércia legislativa.

Sendo assim, tem-se tornado frequente o ajuizamento de ações perante o Judiciário com a finalidade de se obter declarações de inconstitucionalidade da omissão legislativa ou requerer o deferimento desses direitos, mesmo sem a existência da norma regulamentadora exigida.

O Poder Judiciário, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, vem sendo compelido a proferir decisões judiciais nesse sentido. Porém, o tema não se demonstra de simples análise: a norma constitucional já é considerada vigente

mesmo antes da edição de sua norma regulamentadora (quando exigida)? Diante da omissão legislativa, pode o Judiciário proferir decisão sobre o tema? Em quais parâmetros se enquadra a decisão judicial sem ultrapassar os limites do princípio da separação de poderes? E, por fim, qual a efetividade dessas declarações judiciais?

O assunto se torna deveras importante, uma vez que se trata da efetivação de garantias constitucionalmente asseguradas ao povo, titular absoluto do poder em uma democracia. A constituição é a “Lei Mãe” do Estado de Direito, e todos os poderes do Estado devem se esforçar ao máximo para cumprir as disposições nela positivadas, de forma que as intenções do legislador originário sejam asseguradas à todos.

Diante de tantos questionamentos e da relevância que o assunto em comento possui, o propósito deste trabalho é entender e analisar criticamente o funcionamento desse sistema de controle da eficácia das normas constitucionais.

Para isso, será elaborado um estudo da aplicabilidade das normas constitucionais e as formas de controle judicial nos casos de omissão legislativa. Assim, mediante análise doutrinária e jurisprudencial, far-se-á um estudo sobre a efetividade das referidas decisões judiciais no que concerne às relações jurídicas entre indivíduos, ou entre o indivíduo e o Estado.

O objetivo é analisar as ações de inconstitucionalidade por omissão como instrumento apto a sanar as omissões do Poder Público, garantindo a supremacia da constituição; e estudar os efeitos dela decorrentes.

2 EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Antes de analisar os conceitos de omissão legislativa e de controle de constitucionalidade, faz-se mister esclarecer a classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, de forma a entender em quais situações o Legislador está obrigado a legislar. Dessa forma, pode-se caracterizar quando se trata, de fato, de uma omissão inconstitucional, e quais serão os efeitos jurídicos dela decorrentes.

No plano da eficácia, é necessário analisar a capacidade da norma de produzir os efeitos jurídicos por ela pretendidos. Conforme preleciona José Afonso da Silva, “tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador”¹. Assim, o alcance dos objetivos da norma constitui sua efetividade.

Como já mencionado anteriormente, na CRFB/88 nos deparamos com uma quantidade significativa de normas que possuirão eficácia imediata, e outras bastantes cuja eficácia dependerá de posterior regulamentação por parte do Poder Público ou dos órgãos legislativos para produzir efeitos jurídicos.

A distinção quanto à eficácia das normas constitucionais fora inicialmente abordada e conceituada pela jurisprudência e doutrina do direito constitucional norteamericano² e nos serve como parâmetro para entender a conceituação atual brasileira. Essa distinção surgiu da verificação de que as constituições consubstanciam normas, princípios e regras de caráter geral, a serem convenientemente desenvolvidos e aplicados pelo legislador ordinário, já que não podem, nem devem, descer às minúcias de sua aplicação.

Caracterizaram as normas constitucionais como sendo “*self-executing*” e “*not self-executing*”; ou seja, auto-aplicáveis ou auto-executáveis e não auto-aplicáveis ou não auto-executáveis, respectivamente. Conforme essa doutrina, as normas “*self-executing*” são as que possuem plena eficácia jurídica, por regularem diretamente a

¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição. São Paulo, Editora Malheiros, 1998, p. 66

² Conforme Thomas M. Cooley. *Treatise on the constitutional limitations*. 6ª edição. Boston, 1980. P 98 – 101 e José Afonso da Silva, ob. Cit., p. 73 – 76.

matéria; enquanto que as normas “*not self-executing*” são aquelas cuja aplicabilidade depende de posteriores leis ordinárias para possuir aplicabilidade jurídica concreta.

Diante da classificação norte-americana, pode-se fazer um paralelo para entender a classificação atual brasileira. José Afonso da Silva, pioneiro na classificação da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, e que será exaustivamente citado neste trabalho devido à imensa contribuição doutrinária exercida na área em questão, inaugurou a teoria da tríplice característica das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade, larga e pacificamente adotada pela doutrina e jurisprudência atual³. A referida teoria parte da seguinte premissa:

Não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e à nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.⁴

Diante de tal pressuposto, o autor dividiu as normas constitucionais em três categorias: normas de eficácia plena, contida e limitada. As normas de eficácia limitada, alvo central deste estudo, serão ainda divididas em duas categorias: declaratórias de princípios institutivos e declaratórias de princípios programáticos.

Fácil observar o porquê das normas de eficácia limitada serem o objeto primordial deste estudo: são elas que necessitam de posterior regulamentação para garantir sua aplicabilidade. Dessa forma, sua não regulamentação é que dará lugar à caracterização da omissão legislativa, e, por conseguinte, ao ajuizamento de ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão.

³ SIVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição. São Paulo, Malheiros, 1998.

⁴ SIVA, José Afonso da. *Ob. Cit.* pp. 81 e 82

2.1 Normas de eficácia plena

As normas constitucionais de eficácia plena são todas aquelas que possuem aplicabilidade imediata à entrada em vigor da Constituição. Conforme lição de José Afonso da Silva:

[são] normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou tem a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto⁵.

Tratam-se, portanto, de normas constitucionais que possuem aplicabilidade direta, imediata e integral. Nessa categoria se enquadra a larga maioria das normas constitucionais brasileiras.

Como se trata de uma distinção interpretativa, podemos utilizar como base para classificar uma norma como de eficácia plena o fato de ela conter todos os elementos e requisitos necessários para sua incidência direta.

Conforme Luis Roberto Barroso:

De acordo com essa formulação [de José Afonso da Silva], normas de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior para sua aplicação.⁶

Utilizando a classificação norte-americana supra mencionada, pode-se extrair uma contribuição valiosa. As normas de eficácia plena são semelhantes às chamadas normas “*self-executing*” (auto-aplicáveis), uma vez que possuem incidência direta e imediata, tendo em vista possuir todos os requisitos necessários à sua aplicabilidade.

São exemplos de normas constitucionais de eficácia plena:

a) “A República Federativa do Brasil [é] formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (...)” (art. 1º CRFB/88);

⁵ SIVA, José Afonso da. Ob. cit, p. 82

⁶ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro, Renovar, 1990, p. 82

- b) “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (art. 44 CRFB/88);
- c) “Cada legislatura durará quatro anos” (art. 44, parágrafo único CRFB/88);
- d) “A emenda à constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem”. (art. 60, §3º CRFB/88);
- e) As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos” (art. 145, §2º CRFB/88);
- f) “O casamento é civil e gratuita a celebração” (art. 226, §1º CRFB/88).

2.2 Normas de eficácia contida

Normas de eficácia contida⁷ são aquelas que, apesar de possuírem todos os requisitos para sua aplicabilidade imediata, preveem a possibilidade de o Poder Legislativo ou o Poder Público conterem sua eficácia, limitando os direitos garantidos pela norma em questão.

José Afonso da Silva ensina que as normas de eficácia contida são:

normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias.⁸

Isso significa que enquanto o legislador futuro não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena.

Conceitua, ainda, Luís Roberto Barroso:

[possuem] normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas preveem meios normativos (leis, conceitos genéricos, etc.) que lhes podem reduzir a eficácia e a aplicabilidade.⁹

⁷ É pertinente a anotação de Michel Temer de que tais normas melhor se denominariam de eficácia redutível ou restringível (“Elementos do Direito Constitucional” 1983, p. 13.)

⁸ SIVA, José Afonso da. *Ob. Cit.*, p. 82.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Ob. Cit.*, p. 83

Dessa forma, podemos classificá-las como de aplicabilidade direta, mediata, mas não integral – sujeitas às restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.

Mais uma vez, José Afonso da Silva sintetiza de forma brilhante as características para que uma norma constitucional seja considerada de eficácia contida:

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados.¹⁰

Encontramos bastante dessas normas instituindo direitos e garantias fundamentais, mas também existem normas de eficácia contida em outros contextos. Vejamos alguns exemplos a seguir:

a) A norma constitucional poderá ser caracterizada pela possibilidade de edição de uma legislação posterior restritiva. Como exemplo, podemos citar o inciso VIII do art. 5º da CRFB/88:

Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, *fixada em lei*.

Entende-se pelo artigo acima mencionado que a liberdade é assegurada a todos – e nessa parte a regra é plenamente eficaz. Entretanto, a eficácia da norma pode ser restringida (ou contida) caso alguém invoque tal liberdade para se eximir de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa que deverá ser fixada por lei.

Assim, se não houver lei que estipule prestação alternativa, mesmo que alguém invoque o direito a liberdade para se eximir de obrigação legal, o Estado não poderá opor restrições ou sanções, sendo estas inconstitucionais. A eficácia da norma apenas será restringida caso haja edição de norma limitadora (no caso,

¹⁰ SIVA, José Afonso da. *Ob.Cit.*, p. 116.

norma que regulamente prestação alternativa); se não, o dispositivo constitucional permanece plenamente eficaz.

Também é exemplo de legislação restritiva o art. 5º, XIII da CRFB/88, que dispõe: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Nesse caso, o exercício do trabalho, ofício ou profissão será livre. Entretanto, lei ordinária futura poderá estabelecer requisitos que restringirão a eficácia inicial da norma, exigindo certa habilitação. Na ausência da lei, surgirá o direito subjetivo pleno do indivíduo e a liberdade será ampla.

b) Encontram-se, também, normas de eficácia contida quando da regulamentação do estado de defesa e do estado de sítio. Essas nada mais são do que normas que contêm e restringem temporariamente a eficácia e aplicabilidade imediata de direitos e garantias fundamentais, expressamente indicados.

c) Algumas normas, ainda, possuem sua eficácia contida por motivos de ordem pública, bons costumes, paz social, necessidade ou utilidade pública, interesse social e econômico, segurança pública, segurança nacional, integridade nacional, saúde pública, etc.

O objetivo final de conter a eficácia de uma norma constitucional é “tutelar a liberdade de todos, de modo que o exercício dos direitos por uns não prejudique os direitos dos demais”¹¹.

2.3 Normas de eficácia limitada

O estudo das normas constitucionais de eficácia limitada é, em verdade, o grande alicerce que possibilitará chegar aos fins deste trabalho. O entendimento da aplicabilidade e da natureza jurídica das normas constitucionais de eficácia limitada nos levará ao conseqüente entendimento da omissão inconstitucional. Essas omissões, pleiteadas em juízo para que sejam declaradas inconstitucionais, por

¹¹ SIVA, José Afonso da. *Ob. Cit.* p 114.

meio de ação direta, são o objeto deste estudo; que visará, por fim, analisar a efetividade jurídica das declarações de inconstitucionalidade por omissão.

Assim sendo, interpretam-se como sendo de eficácia limitada as normas que possuem aplicabilidade mediata e indireta – e que necessitam de posteriores regulamentações normativas para que atinjam a eficácia pretendida pelo constituinte.

Conforme lição de José Afonso da Silva, são normas de eficácia limitada:

Todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado¹².

Nesse contexto, faz-se mister distinguir as normas de eficácia limitada das normas de eficácia contida. A última possuirá aplicabilidade ampla e plena até que lei posterior limite e contenha seus efeitos. A primeira, entretanto, não possui aplicabilidade imediata, e só a possuirá no momento em que a legislação supletiva for editada, garantindo executoriedade à norma.

De acordo com a abordagem de José Afonso da Silva:

Muitas dessas normas [de eficácia contida] fazem menção a uma legislação futura, motivo por que alguns as incluem entre as normas de eficácia limitada, que não as programáticas, ou seja, aquelas que Crisafulli denomina *normas de legislação*. Trata-se, a nosso ver, de equívoco manifesto, porquanto o fato de remeterem a uma legislação futura não autoriza equipará-las a outras que exigem uma normatividade ulterior integrativa de sua eficácia. O contrário é o que se verifica – conforme mostraremos daqui a pouco -, pois, com relação à elas, a legislação futura, antes de completar-lhes a eficácia, virá a impedir a expansão da integridade de seu comando jurídico.¹³

Fazendo um paralelo com a doutrina norte-americana, enquanto não houver a lei constitucionalmente exigida, o direito assegurado não será auto-aplicável (“*self-executing*”). Assim, as normas de eficácia limitada se assemelham às normas “*not self-executing*” (não auto-aplicáveis), uma vez que sua aplicabilidade está condicionada à edição de norma posterior que a regule e lhe confira executoriedade.

¹² SIVA, José Afonso da. *Ob. Cit* p. 82 e 83

¹³ *Idem*. p. 103

Aqui nos chega o primeiro questionamento: as normas constitucionais de eficácia limitada entram em vigor juntamente com a entrada em vigor da constituição ou somente no momento da expedição da norma regulamentadora futura?

2.3.1 Vigência

Vigência não se confunde com eficácia e aplicabilidade. Entretanto, para que uma norma possua eficácia, antes é necessário que ela comece a vigorar. “A vigência é condição de efetivação da eficácia, ainda que a plenitude desta, tratando-se de norma constitucional, não raro, dependa de outras normas integrativas”¹⁴.

Eficácia e aplicabilidade constituem fenômenos conexos. Se uma norma não goza de todos os requisitos para sua aplicação direta a casos concretos, falta-lhe eficácia. A aplicabilidade, assim, só se revelará como possibilidade de aplicação. Para que haja, de fato, essa possibilidade de aplicação, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.

Dessa forma, questiona-se: qual o efeito produzido desde logo pelas normas de eficácia limitada? Elas entram em vigor juntamente com a constituição ou somente no momento em que recebem sua norma integrativa? Invalidam ou não a legislação anterior conflitante?

A resposta é que normas de eficácia limitada entram em vigor conjuntamente com a constituição, conforme explicação de José Afonso da Silva:

O que se pode dizer é que a lei dependente de regulamento só é executória com a decretação daquele; mas isso não exclui a entrada em vigor da lei na data prevista, nem tolhe a ocorrência de certos efeitos jurídicos, como revogação das leis anteriores contrárias ou na forma consagrada nos arts. 1º e 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.¹⁵

Dessa forma, podemos dizer que, mesmo antes da edição da lei regulamentadora, a norma constitucional entrará em vigor e produzirá os efeitos jurídicos que prescindem de futura norma, como, por exemplo, a revogação de legislação anterior conflitante.

¹⁴ SIVA, José Afonso da. *Ob. Cit.* p. 52.

¹⁵ *Idem.* p. 130.

Assim, José Afonso da Silva chega às seguintes conclusões quanto à eficácia dessas normas constitucionais de eficácia limitada:

a) se são *confirmativas* de situação jurídica preexistente, esta permanece reconhecida, como era, até que a lei integrativa lhe imponha a alteração prevista; b) e traçam esquemas novos, revogam normas jurídicas preexistentes, instituidoras de situações contrárias ao princípio nelas consubstanciadas, e a situação nova só será validamente configurada com a promulgação da lei integrativa; c) se traçam esquema contrário a situações preexistentes, também invalidam as normas agasalhadoras dessas situações, e a nova situação somente poderá começar a ser formada com a promulgação da lei integrativa¹⁶.

2.3.2 Classificação

Como já mencionado anteriormente, as normas de eficácia limitada são divididas por José Afonso da Silva em duas categorias: as de princípio institutivo e as de princípio programático. Apesar de serem ambas consideradas como de eficácia limitada, possuem elementos que as diferenciam entre si. Vejamos a lição de José Afonso da Silva:

As programáticas envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social. As de princípio institutivo têm conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações. Têm, pois, natureza organizativa; sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos¹⁷.

Abordaremos cada um de forma mais detalhada adiante.

2.3.2.1 Normas de eficácia limitada de princípio institutivo

Normas de eficácia limitada de princípio institutivo são aquelas que contêm esquemas gerais, um como de início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades. Possuem princípio orgânico ou organizativo. O legislador constitucional reconheceu a importância de disciplinar a matéria relativa à

¹⁶ SIVA, José Afonso da. *Ob. Cit.* p. 132.

¹⁷ *Idem.* p. 125.

organização das instituições na Carta Constitucional, mas, por razões variadas, traçou apenas esquemas gerais e princípios, que deverão orientar o legislador infraconstitucional no momento de elaboração da norma integrativa.

Segundo José Afonso da Silva, “a caracterização fundamental das normas constitucionais de princípio institutivo está no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação”¹⁸. Entretanto, algumas dessas normas poderão produzir algum tipo de eficácia, mesmo que incompleta, antes que a legislação supletiva seja elaborada. Em suas palavras, as normas de princípio institutivo “são de eficácia limitada porque é o legislador ordinário que vai conferir executoriedade plena, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas. Não são, todavia, destituídas de aplicabilidade”¹⁹.

É um exemplo disso o art. 165, §9º, I da CRFB/88, que diz que cabe a lei complementar “dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual”. Apesar de a lei já existir²⁰, se a mesma não existisse, nem por isso deixariam de existir o exercício financeiro e o orçamento público, decorrentes de outros princípios e normas constitucionais plenamente eficazes.

Conforme esse entendimento, José Afonso da Silva assim as define:

São aplicáveis, independentemente da lei prevista, enquanto possam, o que se percebe pela configuração de elementos autônomos que contenham. Mas sua completa aplicabilidade depende de promulgação de lei integrativa. Esta, no caso, vale como instrumento de sua executoriedade²¹.

umas deixam margem maior para o poder discricionário do legislador, e outras deixam margem menor. Por exemplo, o art. 18 da CRFB/88 que prevê a criação dos territórios deixa grande margem à discricionariedade do legislador ao estatuir que “a criação do Território, sua transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão regulamentadas em lei complementar”; e também o art. 33 que diz que “a lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos

¹⁸ SIVA, José Afonso da. *Ob. cit.* p. 123.

¹⁹ *Idem.* p. 122

²⁰ Lei 4.320 de 17.03.1964

²¹ SIVA, José Afonso da. *Ob. Cit.* p. 135

Territórios”. Outras, todavia, deixam a cabo do legislador apenas aspectos secundários, como é o exemplo do art. 161 da CRFB/88: “cabe a lei complementar. I- definir valor adicionado para fins do disposto no art. 158, parágrafo único.”

Tendo em vista ser a principal característica dessas normas a necessidade de elaboração de normatividade integrativa, faz-se necessária a distinção das normas entre impositivas e facultativas, a fim de se estabelecer em quais casos há, de fato, a obrigatoriedade de legislar.

As normas impositivas constituem uma obrigatoriedade de o legislador emitir uma lei, ordinária ou complementar, para integrar a norma constitucional. Como exemplo, podemos citar o art. 33 da CRFB/88: “a lei *disporá* sobre a organização administrativa e judiciária dos territórios.”.

Já as normas facultativas apenas atribuem ao legislador poderes para regular a matéria, caso lhe seja conveniente. Dessa forma, este possuirá discricionariedade completa quanto à iniciativa dessa regulamentação. Um exemplo é o art. 22, parágrafo único da CRFB/88, que afirma que “lei complementar *poderá* autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”. Nesse caso, nota-se que a discricionariedade do legislador é integral – ele poderá regular a matéria caso lhe seja conveniente, mas não é obrigado a fazê-lo.

Em relação às normas facultativas, José Afonso da Silva ensina:

O legislador tem apenas uma faculdade. Quanto à iniciativa da lei, tem discricionariedade completa, não podendo sequer ser censurado moral ou politicamente se não a tomar, até porque, nesse caso, sequer cabe declaração de inconstitucionalidade por omissão. Fica, porém, vinculado ao texto constitucional se resolver disciplinar os interesses ou instituições consignados à sua discricção²².

2.3.2.2 Normas de eficácia limitada de princípio programático

Conforme classificado por José Afonso da Silva, normas de eficácia limitada de princípio programático são aquelas em que o constituinte traça linhas que

²² SIVA, José Afonso da. *Ob. Cit.* p. 134.

orientam a ação do Poder Público, como verdadeiros programas a serem seguidos. Nas palavras do autor:

Podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado²³.

Seguindo o mesmo raciocínio, Pontes de Miranda:

Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função²⁴.

São, em conclusão, normas que possuem eficácia limitada, com aplicabilidade mediata e indireta, que traçam programas diretores a serem cumpridos pelos Poderes Públicos.

Por serem de eficácia limitada, são, pois, normas que têm sua plena aplicabilidade condicionada à edição de normas ulteriores, que complementem sua eficácia e lhes garanta executoriedade. Dessa forma, não caracterizam direitos autênticos atuais, de imediata aplicabilidade. Sua aplicabilidade é dependente de emissão de normatividade futura. Nas palavras de Canotilho, podemos considerar tais normas “como linhas programáticas dirigidas ao legislador, e não como autênticas normas jurídicas imediatamente preceptivas e directamente aplicáveis pelos tribunais ou quaisquer outras autoridades²⁵”.

Conforme lição de José Afonso da Silva, são características básicas das normas de princípio programático:

I – São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômicos-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho; desenvolvimento

²³ SIVA, José Afonso da. *Ob. Cit.* p. 138.

²⁴ PONTES DE MIRANDA. *Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. I/126 e 127.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 1ª edição. Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 177.

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 jurídicos²⁶.

Conforme supramencionado, pode-se notar que as normas de princípio programático, em sua maioria, são aquelas definidoras de direitos e garantias sociais fundamentais. Aí encontramos um dilema, objeto deste trabalho e da maioria das contestações judiciais: a norma jurídica programática, mesmo que garantidora de direitos sociais, não possuirá plena eficácia até que se produza norma integradora?

Como bem assevera José Afonso da Silva, “o problema é buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática”²⁷.

A solução para tal dilema interpretativo, conforme o entendimento de Canotilho, é assumir que “as normas jurídicas que enunciam direitos individuais são de aplicabilidade imediata e direta”²⁸. Diante desse pressuposto, autor sustenta o seguinte entendimento:

As normas de caráter programático pressupõem ou até exigem a emanção de outros atos, mas não se pode concluir pela não preceptividade de tais normas. A sua disciplina é obrigatória e as directivas por ela definidas, longe de serem meros convites para legislar, assumem o caráter de verdadeiras imposições constitucionais de actividade legiferante”²⁹.

Segundo esse entendimento, as normas programáticas garantidoras de direitos sociais deverão possuir aplicabilidade imediata, regulando, na medida do possível, as situações concretas existentes na sociedade. Como as normas

²⁶ SIVA, José Afonso da. *Ob. Cit.* p. 150 e 151.

²⁷ *Idem.* p. 140.

²⁸ Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª edição, 1993, pp. 185 e ss.

²⁹ Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 1ª edição, 1991, p. 178.

programáticas apresentam verdadeiro imperativo de comportamento ativo por parte do legislador, sua inércia em editar tal legislação pode ser considerada inconstitucional. Nesse sentido, Canotilho:

Os direitos subjectivos a prestações, mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da constituição, podendo ser invocados [embora não judicialmente, diz ele] contras as omissões inconstitucionais do legislador. A força imediatamente vinculante que hoje se atribui a uma parte dos direitos fundamentais (os direitos, liberdades e garantias e os direitos de natureza análoga) pode e deve ser interpretada, no que respeita aos direitos e prestações, no sentido de fundamentar originariamente esses direitos, mesmo que não haja imposição constitucional dirigida expressamente ao legislador”³⁰.

Entretanto, ao contrário do que invoca Canotilho, a nossa constituição fundamenta até mesmo a possibilidade de invocação judicial contras as omissões constitucionais, conforme art. 5º, §1º e pelo mandado de injunção.

Apesar de algumas doutrinas que lhes negam juridicidade, as normas constitucionais de princípio programático possuem juridicidade e eficácia, ainda que reduzida, pois são verdadeiras normas jurídicas, e tão preceptivas como as outras. Negar-lhes juridicidade seria descartar a incidência de uma regra, por tachá-la de programática, e considerar que sua enunciação sugere apenas programas, mas que se não confirmados pela legislação ordinária, não existiriam. Seria, assim, a caracterização como programática de toda norma constitucional incômoda. Conforme José Afonso da Silva, “o fato de dependerem de providências institucionais para sua realização não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida, como imposição constitucional aos órgãos públicos. São, por isso, também aplicáveis nos limites dessa eficácia”³¹.

Não são, portanto, destituídas de eficácia. Possuem caráter imperativo ao impor limites à autonomia de certos sujeitos, ao ditar comportamentos públicos em relação aos direitos a serem regulados. Nas palavras de José Afonso da Silva:

O comportamento e comando, dela resultantes, criam uma situação não apenas de expectativa, mas de vantagem efetiva, ainda que diminuta, em favor de todos aqueles sujeitos que se acham em

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra, Coimbra Editora, 1983, pp. 370 e 371.

³¹ SIVA, José Afonso da. Ob. cit. p.155.

condições de se beneficiar com a vantagem de sua aplicação e observância. Decorre disso um vínculo jurídico inequívoco, que constitui o enlace entre os sujeitos da relação nelas fundada, caracterizando a bilateralidade atributiva essencial a toda regra de direito.³²

Cada vez mais é reconhecido o caráter vinculativo das normas programáticas. Conforme Celso Antônio Bandeira de Melo, as normas de princípio programático expressam “apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra”³³. Vinculam, assim, a atividade legislativa, apesar de garantirem sua discricionariedade para adotar o melhor meio para atingir o objetivo fixado pela norma.

Como efeito, por possuir juridicidade, as normas programáticas vinculam o Poder Legislativo, sendo considerada inconstitucional qualquer norma ordinária que contrarie as disposições lá contidas. Apesar de não conseguirem constranger juridicamente o legislador a editar a norma supletiva, o compelem a não seguir programa diverso do estipulado. Há condicionamento do legislador ordinário, mas também da administração e da jurisdição, cujos atos não de respeitar os princípios nela consagrados.

Assim, as normas que consagram os direitos sociais, ainda que sejam programáticas, vinculam os órgãos estatais. Conforme Canotilho:

O Poder Legislativo não pode emanar leis contra esses direitos, e, por outro lado, está vinculado à adoção das medidas necessárias à sua concretização; ao Poder Judiciário está vedado, seja através de elementos processuais, seja nas próprias decisões judiciais, prejudicar a consistências de tais direitos; ao poder executivo impõe-se, tal como ao legislativo, actuar de forma a proteger e impulsionar a realização concreta dos mesmos direitos³⁴.

Quanto à necessidade de edição de legislação futura que integre a eficácia das normas de caráter programático, podemos observar dois tipos de normas, quais

³² SIVA, José Afonso da. *Ob. Cit.* p.154

³³ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. Tese apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Florianópolis, 1982, p. 18.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 1ª edição. Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 184

sejam: as que mencionam expressamente a necessidade de edição de legislação futura e as que não fazem menção expressa. Quando há menção expressa a uma legislação futura, as normas dependerão da atividade do legislador e estão vinculadas ao princípio da legalidade. Já as que não mencionam legislação futura estão direcionadas aos Poderes Públicos ou aos agentes da ordem econômica e social em geral. Nas palavras de José Afonso da Silva:

Há normas programáticas que mencionam uma legislação futura para atuação positiva do progresso previsto, enquanto outras não a indicam. Isso tem importância, porque vincula os programas das primeiras ao princípio da legalidade, ficando dependentes de atividade do legislador e de sua discricionariedade – ao passo que as demais vinculam todo o Poder Público -, e abre campo à discricionariedade da legislação, da administração e da jurisdição (até onde possam), nem sempre carecendo de lei para seu cumprimento³⁵.

Vejamos alguns exemplos abaixo:

- a) normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade: art 7º, XI: “a participação nos lucros, ou resultados, desvinculada de remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, *conforme definido em lei*”; art. 7º, XX: “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, *nos termos da lei*”; art. 7º, CCVII: “proteção em face da automação, *na forma da lei*”; art. 218, §4º: “a lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho”.
- b) normas programáticas referidas ao Poderes Públicos: art. 184: “competete a União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”; art. 216, §1º: “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de

³⁵ SIVA, José Afonso da. *Ob. Cit.* p. 147

inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Resta claro, portanto, que as normas constitucionais de caráter programático, apesar de possuírem eficácia limitada, quando regulam direitos sociais fundamentais terão sua aplicabilidade imediata, no que couber. Isso significa dizer que, ao regular direitos sociais, a norma será plenamente aplicável e eficaz, antes mesmo que seja elaborada sua normatividade ulterior integradora. Isso porque não se pode permitir que tais direitos não sejam garantidos por conta de eventual inércia legislativa. E aqui chegamos no entendimento principal deste primeiro capítulo – os direitos sociais, mesmo que exijam normatividade posterior que integre sua eficácia, devem ser aplicados imediatamente, no que couber.

No tocante ao assunto específico acima mencionado, qual seja, a possibilidade e necessidade de aplicação imediata das normas constitucionais garantidoras de direitos sociais – ainda que programáticas – tornou-se relevante a apresentação de forma separada da classificação defendida por Luis Roberto Barroso. O objetivo do autor, em obra publicada com este propósito, foi de organizar a classificação dessas normas constitucionais de forma a maximizar sua aplicabilidade, coibindo possibilidades de eventuais omissões do Poder Legislativo.

36

2.4 Eficácia das normas e direitos sociais

Com o objetivo de reduzir a discricionariedade dos poderes públicos na aplicação da Lei Fundamental e propiciar um critério mais científico à interpretação constitucional pelo Judiciário, notadamente no que diz respeito aos comportamentos omissivos do Executivo e Legislativo, Luís Roberto Barroso, propôs a seguinte classificação:

A) Normas constitucionais que têm por objeto organizar o exercício do poder político: **NORMAS CONSTITUCIONAIS DE ORGANIZAÇÃO;**

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. 1ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 1990.

B) Normas constitucionais que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos: NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITOS;

C) Normas constitucionais que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado: NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS.³⁷

O estudo em questão é relevante, e, conforme já mencionado, está sendo propositalmente tratado de forma apartada, tendo em vista que seus pressupostos e conclusões nos levam a um entendimento mais cristalizado com relação ao objeto deste trabalho. A nova divisão proposta por Barroso facilita o estudo da omissão inconstitucional e permite a adoção de posturas menos conservadoras, no sentido de maximizar a aplicação das normas constitucionais garantidoras de direitos sociais fundamentais. Veremos o porquê mais adiante.

As primeiras, chamadas de normas de organização, seriam as que se “destinam a disciplinar comportamento de indivíduos ou grupo; têm um caráter instrumental e precedem, logicamente, a incidência das demais. É que, além de estruturarem organicamente o Estado, as regras dessa natureza disciplinam a própria criação e aplicação das normas de conduta³⁸”.

Segundo ensinamentos do próprio autor:

Há, portanto, em toda Lei fundamental, uma específica categoria de regras, como uma estrutura normativa própria, destinada à ordenação dos poderes estatais, à criação e estruturação de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas atribuições, bem como à identificação e aplicação de outros atos normativos. Tais são *normas constitucionais de organização*, também referidas como “normas de estrutura ou de competência³⁹”.⁴⁰

Num paralelo com a classificação de José Afonso da Silva, podemos equipará-las às normas de princípio institutivo.

³⁷ BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit. p.85

³⁸ Idem. p. 87.

³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro & BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1982, p. 78.

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit. p. 86

Já as últimas são chamadas de normas constitucionais definidoras de direitos, ou seja, que abrangem os direitos fundamentais em três categorias: direitos políticos, direitos individuais e direitos sociais.⁴¹; e de normas constitucionais programáticas, “aquelas indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Estas normas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público”⁴².

Ao iniciar essa explicação, podemos perceber desde já que José Afonso da Silva e Luis Roberto Barroso apresentam discordâncias com relação à denominação de uma norma como sendo de princípio programático. Isso porque o primeiro as considera de forma generalizada, como sendo todas as normas que estabelecem programas, dependentes de atuação posterior legislativa ou do Poder Público; enquanto que o último as divide em normas definidoras de direitos e normas programáticas. Como veremos, essa divisão tem por principal motivo a defesa do ponto de vista de que as normas definidoras de direitos (consideradas por José Afonso da Silva como programáticas também) devem possuir sua aplicabilidade imediata, mesmo que careça da norma posterior exigida na Constituição. Vejamos abaixo.

2.4.1 Diferenças entre normas programáticas e normas definidoras de direitos

Normas constitucionais definidoras de direitos, como o próprio nome já diz, são aquelas que definem os direitos constitucionais, que podem ser divididos em três categorias: direitos políticos, direitos individuais e direitos sociais.⁴³ Os direitos políticos abrangem o direito de nacionalidade e cidadania. Os direitos individuais são aqueles chamados de “liberdade públicas”. Nas palavras de Barroso:

Talhados no individualismo liberal e dirigidos a proteção dos valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares.⁴⁴

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit p.90.

⁴² Idem. p. 107.

⁴³ Idem. p. 90.

⁴⁴ Idem. p. 91.

Já os direitos sociais são aqueles que criam, para o Estado, deveres de prestações positivas, que visem à melhoria das condições de vida e promoção da igualdade material.

Dessa forma, enquanto os direitos individuais funcionam como escudo protetor em face do estado, os direitos sociais operam como “barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos”⁴⁵.

Por bastante tempo, se sustentou a tese de que os direitos incorporados às Constituições não seriam mais que princípios filosóficos e morais, sem possuir valor jurídico. Entretanto, conforme afirma Luís Roberto Barroso, “modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua tríplice tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais”⁴⁶. Nesse sentido, de acordo José Afonso da Silva, que, como acima referenciado, também defendia a garantia de juridicidade das normas que chamou de programáticas, mesmo que sua eficácia estivesse limitada à edição de uma norma regulamentadora ulterior.

As regras que estatuem os direitos sociais produzem alguns efeitos, que dão aos jurisdicionados três tipos de posições jurídicas: (i) geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; (ii) ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; e (iii) contemplam interesses cuja realização depende de edição de norma infraconstitucional integradora.⁴⁷ Estas últimas são as de maior interesse para este estudo.

Conforme entendimento do autor, as normas definidoras de direitos são concedidas diretamente pelo constituinte, deixando a cargo do legislador infraconstitucional apenas a regulamentação desses direitos. Dessa forma, deverão possuir aplicabilidade imediata, no que couber. Nas palavras de Barroso:

Remarque-se que a Constituição não delega ao legislador competência para conceder aqueles direitos; concede-os ela própria.

⁴⁵ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. Tese apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Florianópolis, 1982. p. 8.

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit. p. 97.

⁴⁷ Idem. p. 99 e 100.

Ao órgão legislativo cabe, tão-somente, instrumentalizar sua realização, regulamentando-os. Faltando a esse dever, dá ensejo à inconstitucionalidade por omissão, disfunção para a qual a doutrina e o direito positivo vêm buscando soluções eficazes.⁴⁸

Segundo posicionamento defendido pelo autor, quando a norma constitucional assegura um direito, essa será uma norma definidora de direito, devendo ser imediatamente aplicável, mesmo que determine regulamentação posterior. Se assim não o fosse, estaríamos subvertendo os princípios basilares da ordem constitucional, assumindo que a edição de norma infraconstitucional condicionasse a aplicabilidade de um direito garantido constitucionalmente. Entretanto, se a norma apenas definir um programa, sem estatuir direitos, aí será considerada programática e terá sua eficácia reduzida. Na lição de Barroso:

Onde se lhe assegurar um direito, saber-se-á que se encontra ele investido no poder jurídico de exigir prontamente uma prestação, via Poder Judiciário, sempre que o sujeito passivo deixar de satisfazê-la. Onde se cuidar de um simples programa de ação futura, não será utilizada, por via direta ou indireta, a palavra direito⁴⁹

Diante disso, nota-se uma distinção quanto à abordagem realizada por José Afonso da Silva. Este defendia a tese da eficácia limitada das normas programáticas (que englobavam também as definidoras de direitos sociais), necessitando as mesmas de regulamentação posterior para que pudessem ser aplicáveis concretamente. Já Luis Roberto Barroso elabora classificação que distingue as normas que definem os direitos sociais das normas meramente programáticas, garantido àquelas aplicabilidade plena e imediata, mesmo diante de mandamento constitucional que exija regulamentação posterior do direito garantido.

Nesse contexto, Barroso classifica as normas constitucionais como sendo programáticas quando possuem indicações dos fins sociais a serem alcançados pelo Estado, estabelecendo princípios ou fixando programas de ação para o Poder Público.⁵⁰ Essas sim, apartadas conceitualmente das normas definidoras de direitos, são semelhantes às normas que José Afonso da Silva classificou como sendo de eficácia limitada definidoras de princípio programático (já supra-analisado).

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto, ob. Cit. p. 100 e 101.

⁴⁹ Idem. p. 103.

⁵⁰ Idem. p. 107.

Conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Melo, a posição jurídica dos administrados quanto a essas normas programáticas é menos consistente, pois não lhes confere fruição nenhuma, nem lhes permite que se lhes dê o desfrute de algo. Assim, as regras dessa categoria apenas explicitam fins, sem indicação dos meios previstos para alcançá-los. Por tal razão, não chegam a conferir aos cidadãos uma utilidade substancial, concreta, fruível, positivamente exigível quando negada.⁵¹

Quanto aos efeitos das normas programáticas, podemos analisá-los por dois parâmetros. Quando a produção de resultados é transportada para um momento futuro, o controle da efetivação da norma de torna muito frágil, visto que a realização do comando constitucional fica vinculado à discricionariedade estatal, que atuará por sua oportunidade e conveniência. Assim, exclui-se a intervenção judicial para garantir sua efetiva concretização.

Entretanto, quando se trata de norma com efeitos imediatos, que se dirigem diretamente ao Legislativo no sentido de editar leis, assim como à Administração e ao Judiciário para aplicá-las, quaisquer atos desses poderes que se desviem do propósito explicitado na constituição estarão sujeitos ao controle de constitucionalidade. Assim, os atos de quaisquer dos três poderes que contrariem os comandos constitucionais estarão viciados por inconstitucionalidade, pronunciável pela instância competente.⁵²

Conclui-se, portanto, que o fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isso, programática. E com relação aos efeitos, torna-se cada vez mais evidente que, quando a norma é definidora de direitos, ela criará um direito subjetivo para os jurisdicionados, que poderão cobrar uma atuação positiva do Estado. Entretanto, ao se tratar de normas programáticas, não haverá tal direito subjetivo, mas um efeito indireto, qual seja, um dever negativo do Estado, de se abster de condutas antagônicas ao mandamento constitucional programático. Nas precisas palavras de Barroso:

⁵¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. Tese apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Florianópolis, 1982. p. 18 e 29.

⁵² BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit. p. 109.

Em verdade, as normas programáticas não se confundem, por sua estrutura e projeção no ordenamento, como normas definidoras de direitos. Elas não prescrevem, detalhadamente, uma conduta exigível, vale dizer: não existe, tecnicamente, uma dever jurídico que corresponda a um direito subjetivo. Mas, indiretamente, como efeito, por assim dizer, atípico, elas invalidam comportamentos que lhes sejam antagônicos. Nesse sentido, é possível dizer-se que existe um dever de abstenção, ao qual corresponde um direito subjetivo de exigí-la.⁵³

2.4.2 Aplicabilidade dos direitos sociais

Como já demonstrado, as normas jurídicas possuem força normativa e, em sua maioria, são aptas a produzir efeitos concretos independentemente de regramento infraconstitucional ulterior. Entretanto, uma das dificuldades que encontramos ultimamente é a garantia dos direitos sociais, visto que, frequentemente, ele se encontram na Constituição repletos de normas programáticas, sem que se possa discriminar as hipóteses em que existem prestações positivas exigíveis.

A Constituição de 1988 traz esse preceito de forma expressa em seu art 5º, §1º: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Ainda que esse pensamento pareça lógico, o legislador constituinte fez questão de colocá-lo expressamente no texto constitucional. Nas palavras de Barroso, “conquanto isso pareça uma obviedade, tem sido ela tão longamente negligenciada que diversas Constituições modernas de viram na contingência de declarar expressamente a aplicabilidade imediata dos preceitos fundamentais”.⁵⁴

José Afonso da Silva compartilha de similar entendimento. Segundo ele e conforme estatui o referido art 5º, §1º da CRFB/88, mesmo que sejam de eficácia limitada, as normas que definem direitos e garantias fundamentais:

serão aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantidas, não pode deixar de aplicá-las, conferindo

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit. p. 110.

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*.. 7ª edição. São Paulo, Saraiva, 2009. p 138

ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.⁵⁵

Por certo, a competência para aplicar as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais referidas no artigo acima mencionado, quando descumpridas pelo seu destinatário, é do Poder Judiciário. Depreende-se da leitura desse artigo que “a ausência de lei integradora, quando não inviabilize a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante o que se extrai do art 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”⁵⁶

2.5 Classificação de Maria Helena Diniz

Apenas para referência, e com o objetivo de tornar o estudo da aplicabilidade das normas constitucionais completo, é relevante, aqui, fazer referência à classificação elaborada por Maria Helena Diniz⁵⁷. Tendo por base os critérios elaborados por José Afonso da Silva, explicados e detalhados acima, a autora redenominou as eficácias, sem, portanto, modificar seu sentido. Vejamos abaixo:

As normas de eficácia plena permaneceram com a mesma denominação. Nas palavras de Maria Helena Diniz:

são plenamente eficazes..., desde sua entrada em vigor, para disciplinarem as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação, por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos, já que, apesar de suscetíveis de emenda, não requerem normação sub-constitucional subsequente. Podem ser imediatamente aplicadas.

As normas classificadas por José Afonso da Silva como sendo de eficácia contida, foram denominadas pela autora de *normas com eficácia relativa restringível*. A autora considerou a denominação mais adequada às normas em questão, pelos motivos explanados abaixo:

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. Ob. Cit. p. 165

⁵⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*.. 7ª edição. São Paulo, Saraiva, 2009. p 139 e 140.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1992. P. 98-103

[correspondem] às de eficácia contida de José Afonso da Silva, mas, aceitando a lição de Michel Temer, preferimos denominá-la normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível, por serem de aplicabilidade imediata ou plena, embora sua eficácia possa ser reduzida, restringida nos casos e na forma que a lei estabelecer; têm, portanto, seu alcance reduzido pela atividade legislativa. São preceitos constitucionais que receberam do constituinte normatividade capaz de reger os interesses, mas contêm, em seu bojo, a prescrição de meios normativos ou de conceitos que restringem a produção de seus efeitos. São normas passíveis de restrição.

Já as normas chamadas de normas de eficácia limitada por José Afonso da Silva foram conceituadas pela autora como *normas de eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação*, conforme a mesma examina abaixo:

há preceitos constitucionais que têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior, ou seja, de lei complementar ou ordinária, que lhes desenvolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou benefício consagrado. Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem. Não recebem, portanto, do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, porque ele deixou ao Legislativo tarefa de regulamentar a matéria, logo, por esta razão, não poderão produzir todos os seus efeitos e imediato, porém têm aplicabilidade mediata, já que incidirão totalmente sobre os interesses tutelados, após o regramento infraconstitucional. Por esse motivo, preferimos denominá-las *normas constitucionais com eficácia relativa dependente de complementação legislativa*.

Entretanto, apesar de mudanças na nomenclatura, Maria Helena Diniz manteve o entendimento de José Afonso da Silva com relação a interpretação da eficácia das normas. Porém, a autora criou uma quarta classificação, inédita até então.

Essa nova classificação diz respeito às normas constitucionais que não só possuem eficácia plena, mas também são imutáveis – não podem ser emendadas ou modificadas. É o caso das cláusulas pétreas. Maria Helena Diniz as denominou como *normas de eficácia absoluta*. São elas:

as intangíveis; contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Daí conterem uma força paralisante total de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las. Distinguem-se,

portanto, das normas constitucionais de eficácia plena, que, apesar de incidirem imediatamente sem necessidade de legislação complementar posterior, são emendáveis. Por exemplo, os textos constitucionais que amparam a federação (art. 1º), o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14), a separação de poderes (art. 2º) e os direitos e garantias individuais (art 5º, I a LXXVII), por serem insuscetíveis de emenda são inatingíveis, por força dos arts. 60, §4º, e 34, VII, *a e b*.

2.6 Síntese

Tendo em vista o acima exposto, a classificação da eficácia das normas constitucionais constitui a base para o entendimento e caracterização da omissão inconstitucional e, por conseguinte, do cabimento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Isso se dá porque, se no texto constitucional há uma norma mandatória, exigindo posterior regulamentação ordinária ou complementar por parte do poder legislativo ou do poder público, ao não cumpri-la e permanecer inerte, a omissão legislativa será considerada inconstitucional – porque vai de encontro aos mandamentos positivados pelo constituinte, que devem a todos vincular.

Entendidos e explanados exhaustivamente os conceitos de aplicabilidade das normas constitucionais, em especial as classificadas pela doutrina como sendo de eficácia limitada e/ou definidoras de direitos sociais, passamos para a abordagem do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Tem-se como objetivo entender e analisar quais são e como funcionam os mecanismos jurídicos para controlar a compatibilidade das normas legais com a Constituição; e, com finalidade última, entender os meios pelos quais se possa garantir juridicamente a aplicabilidade das normas constitucionais.

Como veremos adiante, existem meios judiciais pelos quais os sujeitos lesados pela não concessão de tais direitos podem reivindicá-los. Portanto, diante da caracterização da omissão legislativa em casos em que o mandamento constitucional é imperativo, caberá ação judicial para concretização desses direitos constitucionalmente garantidos.

3 CONTROLE DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Como vimos no decorrer deste trabalho, não é possível e nem viável que o constituinte regule todos os assuntos diretamente, de forma que o mesmo atribui ao Poder Legislativo a função de editar leis futuras que garantam executoriedade às normas não aplicáveis imediatamente – as normas chamadas de eficácia limitada. O exercício da atividade legislativa, entretanto, será sempre vinculado à Constituição, em virtude de sua hierarquia.

Nesse sentido, preleciona José Afonso da Silva:

Em verdade, não pode o constituinte regular tudo diretamente, nem é oportuno que o faça; confere ele, então, ao Poder Legislativo ordinário a tarefa de desenvolver princípio fundamental já sancionado na própria norma, mantendo, todavia, sua supremacia.⁵⁸

Correlacionando o princípio da supremacia com controle de constitucionalidade, Luis Roberto Barroso deixa clara lição de como ele se aplica, na dupla vertente de controle de constitucionalidade a ser abordada mais adiante:

É por força da supremacia da Constituição que o intérprete pode deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto que lhe caiba apreciar – controle incidental de constitucionalidade – ou o Supremo Tribunal Federal pode paralisar a eficácia, com eficácia *erga omnes*, de uma norma incompatível com o sistema constitucional (controle *principal* ou por ação direta).⁵⁹

Passemos, portanto, à análise do princípio da supremacia da constituição como forma quase que imprescindível de entender o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Em decorrência disso, chegaremos à finalidade precípua deste estudo: analisar a ação por meio da qual se realiza o controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão e quais as consequências das decisões proferidas acerca do tema.

⁵⁸ SIVA, José Afonso da. *Ob. cit.* p. 94.

⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª edição. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 372

3.1 Princípio da supremacia da constituição

O princípio basilar que norteia o sistema de controle de constitucionalidade é o da supremacia da constituição, que a torna hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico, em decorrência da rigidez constitucional.

A CRFB/88 é considerada um dos maiores exemplos de constituição rígida. Formalmente, isso significa que o procedimento para sua reforma é mais rígido do que o adotado para as demais normas infraconstitucionais, tornando, assim, as normas constitucionais superiores a estas. Na lição de Luís Roberto Barroso:

A rigidez constitucional traduz a necessidade de um processo especial para reforma da Constituição, distinto e mais complexo do que o necessário para a edição das leis infraconstitucionais, e que no caso brasileiro incluem *quorum* e procedimentos diversos, além de limitações materiais e circunstanciais.⁶⁰

No aspecto material, ser rígida significa que suas normas são dotadas de imperatividade. Dessa forma, por também possuir força vinculante, exige que tanto os órgãos públicos quanto os cidadãos ajam em conformidade com os mandamentos constitucionais, seja de forma comissiva ou omissiva. “A inobservância dessas prescrições formais e materiais deflagra um mecanismo de proteção da Constituição [...], batizado entre nós de ‘controle de constitucionalidade’”⁶¹

Nesse sentido, conforme afirma José Afonso da Silva, “da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da Constituição”⁶². Dessa forma, a rigidez constitucional dá origem à concepção de superioridade das normas constitucionais em detrimento do restante do ordenamento jurídico. Nas constituições rígidas existe hierarquia formal entre as normas, de forma que a norma constitucional é considerada hierarquicamente superior às normas ordinárias, consagrando o princípio da supremacia da constituição.

Assim, resta claro que os mandamentos constitucionais são de extrema relevância para a formação do ordenamento jurídico. Por conseguinte, essas normas

⁶⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª edição. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 167.

⁶¹ Idem, p. 168.

⁶² SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 35ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2012, p. 45

devem ser cumpridas e estritamente respeitadas, por serem o alicerce do Estado de Direito. Nesse sentido, José Afonso da Silva:

[a constituição] é, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará a sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.⁶³

Nesse contexto, quando uma norma constitucional expressamente dispõe um dever ao legislador, este deve cumpri-lo. Mas não é o que sempre acontece. Na realidade atual brasileira, diante de uma constituição repleta de normas programáticas carentes de legislação que complemente sua eficácia, muitos dos direitos (principalmente sociais) previamente protegidos pelo constituinte ficam abandonados diante da inércia legislativa em editar sua complementação.

Eis este o tema em questão: diante da inércia do Poder Legislativo quanto a um mandamento constitucional, quais são os mecanismos judiciais eficazes para exigir o suprimento da lacuna legislativa? De que forma esses direitos constitucionalmente garantidos poderão ser, de fato, exercidos?

A resposta não é simples, mas a Constituição, em seu art. 103, § 2º, nos traz o vislumbre de uma solução:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

O texto constitucional deixa claro que, se o Poder Legislativo possui um poder-dever de tomar qualquer medida para “tornar efetiva a norma constitucional” e não o faz, essa omissão será inconstitucional.

Abordemos abaixo o instituto do controle de constitucionalidade.

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 35ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2012, p. 45

3.2 Controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é um instituto criado como forma de impedir que normas contrárias às disposições da Constituição vigente possuam eficácia no ordenamento jurídico. A função do controle, portanto, é garantir a eficácia dos preceitos fundamentais, sendo esta baseada na supremacia da Constituição sobre as demais normas infraconstitucionais, devendo todo o ordenamento estar em consonância com a Lei Fundamental.

Fazendo uma abordagem simples, com o objetivo único de situar e inserir o instituto do controle de constitucionalidade no tema “omissão inconstitucional”, faz-se necessária a distinção dos dois mecanismos de controle adotados no Brasil: controle difuso/concreto e controle concentrado/abstrato.

O modelo difuso do controle de constitucionalidade possui origem americana, pautada no precedente do caso *Marbury x Madison*⁶⁴, sendo considerada por Barroso, “a mais célebre decisão judicial de todos os tempos”⁶⁵.

Com clareza, o *Chief Justice* da Suprema Corte norte-americana, John Marshall, contrapôs as Constituições rígidas às Constituições flexíveis, evidenciando enquanto pressuposto lógico da opção pela rigidez constitucional o Princípio da Supremacia da Constituição. Assim, ou a Constituição é lei fundamental e qualquer órgão jurisdicional frente ao exame de uma lei que com esta colida, deve considerá-la nula, afastando-a, ou reduzir-se-ão as constituições escritas a absurdas tentativas de limitar um poder que é, por natureza, ilimitável.⁶⁶

Consolidava-se, assim, o *judicial review of legislation*, o sistema difuso e concreto de fiscalização da constitucionalidade das leis, aclamado por toda doutrina como a principal garantia dos direitos e liberdades individuais, e reconhecidamente, um dos maiores contributos do constitucionalismo norte-americano ao Direito constitucional moderno.

⁶⁴ Para uma melhor abordagem do eminente decisão do juiz Marshall v. BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva Ed., 1996, p. 156 e segs.

⁶⁵ *Idem*, p. 156.

⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, Trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sergio Fabris Ed.1992, p.48.

De acordo com esse modelo, qualquer juiz – membro do Poder Judiciário – ao julgar qualquer caso concreto, poderá deixar de aplicar uma lei que entenda ser inconstitucional. Por isso chamado difuso ou concreto: difuso porque poderá ser realizado em qualquer instância, por qualquer juiz; e concreto porque é realizado no decorrer do julgamento de qualquer caso concreto.

Em decorrência disso, os efeitos de tal declaração de inconstitucionalidade somente atingirão as partes do processo (efeitos *inter partes*), não vinculando os demais.

Importante ressaltar que, no sistema de controle difuso, a questão da inconstitucionalidade da lei sempre possui caráter incidental, ou seja, nunca é julgada no dispositivo, pois seria como “tirar” a lei do ordenamento jurídico.

Já o modelo de controle concentrado possui justamente esse propósito: “atacar” a lei em abstrato, ou seja, fora de um caso concreto, com o objetivo único de declará-la inconstitucional. Por isso também chamado de controle abstrato de constitucionalidade.

Kelsen, com intuito de salvaguardar a supremacia da constituição enquanto norma fundamental, preservando a coerência e a higidez de todo o ordenamento jurídico, desenvolveu o sistema concentrado e abstrato de controle de constitucionalidade das leis, consagrado inicialmente na constituição da Áustria de 1920; e que viria a se difundir pela maioria dos ordenamentos europeus e até mesmo fora da Europa após a Segunda Guerra Mundial. Para isso, configura o ordenamento jurídico como uma pirâmide normativa, na qual o fundamento de validade de uma norma, somente poderia assentar em outra norma superior. Esta estrutura hierárquica de diferentes graus de criação do direito tem em seu ápice uma norma fundamental, a constituição.⁶⁷ À constituição caberia regular a produção das demais normas jurídicas, funcionando como parâmetro de validade das leis.

Nesse sistema, a inconstitucionalidade é o objeto principal da ação judicial, e não arguida incidentalmente. Trata-se de processo objetivo, no qual não há partes nem interessados, onde se visa apenas a análise da constitucionalidade de certa lei.

⁶⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do direito e do Estado*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1990. p. 325 e segs.; e *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1987, p.64 e segs.

A questão da inconstitucionalidade é resolvida, portanto, no dispositivo. Por conta disso, as decisões oriundas desse processo possuirão efeitos *erga omnes*, vinculando a todos.

Essa forma de controle – concentrado ou abstrato – é a que nos interessa para que cheguemos os propósitos deste trabalho. Veremos abaixo que a omissão do Poder Legislativo em editar lei que garanta aplicabilidade às normas constitucionais, quando exigida, é inconstitucional. Esta inconstitucionalidade poderá ser arguida mediante ação direta (controle concentrado), diante do Supremo Tribunal Federal. Analisado o cabimento de tal ação, pode-se estudar o posicionamento do Tribunal assim como efetividade das decisões por ele proferidas.

3.3 Inconstitucionalidade por omissão

Como já assinalado, a Constituição é um corpo de normas jurídicas que regulam a conduta tanto dos órgãos estatais quanto dos cidadãos. Vulnera-se a imperatividade de uma norma quer quando se faz aquilo que ela proíbe quer quando se deixa de fazer o que ela determina. Em outras palavras, a Constituição é suscetível de descumprimento tanto por ação quanto por omissão.

Quando o descumprimento ocorre por um comportamento comissivo, o ordenamento jurídico prevê uma série de mecanismos para remediar a inconstitucionalidade, paralisando ou suprimindo os efeitos do ato inconstitucional (v. item 3.2 supra). Entretanto, quando a inconstitucionalidade se revela por um comportamento omissivo, a ordem jurídica não prevê a hipótese de mecanismos tão eficazes. Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

Quando a inconstitucionalidade se manifesta através de *non-facere*, a ordem jurídica não se encontra eficientemente aparelhada para sancionar e sanar a omissão ou inércia do sórgãos estatais. Sem embargo, a doutrina vem se dedicando ao tema, buscando soluções que, embora timidamente, já se incorporam ao direito positivo ou à prática jurisprudencial de alguns países.⁶⁸

Vale ressaltar que não é qualquer omissão do Poder Legislativo que pode ser considerada inconstitucional. Para os fins de arguição de inconstitucionalidade por

⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit. p. 153

omissão, deve-se entender o conceito de “omissão inconstitucional” como a inércia do Poder Legislativo em elaborar lei exigida por mandamento constitucional. Nas claras e sábias palavras de Barroso:

A simples inércia, o mero *não fazer*, por parte do legislador, não significa que este esteja diante de uma omissão inconstitucional. Esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. A inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo.⁶⁹

Nesse contexto, torna-se indispensável o entendimento da dicotomia *princípio da discricionariedade x efetivo cumprimento das normas constitucionais*. O Poder legislativo goza de autonomia para decidir em quais casos irá legislar e como fará a regulamentação de certos temas. Entretanto, o mesmo está sempre vinculado às disposições constitucionais. Sua discricionariedade, portanto, fica condicionada aos mandamentos da Constituição. Quando uma norma constitucional impõe ao Legislativo um dever de editar lei regulamentadora e o mesmo permanece inerte, aí sim estaremos diante de um caso de inconstitucionalidade por omissão. Novamente, Barroso:

Normalmente o legislador tem a faculdade – e não o dever – de legislar. Insere-se no âmbito próprio de sua discricionariedade a decisão acerca da edição ou não de uma norma jurídica. De regra, sua inércia não caracterizará um comportamento inconstitucional. Todavia, nos casos em que a Lei maior impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará um caso de inconstitucionalidade por omissão.⁷⁰

Por bastante tempo, predominava o entendimento de que o ordenamento jurídico não continha previsão de remédio eficaz para neutralizar a inércia do legislador. Tome-se, como exemplo, o posicionamento de José Afonso da Silva:

Se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional, mas este é insindicável e incontrollável jurídica e jurisdicionalmente; primeiro porque, como adverte Levi, ninguém é legitimado para o exercício de uma pretensão jurídica objetivando o adimplemento de tal prestação por parte dos órgãos legislativos, isto é, ninguém tem direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, ainda que determinada no texto da

⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit. p. 156.

⁷⁰ Idem. p. 156 e 157.

constituição; segundo e conseqüentemente, porque a omissão se revela como *questão política*, que escapa à apreciação judicial.⁷¹

As dificuldades em se reconhecer a inconstitucionalidade por omissão residem no fato de não terem os cidadãos direito subjetivo de exigir prestações positivas do Estado no que diz respeito à atividade legislativa. Com efeito, observa Canotilho que a inconstitucionalidade por omissão é um instituto que reflete as insuficiências resultantes da redução do Estado de direito democrático “aos processos” e instrumentos típicos dos ordenamentos liberais. Segundo ele, a doutrina não reconhece um direito subjetivo dos cidadãos à atividade legislativa. Embora haja um dever jurídico-constitucional para o legislador no sentido de editar as regras legislativas necessárias a tornar exequíveis os comandos da Constituição, a esse dever não corresponde, automaticamente, um direito fundamental à legislação.⁷²

A constituição de 1988, no trato da omissão inconstitucional, previu dois mecanismos de controle da omissão: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O Mandado de Injunção encontra-se previsto no art 5º, LXXI, *in verbis*:

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

A princípio, o mandado de injunção destina-se à solução de casos concretos, em que a omissão impugnada é suprida por ordem judicial, cujos efeitos se produzem estritamente *inter partes*.⁷³

Correlacionado com o art 5º, §1º, já supra citado, possui como função fazer valer, no interesse do impetrante, um direito ou prerrogativa previsto em norma constitucional cujo exercício é inviabilizado por falta de regulamentação.⁷⁴

Diante de tal mecanismo, quando a ausência de regulamentação impossibilitar o exercício de direitos inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, será cabível a impetração de mandado de injunção, como remédio constitucional apto a controlar

⁷¹ SILVA, José Afonso da. Ob. Cit.p. 118

⁷² CANOTILHO, ob cit. p. 832

⁷³ BARROSO, Luis Roberto. Ob. cit. p. 165.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. Ob. Cit. p. 165 e 166

concretamente a eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos ou de eficácia limitada.

Já o controle concentrando e abstrato, alvo deste estudo, poderá ser realizado concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no §2º do art. 103 da CRFB/88, *in verbis*:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

Aqui, não será qualquer cidadão legitimado ativo para o ajuizamento da ação direta, mas somente aqueles enumerados no art. 103 da CRFB/88⁷⁵:

Destaca-se, ainda o fato de que o Advogado Geral da União não será intimado com o objetivo de defender a lei impugnada, como nas outras ações diretas, visto que, no caso, não há lei impugnada a ser defendida.

Pela leitura deste artigo, nota-se distinção relevante no que diz respeito ao órgão responsável pela omissão. Se o órgão for administrativo, a norma possui caráter mandamental e o agente competente para sanar a omissão poderá ser responsabilizado administrativa e criminalmente se permanecer inerte.⁷⁶

Entretanto, no que diz respeito à omissão do Legislador, não há tratamento nem sanção semelhante. Preconiza a constituição que, diante de omissão inconstitucional por parte do Poder Legislativo, será dada ciência ao mesmo para adoção das medidas necessárias. De forma crítica, afirma Luis Roberto Barroso:

Dar “ciência” é ato de reduzida valia jurídica, na medida em que não cria qualquer vínculo. Admite-se, é certo, que ele possua efeito moral e político, mas a eventual recalcitrância do órgão legislativo perpetuará, sem qualquer sanção, a inobservância do comando constitucional.⁷⁷

⁷⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit. p. 166.

⁷⁷ Idem. p. 167.

De acordo com José Afonso da Silva:

A mera ciência ao Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar, porque, nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto. Certamente que, tendo a Constituição reconhecido a inconstitucionalidade por omissão, a obrigação de legislar, especialmente após o reconhecimento jurisdicional dessa inconstitucionalidade, tem natureza jurídica e moral. Falta-lhe, porém, sanção específica.⁷⁸

No mesmo sentido critica o autor a eficácia do dispositivo: “a mera ciência ao Poder Legislativo – Poder competente tratando-se de omissão de lei – pode ser ineficaz, já que ele não pode ser obrigado a legislar, embora um dever moral de legislar possa impulsionar o Legislativo a atender ao julgado”.⁷⁹

Não há, portanto, no texto constitucional, a fixação de prazos ou de sanções cabíveis aos órgãos legislativos pelo descumprimento do dever de legislar. E aqui chegamos ao objetivo final deste estudo: qual a efetividade, então, das declarações de inconstitucionalidade por omissão proferidas em sede de ação direta?

⁷⁸ Silva, José Afonso da. Ob. cit. p 129.

⁷⁹ Idem. p. 166.

4 EFETIVIDADE DAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Apesar de, claramente, ser de pequena eficácia a obrigatoriedade imposta ao legislador, o fato de a mesma ser controlável judicialmente nos traz o vislumbre de algumas possibilidades. Nesse sentido, José Afonso da Silva:

Qual a natureza da obrigação constitucionalmente imposta ao legislador no sentido de emitir normas integrativas? A observação, colhida na prática constitucional, demonstra que aquela obrigatoriedade é de pequena eficácia, visto que, ao menos juridicamente, não se pode constranger o legislador a legislar, nem mesmo naqueles casos em que lhe é prefixado prazo. Se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir comportamento inconstitucional, que agora é sindicável e controlável jurídica e jurisdicionalmente, por força do §2º do art. 103 da Constituição de 1988.⁸⁰

Diante do reconhecimento da reduzida eficácia dessas ações judiciais, a doutrina e a jurisprudência começaram a defender um ativismo judicial, no sentido de proferir decisões que possam suprir, ao menos temporariamente, a lacuna legislativa.

José Afonso da Silva, em defesa do ativismo judicial, afirma:

A mera ciência ao poder legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.⁸¹

Alguns pregam pela interpretação literal do art. 103 §2º da CRFB, ficando o STF restrito ao reconhecimento da inconstitucionalidade da omissão e à ciência do órgão competente. Entretanto, com o tempo, a defesa do ativismo judicial tem se tornado mais forte.

Segundo seus defensores, existem duas posições a serem adotadas pelo STF. A primeira é assumir que o Tribunal, ao decidir pela existência de omissão

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. Ob. Cit. 128 e 129

⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 35ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2012, p. 48 e 49.

inconstitucional, poderá estabelecer um prazo razoável para que a sua decisão seja cumprida, ou seja, para que a norma exigida constitucionalmente seja elaborada. O STF já adotou esse posicionamento em sede de ação direta, a ser analisado mais detalhadamente no tópico abaixo.

O outro entendimento, mais contemporâneo, defende que, diante do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pode o Tribunal agir para, no caso concreto, suprir a lacuna legislativa e satisfazer o direito constitucional pleiteado que outrora fora obstaculizado pela falta da regulamentação. Um exemplo disso seriam as decisões aditivas, em que o Judiciário se sub-roga na competência do ente omissor e finda a omissão constitucional.

Ainda dentro do tema, mas se tratando mais especificamente de tema “omissão inconstitucional”, podemos dividir a concepção sobre a postura a ser tomada pelo STF em duas teorias: corrente concretista e não concretista.

Conforme corrente não concretista, após declarada a inconstitucionalidade por omissão, caberá ao STF simplesmente cientificar o órgão competente sobre a omissão.

Entende desta forma Juliano Taveira Bernardes, que embora inicialmente reconheça que “a sentença da ADInO possui reduzidos efeitos práticos”, conclui que “na dicção constituinte, não é possível que o STF supra a omissão inconstitucional”. E finaliza a discussão defendendo que “mesmo quando procedente o pedido da ADInO, o provimento do STF, como se viu, limita-se à intimação/comunicação da mora ao órgão inadimplente”.⁸²

A doutrina defensora da corrente não-concretista justifica seus argumentos principalmente nos princípios da democracia e da separação dos poderes, como óbices à possibilidade de uma atuação judicial supletiva. Entendem que ao suprir a omissão de outro poder, estaria o Judiciário extravasando os seus limites de atuação, comprometendo a separação e o equilíbrio dos poderes.

Em decisão monocrática na ADIN 1.484/DF, o Min. Celso de Mello afirmou:

⁸² BERNARDES, Juliano Taveira. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADInO) (capítulo IX). In: JUNIOR, Fredie Didier (Org). *Ações Constitucionais*. 5ª edição. Salvador, Ed. Juspodivm, 2011. p. 523-562.

“em sede de controle abstrato, ao declarar a situação de inconstitucionalidade por omissão, [a Corte] não poderá, em hipótese alguma, substituindo-se ao órgão estatal inadimplente, expedir provimentos normativos que atuem como sucedâneo da norma reclamada pela Constituição, mas não editada – ou editada de maneira incompleta – pelo Poder Público”.

Contudo, no julgamento da ADI 3.682/MT, realizado na sessão plenária de 9 de maio de 2007, o Supremo Tribunal já demonstrou uma posição mais ativa no tocante à decisão da ADI por omissão. De forma inédita, a decisão reconheceu, além da mora do legislador quanto à omissão da regulamentação do §4º do art. 18 da Constituição Federal, o dever constitucional de legislar do Congresso Nacional. Além disso, fixou a Corte o prazo de dezoito meses para que o Congresso Nacional regulamentasse o §4º do art. 18 da Constituição. Com isso, a Suprema Corte deixa de compreender a decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão como meramente declaratória, deixando claro que a decisão que constata a existência de omissão inconstitucional e determina ao legislador que tome as medidas necessárias ao suprimento da lacuna constitui sentença de caráter nitidamente mandamental, que impõe ao legislador em mora, o dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade.

Essa decisão, embora represente uma postura mais ativa da Corte, ainda não adotou o caráter concretista. É que embora a Corte tenha avançado no sentido de reconhecer a sentença como mandamental, e não apenas declaratória e apesar de haver fixado prazo para o Poder Legislativo, a efetiva concretização da Constituição ainda ficou à mercê da vontade do Legislador, dependendo dele a colmatação da lacuna inconstitucional. Não dispôs a decisão de meios mais efetivos para garantir a supremacia e efetividade da Constituição. Todavia, não podemos deixar de reconhecer o avanço esta decisão representou.

Conforme já adiantado, a corrente concretista defende um posicionamento ativo do judiciário, no sentido de suprir as lacunas deixadas pelas omissões do Poder Legislativo. De acordo com a corrente concretista, o §2º do art. 103, ao limitar o efeito da decisão à cientificação ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, disse menos do que pretendia dizer. Isso porque interpretar literalmente a norma não condiz com o real objetivo do legislador.

Em defesa desse posicionamento, Temer:

A primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Seja: nenhuma norma constitucional deixará de alcançar eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador. O que se quer é que a inação (omissão) do legislador não venha a impedir o auferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina. Quer-se – com tal forma de controle – passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado. O legislador constituinte de 1988 baseou-se nas experiências constitucionais anteriores, quando muitas normas não foram regulamentadas por legislação integrativa e, por isso, tornaram-se ineficazes.⁸³

Conforme esse entendimento, compreender a norma discutida como literal, dando mera ciência da declaração ao órgão inerte, seria renegar a própria finalidade da ação direta. A vontade do constituinte, assim, estará comprometida por falta de efetividade, pois nada garante que o órgão omissor, após notificado, venha a suprir tal omissão.

Gilmar Mendes diz que não é correto afirmar que a “decisão que constata a existência da omissão constitucional e determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna constitucional não produz maiores alterações na ordem jurídica”. Mendes defende que a decisão possui natureza mandamental e “impõe ao legislador em mora o dever de, dentro de um prazo razoável, proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade”.⁸⁴

Nas palavras de Barroso:

A literalidade do §2º do art. 103 e a resistência do Supremo Tribunal Federal em dar-lhe sentido mais abrangente, sob o fundamento de que não pode tornar-se legislador positivo, transformaram a ação direta de inconstitucionalidade por omissão em um remédio jurídico de baixa eficácia e, conseqüentemente, de uso limitado. A reduzida valia da mera ciência dá ao instituto um efeito essencialmente moral ou político, próprio para quem busca uma declaração de princípios, mais insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional, quando vulnerado em sua supremacia”⁸⁵

⁸³ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002., p. 51-52).

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011., p. 290).

Verifica-se, portanto, que a atuação supletiva do Supremo nos casos de inação do órgão omissor é a solução mais adequada para garantir os desígnios constitucionais, garantindo a realização do direito fundamental à efetivação da constituição, direito este de suma importância em um estado regido por uma constituição marcadamente dirigente, como a nossa. A solução, então, seria estabelecer prazo que, se não cumprido, dará lugar a regulamentação da lacuna legislativa pelo poder judiciário. Decisão temporária até que o legislativo atue. Nesse sentido, Dirley da Cunha Junior:

Longe de vulnerar o princípio da divisão de funções estatais, logra conciliar o princípio da autonomia do legislador e o princípio da prevalência da Constituição, que se traduz na exigência incondicional do efetivo cumprimento das normas constitucionais.⁸⁶

Luis Roberto Barroso defende também a atuação criativa do Poder Judiciário. Em suas palavras:

No tocante à legitimidades desta *atuação criativa* do Poder Judiciário, inexistente qualquer razão para infirmá-la. Já deixamos consignado que em uma democracia é não apenas possível, como desejável, que parcela do poder público seja exercida por cidadãos escolhidos com base em critérios de capacitação técnica e idoneidade pessoal, preservados das disputas e paixões políticas. A falta de emanção popular do poder exercido pelos magistrados é menos grave do que o seu envolvimento em campanhas eleitorais, sujeitas a animosidades e compromissos incompatíveis com o mister a ser desempenhado.⁸⁷

Ao final, conclui o autor que “ao Judiciário cabe sempre fazer prevalecer a Constituição, quer suprimindo os atos normativos com ela incompatíveis, quer suprimindo as omissões legislativas que embaraçam sua efetivação”.⁸⁸

4.1 Jurisprudências

Na ADI 3682, adotando posicionamento mais ativista, o Ministro Gilmar Mendes, Relator do processo, após digressão a respeito do controle de constitucionalidade por omissão no Brasil e no direito comparado, decidiu

⁸⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. Salvador: Juspodivm. 2011. p. 413.

⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit. p 162

⁸⁸ Idem. p. 163.

reconhecer a mora do legislador e estabelecer, como prazo razoável para suprir a omissão, o decurso de dezoito meses⁸⁹.

Assim sendo, voto no sentido de declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão.

Entretanto, não se pode dizer que o Ministro adotou posicionamento integralmente concretista, visto que não supriu a lacuna existente, mas apenas fixou prazo razoável para que o Legislativo o fizesse.

Como uma das manifestações mais recentes acerca do tema encontra-se a discussão a respeito da instituição de órgão da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina. Sabe-se que a Constituição de 1988 previu a implementação de

⁸⁹ ADI 3682. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.STF.

Disponível

em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283682%2E%2E+OU+3682%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zk67ayd>> Acesso em 09 de novembro de 2016

órgão de assistência judiciária gratuita em todos os Estados e até 2012, vinte e quatro anos após a criação da Constituição, esse Estado ainda não havia promovido a instituição do órgão. Assim é que a ADI 3892 e a ADI 427034 foram ajuizadas em virtude da previsão, na Constituição do Estado de Santa Catarina, bem como em lei complementar regulamentadora, de convênio com a OAB para propiciar a assistência jurídica gratuita, por não existir a Defensoria. Ambas constam do Informativo 658 do STF. Em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa, afirma que a assistência judiciária, de acordo com o art. 134 da Constituição Federal e com a LC 80/94, deve ser realizada através da Defensoria Pública. A participação da OAB, enquanto se dá a implementação desse órgão, é possível, contudo apenas de forma complementar e não de forma substitutiva como estava ocorrendo. Após tecer análise sobre a essencialidade da Defensoria Pública, o Ministro determinou que a Defensoria fosse criada no prazo de seis meses. Assim, determinou, também, prazo razoável para atuação do Legislativo.⁹⁰

Em comentário, o Ministro Cezar Peluso sustenta: “Eu acho que seria importante também notar que não estamos expedindo nenhuma ordem para o Estado criar; não é essa a nossa função no caso. Isto é, o Estado vai ser colocado diante da seguinte alternativa: se, dentro de certo prazo, não criar a Defensoria Pública, a assistência será prestada na forma das leis em vigor, salvo as que declaramos inconstitucionais”.

E complementa o Ministro Marco Aurélio: “Nem mesmo na ação direta de inconstitucionalidade por omissão podemos fixar prazo para que outro Poder exerça atividade precípua.”

⁹⁰ ADI 4270. Ementa: Art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina. Lei complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de “defensoria pública dativa”. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina e da lei complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994). STF.

Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284270%2E+OU+4270%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jctomo>> Acesso em 09 de novembro de 2016.

Por fim, o Ministro Luis Fux aduz: “Senhor Presidente, pela ordem. É só para lembrar que o Supremo Tribunal Federal tem vários precedentes, e essa classificação de que na ação declaratória de constitucionalidade nós nos limitamos a declarar a nulidade é já uma tendência superada, como também já é superada essa questão de se imaginar que a Suprema Corte não exerça e nem possa exercer o papel de legislador positivo no caso das sentenças aditivas”.

Nota-se, portanto, que apesar de algumas divergências, o STF adotou posicionamento no sentido de declarar a mora do constituinte e fixar prazo para que o mesmo supra a lacuna legislativa, sem, no entanto, suprir ele mesmo a lacuna em questão.

No caso supramencionado, a ADI acabou por modular os efeitos da inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados a partir do prazo de um ano. Assim, apesar de não manifestar claramente sobre a determinação da criação da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina em um ano, foi o que o STF acabou por fazer.

Vê-se assim, que em se tratando da jurisprudência da mais alta Corte Constitucional brasileira, vem ela evoluindo e tentando se amoldar aos novos anseios da sociedade para que exerça realmente seu papel: efetivar os direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

É como, por fim, afirma Gilmar Mendes: “O dever dos Poderes Constitucionais ou dos órgãos administrativos de proceder à imediata eliminação do estado de inconstitucionalidade parece ser uma das consequências menos controvertidas da decisão que porventura venha a declarar a inconstitucionalidade de uma omissão que afete a efetividade de norma constitucional. O princípio do Estado de Direito, a cláusula que assegura imediata aplicação dos direitos fundamentais e o disposto no art. 5, LXXI, que, ao conceder o mandado de injunção para garantir os direitos e liberdades constitucionais, impõe ao legislador o dever de agir para a concretização

desses direitos, exigem ação imediata para eliminar o estado de inconstitucionalidade.⁹¹

5 CONCLUSÃO

Diante da doutrina ora mencionada, e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, podemos apontar a evolução da inconstitucionalidade por omissão no sentido de dar maior efetividade às normas constitucionais. Isto é, a doutrina defende e a Corte vem, gradativamente, adotando posicionamentos mais ativistas em sede de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

Essa questão é extremamente relevante no âmbito do Estado de Direito, uma vez que grande parte das garantias fundamentais ainda carecem de legislação que as regule ou complemente. Nesse sentido, a caracterização das normas constitucionais como programáticas de eficácia limitada – conforme José Afonso da Silva – ou ainda definidoras de direitos, merecendo produzir aplicabilidade imediata – conforme Luis Roberto Barroso – se torna essencial para se enxergar, pontualmente, em quais hipóteses estava o Legislativo obrigado a legislar. E mais, reconhecer quando sua inércia em editar legislação suplementar contraria os mandamentos positivos da Constituição, podendo (e devendo) ser declarada inconstitucional.

A partir desse entendimento, podemos analisar criticamente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. A evolução de um posicionamento ativista e cada vez mais concretista do Tribunal revela um avanço no sentido de dar efetividade às declarações de inconstitucionalidade por omissão, e, por conseguinte, garantir real aplicabilidade às normas constitucionais.

Entendemos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como mecanismo fundamental para o exercício da democracia. Esta ação é o meio apto para que os cidadãos possam exigir, judicialmente, a garantia de direitos que ficaram “congelados” diante da inércia do Poder Legislativo.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1350.

O Judiciário é regido pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV da CRFB/88. Isso significa que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Dessa forma, entendemos que a não regulamentação de direitos garantidos da Constituição, constitui, justamente, uma ameaça; e por conta disso, surge o direito de ação.

Dessa forma, toda a fundamentação e explanação realizada para concretização deste estudo deve convergir para o seguinte entendimento: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é, indiscutivelmente, meio apto para sanar as omissões do Poder Judiciário; e a adoção de posicionamentos mais concretistas e ativistas pela doutrina e pela jurisprudência são o caminho útil e necessário para a garantia, por fim, da aplicabilidade das normas constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. Tese apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Florianópolis, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro, Renovar, 1990.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª edição. São Paulo, Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro & BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1982.

BERNARDES, Juliano Taveira. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADInO) (capítulo IX). In: JUNIOR, Fredie Didier (Org). *Ações Constitucionais*. 5ª edição. Salvador, Ed. Juspodivm, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 1ª e 6ª edições. Coimbra, Livraria Almedina, 1991 e 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra, Coimbra Editora, 1983.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Ed. Sergio Fabris, 1992.

COOLEY, Thomas M. *Treatise on the constitutioinal limitations*. 6ª edição. Boston, 1980.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. Salvador: Juspodivm. 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do direito e do Estado*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1990.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direitos*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 27ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2011

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. Ts. 1º - 4º e 5º e 6º. São Paulo, Ed. RT, 1970, 1971 e 1972.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 35ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1998.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002.