

O Controle Concentrado De Constitucionalidade Por Omissão No Brasil E Em Portugal

The concentrate control of constitutionality by omission in Brazil and Portugal

Bernardo Silva de Seixas
Roberta Kelly Silva Souza

RESUMO

O fenômeno da omissão legislativa acarreta inúmeros estudos sobre seus efeitos, consequências para as Constituições e os meios disponíveis nos ordenamentos jurídicos para reparar este silêncio, seja do legislador, seja da Administração Pública. Assim, visando conceder maior efetividade às normas constitucionais, o constituinte originário criou dois instrumentos para combater a lacuna na legislação, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Este estudo visará discorrer sobre este último instrumento do controle concentrado/abstrato de constitucionalidade, fazendo menção aos principais temas deste instituto, tais como, finalidade, legitimidade, competência para julgamento, objeto da demanda, efeitos das decisões e determinados julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Ademais, se realizará um breve estudo sobre o controle de constitucionalidade da omissão inconstitucional na Constituição de Portugal, haja vista que este instrumento do direito comparado serviu de base para a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil.

Palavras-Chaves: Controle de Constitucionalidade. Omissões Legislativas. Controle Concentrado. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

ABSTRACT

The phenomenon of legislative omission leads to numerous studies on its effects, the consequences for the constitutions and the resources available to the legal notice in order to amend this silence either from legislature or the Public Administration. Therefore, so as to provide more effectiveness on the constitutional norms, the originating constituent had created two tools to address the gap in the law: the writ of injunction and direct action of unconstitutionality by omission. This study aims to discuss this last instrument of concentrated / abstract control constitutionality, mentioning the main themes of this institute, such as finality, legitimacy, competence for trial, Object of demand, the effects of decisions and specific judgments of the Supreme Court. Moreover, there will be a brief study on the unconstitutionality by omission within the Constitution of Portugal, considering that this instrument of comparative law served as the basis for predicting the direct action of unconstitutionality by omission in Brazil.

Keywords: Judicial Review. Legislative omissions. Concentrated Control. Direct Action of Unconstitutionality by omission.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 iniciou-se uma nova ordem jurídica no Estado brasileiro preocupada, sobretudo, com os direitos fundamentais dos indivíduos e com as formas de efetividade desses direitos.

Desta forma, o texto constitucional determinou inúmeros direitos e garantia aos indivíduos, sendo que alguns são veiculados por normas constitucionais de eficácia plena, tendo em vista sua fundamental importância para a defesa do indivíduo, e outros direitos, não menos importantes, ainda necessitam ser regulamentados pelo poder legiferante, haja vista que se encontram veiculados por normas de eficácia limitada e necessitam ser regulamentados por norma infraconstitucional para que os direitos sejam usufruídos de forma plena pelos indivíduos.

Não obstante ao fato de o legislador já ter regulamentados diversos direitos através da legislação infraconstitucional, ainda existem direitos que se encontram pendentes de regulamentação, tal como o estatuto de direitos dos usuários de serviços públicos.

No entanto, o constituinte, preocupado com a problemática decorrente da não observância dos direitos veiculados em normas constitucionais de eficácia limitada pelo Poder Legislativo, criou dois institutos processuais da jurisdição constitucional que tem o escopo precípuo de sanar as omissões legislativas, são eles: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Assim, este trabalho visará realizar um estudo sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil, realizando apontamentos sobre seu marco legislativo, os legitimados para a propositura desta demanda no Supremo Tribunal Federal, fazendo uma reflexão sobre os efeitos da decisão proferida pelo Pretório Excelso, tendo em vista que as consequências previstas no art. 103, § 2º, CF/88 esvaziam a importância deste instrumento processual de efetividade dos direitos previstos na Constituição Federal.

Outrossim, irá se fazer uma sucinta explanação sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão no direito comparado, fazendo-se menção à primeira Constituição que previu esta medida processual saneadora das omissões legislativas. Ademais se verificará como ordenamentos jurídicos estrangeiros que não detem uma modalidade de ação constitucional supridora de omissões resolvem as questões da inércia inconstitucional do legislador. Por fim, se dissertará sobre o instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão prevista na Constituição portuguesa de 1976, tendo em vista que foi neste diploma constitucional que o constituinte originário brasileiro se influenciou para criar o instituto no ordenamento jurídico pátrio.

1 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), sob a ótica de uma classificação doutrinária, é uma constituição rígida, sendo assim, sua modificação pelo Poder Constituinte Derivado deve seguir um procedimento especial, mais rigoroso, previsto no próprio texto constitucional, que se difere do processo legislativo das leis ordinárias e complementares.

Esta rigidez, que também pode ser considerado como uma proteção das normas constitucionais, decorre da posição que ocupa o texto constitucional no ordenamento jurídico pátrio, pois a Constituição é a lei suprema no ordenamento jurídico positivo, é considerada o ápice do sistema jurídico pátrio, sendo o local em que todas as leis infraconstitucionais retiram sua validade. Sobre esta temática, cita-se os ensinamentos de Dimoulis e Lunardi:

A rigidez-imutabilidade expressa a supremacia (primazia) constitucional. A Constituição é o conjunto dos dispositivos supremos no ordenamento jurídico, é a “suprema lei do país”, a “superlei”, a “lei das leis”. Essas expressões indicam sua posição de superioridade em relação às demais fontes do ordenamento jurídico, que devem estar em consonância com ela. Utilizando a imagem comum, as Constituições estão no topo da hierarquia normativa ou da pirâmide das fontes do direito, sendo o “Paramount law”. (1)

Sendo a CF/88 é o ápice do ordenamento jurídico pátrio, um dos seus principais objetivos, dentre outros elencados pela doutrina, é servir de parâmetro para que o legislador, no exercício do seu poder legiferante, confeccione leis infraconstitucionais válidas. Assim, certo é que os parlamentares, ao apresentar um projeto de lei ou quando o aprovarem, devem verificar a compatibilidade deste projeto de lei com a Constituição Federal, sob pena deste ato normativo ser declarado inválido perante o ordenamento jurídico e ser extirpado do mundo jurídico por decisão do Poder Judiciário ou do próprio Presidente da República, através do veto. Sobre este aspecto sancionatório do controle de constitucionalidade importante a lição de André Ramos Tavares

[...] a inconstitucionalidade, a par de designar o vício, a falha, a falta de observância com os mandamentos contidos na Constituição, comumente é empregada como expressão designativa da “sanção”, querendo indicar, neste passo, o efeito, a consequência daquela verificação ou seja, a nulidade do ato caracterizado como inconstitucional no primeiro dos sentidos. (2)

Desta forma, o fenômeno da inconstitucionalidade ocorre quando uma lei infraconstitucional não respeita os ditames previstos no texto constitucional. Este fenômeno pode surgir de duas formas, em uma primeira segmentação a inconstitucionalidade pode ser material ou formal.

A inconstitucionalidade material ocorre quando uma lei infraconstitucional afronta explícita ou implicitamente um dispositivo do texto constitucional. Sobre esta modalidade de inconstitucionalidade assim se posiciona Luís Roberto Barroso

A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional – e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional - ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade. (3)

Por sua vez, a inconstitucionalidade formal ocorre quando há vício na gênese da lei, a incompatibilidade com o texto constitucional afronta o processo legislativo previsto na Constituição Federal, este fato ocorre no momento das discussões políticas que originaram a lei. Pode ocorrer em virtude de não observância do quórum de parlamentares para aprovação de Lei Complementar ou Emenda à Constituição; não observância da modalidade legislativa requisitada pela Constituição, haja vista que determinadas normas constitucionais devem ser veiculadas por Lei Complementar e não podem ser confeccionadas por outra espécie normativa; ocorre também quando há vício na propositura do projeto de lei por pessoa diversa daquela prevista no texto constitucional, dentre outras hipóteses. Sobre este ponto específico importante são os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes

Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final. (4)

Uma diversa classificação de relevo sobre a incompatibilidade das normas infraconstitucionais perante a Constituição refere-se à causa da inconstitucionalidade. Nesta segmentação a inconstitucionalidade por ocorrer por ação ou omissão de um agente político.

A incompatibilidade por ação ocorre quando um ato afronta os ditames constitucionais, sendo que este ato pode ter origem tanto no Poder Legislativo, como no Executivo ou no Judiciário. Assim, a inconstitucionalidade por ação pressupõe uma atividade estatal contrária as normas constitucionais.

Por sua vez, a inconstitucionalidade por omissão surge quando o Poder Legislativo ou a Administração Pública não cumprem com as determinações contidas nas normas de eficácia limitada contidas na Constituição Federal. Esta modalidade de inconstitucionalidade se caracteriza por uma inércia do Legislativo, na sua função precípua de legislar, e do Poder Executivo, quando tem que regulamentar determinada legislação

infraconstitucional. Ademais, não podemos olvidar que pode ocorrer inconstitucionalidade por omissão no âmbito do Poder Judiciário, sendo que esta ocorre quando o magistrado não julga determinada demanda ajuizada, se configurando, na realidade, uma verdadeira denegação de justiça, o que é vedada pelo princípio do *non liquet*, contido no art. 126, CPC.

Sobre esta modalidade de inconstitucionalidade, faz-se referência à Daniel Wunder Hachem

A omissão estatal inconstitucional poderá dizer respeito a qualquer das funções do Estado (legislativa, política ou de governo, administrativa e jurisdicional). Basta, para tanto, que haja um dever constitucional de agir somado à inércia em atender ao mandamento da Constituição. (5)

É importante, todavia, fazer menção quando surge esta modalidade de inconstitucionalidade, pois no caso da inconstitucionalidade por ação esta ocorre no momento em que a legislação infraconstitucional entra em vigor. No entanto, no estudo da inconstitucionalidade por omissão a tarefa de constatar o momento de que a inércia do legislador ou do administrador se tornou danosa ao texto constitucional é de difícil constatação, pois seria leviano apontar que o Poder Legislativo, principal responsável pela omissão inconstitucional, seria transgressor do texto constitucional em 06 de Outubro de 1988 em relação às normas de eficácia limitada contida na Constituição Federal, haja vista que o processo legislativo de criação de leis é complexo, demanda debates políticos, reflexões sociais, dentre outras características que permeiam o consenso democrático necessário para confecção de uma lei, que visa, sobretudo, conceder legitimidade ao texto infraconstitucional.

Assim, ao se analisar o estudo desta modalidade de inconstitucionalidade deve-se observar, necessariamente, o fator tempo, devendo, aquele que seja competente para julgar uma omissão inconstitucional, verificar se houve um transcurso razoável de tempo para as discussões políticas, de maneira que as matérias mais complexas previstas no texto constitucional deve-se transcorrer um lapso temporal mais longo para o trâmite legislativo do que aquelas matérias menos complexas, visando que seja concedido aos parlamentares um interregno de tempo razoável para cheguem a um consenso comum sobre determinada matéria.

Prosseguindo no estudo da omissão inconstitucional, faz-se necessário saber o que, realmente, é uma omissão legislativa, haja vista que este conceito é fundamental para caracterizar o objeto das ações constitucionais que visam suprir essas lacunas normativas.

Para tanto, iremos nos valer dos ensinamentos da doutrinadora portuguesa Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu

Uma omissão legislativa não é só o efeito que surge da inércia legislativa ou da inexistência de normas jurídicas a regular uma determinada matéria; trata-se de uma situação em que, sendo expectável, porque imposto juridicamente, que se atuasse num determinado sentido, nada foi realizado. A omissão configura-se, por isso, como um comportamento que, apesar de passivo, não é de forma alguma neutro, gerando consequências de índole diversa, de acordo com o ramo do ordenamento em que se tenha verificado, com o concreto dever de agir violado ou com a sua natureza intencional ou não intencional. (6)

Neste mesmo sentido é a doutrina de Flávia Piovesan

[...] a omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, existe quando o legislador não cumpre o dever constitucional de emanar normas, destinadas a atuar as imposições constitucionais permanentes e concretas. Isto significa que o legislador violou por ato omissivo, o dever de atuar concretamente, imposto pelas normas constitucionais. Logo, o conceito de omissão aponta a não fazer aquilo a de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado, ou seja, a omissão inconstitucional esta relacionada à exigência concreta de ação contida nas normas constitucionais. (7)

Dos dois conceitos explanados abstraem-se os elementos configuradores de uma omissão legislativa, quais sejam, dever de legislar previsto no texto constitucional, um comportamento passivo, um *non facere*, do legislador – sem olvidar de que as omissões constitucionais também podem ocorrer em virtude da inércia do administrador público – e impossibilidade de fruição do direito fundamental por seu titular.

Outrossim, das definições acima propostas constata-se que a inconstitucionalidade por omissão é tão danosa quanto à inconstitucionalidade por ação, pois, ocasiona afronta ao texto constitucional, perda da força normativa desta e não fruição de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Ademais, esta inércia legislativa causa o fenômeno de mutação informal da Constituição, o que pode ocasionar oscilação na aplicação do texto constitucional pelos poderes da República e resultar em insegurança jurídica nas relações sociais e na aplicação do Direito. Sobre estas consequências para o texto constitucional imprescindível é o comentário de André Puccinelli Júnior:

Por entrever na inércia das casas legislativas um pernicioso processo de corrosão dos valores tutelados pelo constituinte [...] pressente-se que a indiferença do legislador, na medida em que estanca a aplicação da Lei Maior, deflagra sem alarde o fenômeno da mutação informal da Constituição, com desastrosas consequências a longo prazo. Vale dizer, à semelhança de um costume *contra legem*, como é o caso do desuso ou costume negativo, esta abstenção condenável investe contra a normatividade constitucional e dela faz letra morta, impedindo sua aplicação. Em vez de contribuir com a atualização semântica da Constituição, este *non facere* culmina por erodir seu quadro de valores, fazendo pouco caso de sua força normativa. (8)

Desta feita, em virtude das diversas consequências desta modalidade de inconstitucionalidade devem todos os agentes públicos, que detenham competência para saná-las, envidar esforços para extingui-las do ordenamento jurídico, fazendo uso dos meios judiciais, quando for detentor de legitimidade constitucional processual – art. 103, CF/88 ou políticos, como por exemplo a propositura do projeto de lei por iniciativa popular.

A doutrina faz uma classificação específica para o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, sendo segmentado este tipo de incompatibilidade com o texto constitucional em parcial ou total. Esta, também denominada de pura, se caracteriza quando não há qualquer norma inconstitucional que regule a matéria contida no texto constitucional, assim, há um vácuo normativo total que impede a concretização da vontade do Poder Constituinte Originário, sendo que tal inércia legislativa torna a Constituição uma mera carta de propagações políticas sem efetividade normativa.

Por sua vez, a omissão legislativa parcial é mais difícil de ser constatada, em virtude de que existe uma norma infraconstitucional, no entanto, esta, no momento que regulamenta determinada situação fática, é falha, não contempla todas as hipóteses de concretização da norma constitucional, sendo caracterizada quando a norma é expedida para ser aplicada para todos os agentes de determinada categoria e não o é, mas apenas se aplicando a parcelas de indivíduos que se encontram numa mesma situação fática. Nesta hipótese, na realidade, pode-se vislumbrar também uma inconstitucionalidade por ação, em virtude de afronta ao princípio da isonomia. Neste sentido leciona Carlos Blanco de Morais, quando se debruça sobre as omissões relativas (parciais) do legislador português:

[...] as omissões relativas decorrem, em regra, de leis ordinárias violadoras do princípio da igualdade (ou do princípio da universalidade), na medida em que não incluam no seu âmbito de previsão subjectivo uma dada categoria de sujeitos, peseo facto dos últimos se encontrarem posicionados numa situação igual ou homóloga em relação aos destinatários desse regime jurídico. Há, assim, num dado regime normativo, uma falha parcial qualitativa de regulação que não se reduz a uma simples lacuna técnica, mas antes se define como uma lacuna axiológica, na medida em que o silêncio do legislador que não inclui, sem justificação material razoável, uma categoria de pessoas a título de destinatários da norma, equivale a uma norma ideal (implícita) de exclusão de pessoas, a qual viola (por acção) o princípio constitucional da isonomia, atenta a discriminação positiva ou negativa infundada que causa. (9)

Destarte, percebe-se que a omissão parcial pode ser transformar de uma inconstitucionalidade por omissão em uma inconstitucionalidade por ação por afronta ao

princípio da igualdade, previsto, em nosso ordenamento jurídico, no art. 5º, *caput*, CF/88. Sobre esta controvérsia, vejamos a contribuição de André Puccinelli Júnior

O fenômeno da omissão parcial é bastante complexo, uma vez que sua ocorrência pode sinalizar o ingresso no território da chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia, que se confunde, não raro, com a inconstitucionalidade por ação. Tal sucederá quando um ato normativo conceder privilégios ou impuser ônus a certas categorias de pessoas, mas não a todas aquelas que, estando em situação idêntica, deveriam ser contempladas de igual modo. (8)

Nesta seara, surge um dilema complexo para as cortes constitucionais que tenham competência para julgar a omissão inconstitucional, pois qual é a melhor maneira de se decidir quando se estiver defronte de uma inconstitucionalidade por omissão parcial? Declarar a inconstitucionalidade total da lei, por afronta ao princípio da isonomia, ocorreria a extirpação do ordenamento jurídico da lei infraconstitucional, o que ocasionaria o retorno ao status quo ante, que é o do vácuo legislativo e o total desregramento da relação jurídica. Por outro lado, converter os efeitos da lei omissiva parcial de determinada categoria para todos os que se encontram na mesma situação seria uma maneira de se extrapolar a função jurisdicional e avançar à função legiferante reservada ao Poder Legislativo, com a ocorrência de interferência no equilíbrio dos três poderes da Federação e afronta ao postulado da separação dos poderes estatais. Dissertando sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade Walter Claudius Rothenburg assim se posiciona sobre esta temática

[...] o reconhecimento de inconstitucionalidade (total ou parcial) não vem acompanhado de declaração de nulidade: declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. Embora a inconstitucionalidade seja reconhecida – com o que, em princípio, o ato normativo não poderia mais ser aplicado – preservam-se os efeitos por ele já produzidos e a produzir durante algum tempo. É, por exemplo, a hipótese de “apelo ao legislador” (Appellentscheidung), em que o órgão judicial de controle profere uma simples determinação para que o legislador regule determinada matéria dentro de certo prazo, por meio de recomendações ou exortações expressas para que o legislador edite uma nova regulamentação. Essa técnica tem especial cabimento para a hipótese de omissão inconstitucional parcial provocadora de exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia, e respeita a liberdade de conformação do legislador. (10)

Em que pese a posição do doutrinador paranaense seja a mais adequada sobre a ótica da omissão legislativa parcial e dos interesses dos indivíduos que já detem a regulamentação e visando, sobretudo, evitar a o vácuo normativo à matéria fática, esta solução não é a única para o caso em análise, haja vista que sob a visão da Supremacia da Constituição não há como cindir uma lei constitucional para alguns e inconstitucional para outros. Neste aspecto leciona Gilmar Mendes e Paulo Branco

A única conduta condizente com a ordem constitucional é aquela que, no caso da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade do processo de controle abstrato, admite a suspensão de aplicação da lei censurada. A aplicação geral e irrestrita da lei declarada inconstitucional configuraria ruptura com o princípio da supremacia da Constituição. (4)

Desta forma, tanto a inconstitucionalidade por ação e, principalmente, por omissão devem ser evitadas no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que tais incompatibilidades das leis infraconstitucionais podem causar risco à segurança jurídica que todo Estado democrático deve prezar para alcançar sua finalidade maior que é o bem estar social dos indivíduos, outrossim, podem ocasionar instabilidades sociais entre indivíduos que se encontram em uma mesma posição jurídica, o que ocasionaria injustiças dentro de uma mesma relação fática.

Para tanto, como forma de suprir as inconstitucionalidades por omissão via Poder Judiciário, a jurisdição constitucional deve ser provocada pelos legitimados previstos no art. 103, CF/88, haja vista que a inconstitucionalidade por omissão acarreta um vácuo legislativo que impede a concretização dos direitos fundamentais e põem em risco a noção da força normativa da Constituição Federal. Outrossim, os próprios legisladores podem, assumindo com a responsabilidade que o povo concedeu a eles, exercer seu poder legiferante e conceder efeitos a todos os ditames constitucionais. Por fim, em último estágio, considerando que a fruição do direito fundamental ocasiona sérios prejuízos aos indivíduos, esses poderiam iniciar o processo legislativo da norma faltante e pressionar os parlamentares para iniciar as discussões sobre este vácuo normativo.

2 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO BRASIL

O controle de constitucionalidade brasileiro pode ser exercido de forma difusa ou concentrado. O primeiro é exercido por qualquer juiz que faça parte do Poder Judiciário brasileiro, tendo seu local de execução quando o magistrado estiver analisando alguma demanda (casos concretos), podendo ser alegado por qualquer uma das partes da relação jurídica processual e caso a norma seja considerada inconstitucional o efeito desta decisão se restringirá ao polo ativo e passivo do processo (efeito inter partes). Sobre os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso há possibilidade de se conceder efeitos *erga omnes* à decisão, seja através da edição de Súmula Vinculante (art. 103-A, CF/88) ou através de resolução do Senado Federal, quando este revoga a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, CF/88).

Por outro lado, o controle concentrado detem um rol específico de legitimados, previsto no art. 103, CF/88 e somente o Supremo Tribunal Federal é competente para julgar as demandas ajuizadas por estes. No controle concentrado a decisão tem efeito *erga omnes*, sendo possível a modulação dos efeitos desta decisão quando houver fundadas razões de segurança jurídica e interesse social, caso assim entendam oito Ministros do Pretório Excelso.

As ações do controle concentrado são: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta interventiva, arguição de descumprimento de preceito constitucional e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Este trabalho irá se debruçar sobre este último tipo de ação em virtude desta ser manejada para sanar as omissões legislativas inconstitucionais.

Sobre a modalidade de controle de constitucionalidade ao qual pertence a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, imprescindível a lição de Luís Roberto Barroso:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão configura, como se depreende singelamente, modalidade de controle abstrato de constitucionalidade. Trata-se de processo objetivo de guarda do ordenamento constitucional, afetado pela alegada lacuna normativa ou pela existência de um ato normativo reputado insatisfatório ou insuficiente. (3)

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por objetivo a defesa da ordem jurídica contra a inércia do legislador e não a resolução de um caso concreto veiculado numa lide, sendo esta uma das principais características do controle concentrado de constitucionalidade. Sobre a finalidade desta ação, cita-se o entendimento de Flávia Piovesan:

[...] verifica-se que se trata de instrumento que permite a obtenção da declaração judicial de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, com a ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (7)

Para informar qual o marco constitucional desta ação, faz-se necessário interpretar os arts. 102, I, “a” e 103, § 2º, CF/88, pois não consta expressamente nos dispositivos da Constituição a denominação ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista que o texto constitucional faz menção expressa à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade. Sobre esta temática importante é o comentário de Dimoulis e Lunardi:

A ADIn por omissão apresenta duas peculiaridades. Em primeiro lugar não está claramente prevista na Constituição Federal, ao contrário das três outras ações concentradas. Nem mesmo a denominação “ação direta de inconstitucionalidade por omissão” encontra-se no texto constitucional. A existência da ação se deduz da

combinação da referência dos art. 102 e 103 da CF à “ação direta de inconstitucionalidade” e do art. 103, § 2º, à possibilidade de declarar “a inconstitucionalidade por omissão”. A denominação é dada pela doutrina que diferencia as duas ADIns, denominando a Adin por comissão de “genérica”. (1)

Em âmbito infraconstitucional esta ação do controle concentrado/abstrato de constitucionalidade foi regulamentada pela Lei 12.063/09 que acrescentou o capítulo II-A à Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. No entanto, merece nota que anteriormente à edição da lei 12.063/09 o Pretório Excelso utilizava, de forma análoga, a lei que regulamenta o procedimento processual da ação direta de inconstitucionalidade à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sendo assim, o texto normativa apenas regulamentou o posicionamento do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Em virtude da finalidade desta ação, que visa salvaguarda o sistema constitucional da inércia do Poder Legislativo, não é todo indivíduo que pode ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Neste ínterim, é o art. 103, CF, que prevê entidades privadas, órgãos públicos ou agentes políticos que detem a legitimidade ativa para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, que é aplicada a modalidade de ação do controle concentrado que visa combater as omissões legislativas, por força de determinação legal, conforme o art. 12-A, Lei 9.868/99, este incluído pelas disposições da Lei 12.063/09.

Da análise do rol de legitimados percebe-se um fato digno de nota. O presidente da República, o Governado de Estado, a Mesa da Câmara dos Deputados e a Mesa do Senado detem capacidade, previstas na Constituição, de deflagrarem o processo legislativo, logo, questiona-se se seria possível que esses legitimados pudessem ajuizar ação direta de inconstitucionalidade por omissão que tenha por objetivo sanar um silêncio normativo que perdura em virtude do não exercício de sua própria competência?

Ao que parece não é possível que um ente que detem a capacidade legiferante para criar a norma ou iniciar o processo legislativo desta também detenha legitimidade ativa para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, haja vista a possibilidade de confusão entre autor e réu na demanda constitucional, pois seria inimaginável que a decisão do Supremo Tribunal Federal determinasse ao autor da ação a obrigação de cumprir determinada omissão administrativa ou constituísse em mora legislativa o autor da própria ação.

Sobre o questionamento supramencionado importante é o comentário de Gilmar Mendes e Paulo Branco:

Deve-se notar que, naquele elenco, dispõem de direito de iniciativa legislativa, no plano federal, tanto o Presidente da República, como os integrantes da Mesa do Senado Federal e da Mesa da Câmara dos Deputados. Assim, salvo nos casos de iniciativa privativa de órgãos de outros poderes como é o caso do Supremo Tribunal Federal em relação ao Estatuto da Magistratura, esses órgãos constitucionais não poderiam propor ação de inconstitucionalidade, porque, enquanto responsáveis ou co-responsáveis pelo eventual estado de inconstitucionalidade, seriam eles os destinatários primeiros da ordem judicial de fazer, em caso de procedência da ação. (4)

Todavia, ressalta-se que mesmo que um legitimado seja detentor de capacidade legislativa é possível o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para controlar a omissão legislativa que resulta de inércia de outro legitimado. Neste sentido as palavras de Dimoulis e Lunardi são esclarecedoras

As autoridades que possuem a competência de iniciativa legislativa podem utilizar a Adin por omissão para fiscalizar a inércia das demais autoridades. Por exemplo, um Governador pode pedir a constatação de falta de norma federal pela qual não possui competência legislativa. (1)

Enfim, quanto à legitimidade, deve-se apontar alguns comentários referente à legitimidade passiva. Tendo em vista que é a Constituição Federal quem define o órgão competente para realizar a criação da norma e caso este órgão não cumpra com as determinações constitucionais, o polo passivo da ação direta de inconstitucionalidade será o órgão inerte.

Sobre a legitimidade passiva na ação direta de inconstitucionalidade por omissão leciona Luís Roberto Barroso

No tocante à legitimidade passiva, recai ela sobre a pessoa ou órgão responsável pela produção do ato exigido pela Constituição e que não foi editado. A definição dessa responsabilidade, no caso de omissão inconstitucional, tem mais relevância do que na hipótese de inconstitucionalidade por ação, na medida em que a superação da situação de ilegitimidade constitucional depende de uma atuação comissiva de quem estava inerte. Já nos casos de declaração de inconstitucionalidade, não há qualquer ato a ser praticado pelo sujeito passivo. (3)

Desta doutrina depreende-se pela impossibilidade de se ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ou mandado de injunção - contra um ente privado que não cumpre determinada norma constitucional, haja vista que o não cumprimento do mandamento da Constituição não decorre da vontade do particular, mas sim em virtude da não

existência de uma lei infraconstitucional. Destarte, o polo passivo da demanda sempre será ou o órgão legislativo omissor ou o agente público que não cumpre com as determinações legais.

Um ponto de relevo sobre a temática ora em estudo, refere-se ao objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Esta ação da jurisdição constitucional tem por objeto as omissões legislativas inconstitucionais e a mora administrativa em cumprir as determinações da lei ou expedir o decreto regulamentador desta.

Quanto às omissões legislativas este tema já fora abordado no primeiro capítulo deste trabalho, fazemos menção, apenas, ao fato que a omissão legislativa deve ser aquela caracterizada como inconstitucional, sendo que o silêncio do legislador em regulamentar determinado matéria cause riscos ao não cumprimento dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, à Constituição Federal. Assim, segundo Dimoulis “[...] as omissões censuráveis são aquelas que impedem a efetividade de norma constitucional, não a tornam, na terminologia do STF, operante e exequível”. (1)

No tocante à omissão do administrador público menciona-se que esta somente ocorre após a existência da lei infraconstitucional, sendo que a inércia daquele pode se caracterizar por dois motivos: a não expedição do decreto regulamentador da lei infraconstitucional e o não cumprimento das determinações concretas veiculadas na Constituição.

Sobre a primeira hipótese, a falta de regulamentação da legislação infraconstitucional, importante é o comentário de Gilmar Ferreira Mendes

É possível que a omissão de ato ou providência administrativa mais relevante, neste âmbito, se refira ao exercício do poder regulamentar. Não raras vezes fixa a lei prazo para edição de ato regulamentar, fixando uma *conditio*, para a sua execução. Nesse caso, cumpre ao Executivo diligenciar a regulamentação no prazo estabelecido ou, se julgá-lo exíguo, postular na Justiça contra a violação do seu direito-função. A sua omissão não tem o condão de paralisar a eficácia do comando legal, devendo ser entendido que, decorrido o lapso de tempo estabelecido pelo legislador para a regulamentação da lei, esta será eficaz em tudo que não depender do regulamento. (4)

Assim, para o Ministro do Supremo Tribunal Federal esta omissão administrativa não tem o condão de agredir diretamente o mandamento constitucional, mas tão somente a lei, sendo que a alternativa proposta em caso do Poder Executivo não regulamentar a legislação infraconstitucional é conceder aplicabilidade plena aos dispositivos da lei, sem que ocorra qualquer regulamentação pelo Poder Público. Esta solução deve ser analisada sobre a vertente do indivíduo e da Administração Pública.

Ao indivíduo se esta privilegiando os direitos individuais deste, o que é imprescindível para a concretização dos direitos previstos na Carta de 1988, todavia, a falta de regulamentação pode causar inúmeros prejuízos financeiros à Administração Pública e insegurança jurídica no momento da aplicação da lei pelos diversos órgãos da Administração Pública direta e indireta. Assim, o Poder Público deve sempre observar os prazos previstos de regulamentação, quando esses vieram citados nos dispositivos legais, ou quando não houver prazo regulamentar a lei o mais breve possível para coibir prejuízos ao erário.

Quanto ao não cumprimento das determinações concretas contidas na Constituição pela Administração Pública tal problemática é de difícil solução para o Poder Judiciário, em que pese constar na Constituição Federal (art. 103, § 2º, CF/88) que em casos de omissões administrativas inconstitucionais será concedido o prazo de 30 (Trinta) dias para realizar o ato administrativo omissivo.

Considera-se de difícil solução em virtude de que a realização de atos administrativos pelo poder público não dependem exclusivamente da vontade do administrador, mas, também, de disponibilidade financeira para concretizar determinado ato administrativo ou política pública, pois aquele detem inúmeras outras obrigações constitucionais que deve cumprir, sendo que a escolha cabe ao administrador, por razões de conveniência e oportunidade. Nessas situações, caso o Poder Judiciário determine o cumprimento de uma omissão administrativa inconstitucional no prazo previsto no texto constitucional deve ser cauteloso para não ultrapassar as barreiras de sua competência constitucional e adentrar na competência do Poder Executivo.

Assim, determinações do Poder Judiciário impondo ao Poder Executivo uma obrigação de fazer em um curto período de tempo, substituindo-o na tarefa de verificar as questões de conveniência e oportunidade para cumprir determinada obrigação constitucional podem ser expedidas, de forma excepcional, pelo Poder Judiciário tendo em vista que caso ocorra excesso o princípio da Separação dos Poderes (Art. 2º, CF/88) pode ser desrespeitado.

Outrossim, há entendimentos, de que em casos de omissão inconstitucional administrativa não haveria necessidade de se recorrer ao controle abstrato de constitucionalidade para o saneamento desta omissão e, conseqüentemente, a fruição dos direitos individuais, mesmo sendo possível o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bastaria a utilização de ações ordinárias genéricas para satisfazer a pretensão, nesses termos Dimoulis leciona

Se a lei operacionalizar certo dispositivo constitucional e a administração se mostrar omissa em regulamentar ou mesmo executar a lei, cabe Adin por omissão. Mas em

tais casos os interessados possuem também o mandado de segurança, o mandado de injunção e outras formas processuais para impor a aplicação das leis. (1)

Uma matéria digna de nota e imprescindível para o estudo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a questão dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Os efeitos da decisão dependerão do tipo de omissão inconstitucional que se estará analisando na ação do controle concentrado, nos termos do art. 103, § 2º, CF/88. Se for uma omissão inconstitucional administrativa, conforme já explanado, será concedido o prazo de 30 (trinta) dias para cumprimento do mandamento constitucional pelo administrador público. No entanto, se for uma omissão legislativa inconstitucional o poder competente, normalmente o Poder legislativo, será dada ciência de sua omissão para adoção das medidas necessárias para suprir a lacuna legislativa.

Sobre este dispositivo constitucional faz-se necessário uma interpretação extensiva da Corte Constitucional brasileira sobre os efeitos da decisão em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, haja vista que o alcance do artigo da Constituição Federal é deveras restrito, fazendo menção apenas que a decisão noticiará o órgão omissor de sua mora legislativa.

Defende-se a posição de que é inconcebível que uma ação do controle concentrado de constitucionalidade, com sede constitucional, que ultrapassa todo um procedimento no Supremo Tribunal Federal e que detem um amplo rol de legitimados, tenha como finalidade apenas informar o Poder Legislativo da sua mora como se depreende do texto constitucional, devendo-se ressaltar que, em muitas vezes, o próprio poder omissor é conhecedor de sua inércia. A mesma indefinição do que seja as providências necessárias se encontra no art. 12-H, Lei 9.868/99.

Assim, propõem-se uma atuação mais progressista do Supremo Tribunal Federal, nos moldes do que vem sendo aplicado pelo mesmo Tribunal Constitucional nas decisões oriundas do Mandado de Injunção, para que interprete o art. 103, § 2º, CF/88 de forma mais vanguardista e preencha o vazio normativo existente em virtude da mora do legislador, determinando a concretização de todos os direitos previstos na Constituição Federal que ainda dependam de regulamentação infraconstitucional sem a necessidade de aguardar a atuação do Poder Legislativo.

No entanto, não é este o entendimento do Pretório Excelso, haja vista que este nas decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão vem, no

máximo, determinando um prazo para que o legislador cumpra com o mandamento constitucional, como no julgamento da ADI 3.682/MT em que se fixou o prazo de 18 (dezoito meses) para o Congresso Nacional editar a Lei Complementar – até hoje não editada - que regulamente a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios. Baseia-se seu argumento no fato de que ao Poder Judiciário não é dada a competência para inovar no ordenamento jurídico através de criação de atos normativos e que em razão do princípio da separação dos poderes não é possível o Judiciário substituir o legislador na sua função precípua e que as cortes constitucionais não é dado a competência de ser legislador positivo.

Desta interpretação cômoda do Supremo Tribunal Federal percebe-se um verdadeiro esvaziamento do instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, assim como faz surgir inúmeros outros problemas, pois o Tribunal de cúpula do ordenamento jurídico pátrio é silente quanto às consequências jurídicas de não cumprimento do prazo estipulado para confecção da lei.

Sobre as consequências da não observância do prazo pelo legislador, vejamos a opinião de Walter Claudius Rothenburg

[...] quais as consequências jurídicas do descumprimento do aviso ou prazo? Se for aceito que, por meio de ADIO, a lacuna normativa não consiga ser preenchida, pois a ADIO serve apenas para dar ciência ao legislador omissor, ou conceder um prazo ao administrador relapso, então, pelo menos, para além (a) da censura judicial (que não deixa de ser simbólica e politicamente relevante, e pode funcionar como um apelo ao legislador), fica (b) atestada judicialmente (com eficácia universal e efeito retroativo, em princípio) a mora do Poder Público, o que caracteriza a responsabilidade civil do Estado e facilita uma pretensão indenizatória por quem quer que se sinta lesado e resolva buscar a via administrativa ou a judicial; e (c) pode vir a caracterizar-se a responsabilidade pessoal do agente ou servidor público tanto na esfera administrativa (inclusive por meio da ação civil pública por improbidade administrativa: CR 37 § 4º; Lei 8.429/1992), quanto na esfera criminal (desobediência: CP Art. 330) e na política (Crime de responsabilidade: Lei 1.079/1950). (11)

Abstrai-se desta doutrina que as consequências para aquele que se omite em cumprir com o mandamento constitucional são diversas e das mais variadas formas, mas mesmo assim os agentes públicos não cumprem com os prazos estipulados pelo Supremo Tribunal Federal, fato que causa um enfraquecimento do próprio Supremo Tribunal Federal e da supremacia e efetividade do texto constitucional.

Diante desta incongruência supramencionada, é tarefa da doutrina buscar formas para resolver questão das omissões legislativas e conceder mais eficácia a decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Inicialmente, defende-se que os legitimados para propositura de Projeto de Emenda Constitucional, art. 60, CF/88, principalmente o Presidente da República, apresentem ao Congresso Nacional uma proposta de modificação do art. 103, § 2º, CF/88 com o escopo de modificar o texto constitucional e determinar especificamente quais são os efeitos da decisão de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Outrossim, caso não ocorra a modificação do texto constitucional, fomenta-se a apresentação de um projeto de lei que vise a modificação do art. 12-H, Lei 9.868/99, incluindo neste dispositivo legal quais as providências que o Supremo Tribunal Federal possa tomar para colmatar a lacuna legislativa. No entanto, quanto a esta alternativa deve o legislador ser prudente para não elencar hipóteses de atuação da Corte Suprema que possam ser objeto de inconstitucionalidade por afronta ao princípio da separação dos poderes e do próprio art. 103, § 2º, CF/88.

Todavia, caso não ocorra a modificação do texto constitucional ou da Lei 9.868/99, defende-se uma atuação proativa do Supremo Tribunal Federal nos casos de decisão judicial que vise extinguir um vácuo normativo.

Opina-se no sentido que o Pretório Excelso atue como verdadeiro guardião da Constituição e este mesmo determine a forma de como será resolvida a lacuna normativa, seja determinando a aplicação de forma análoga de outras leis infraconstitucionais - como já fez no caso do direito de greve dos servidores público - seja determinando que o dispositivo constitucional de eficácia limitada se torne autoaplicável em virtude da inércia do legislador, seja ele próprio, em uma circunstancia excepcional e temporária, criador do ato normativo que irá regulamentar o direito não usufruído em virtude de falta de regulamentação legal, atuando, assim, como legislador positivo nos casos de omissões inconstitucionais.

Comungando pela possibilidade de o Supremo Tribunal Federal expedir decretos provisórios sobre questões que se encontrem sem regulamentação mesmo após transcorrido o prazo concedido pelo Corte Constitucional, assim se posiciona Flávia Piovesan

[...] finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Essa decisão normativa do Supremo Tribunal Federal, de caráter temporário, viabilizaria, desde logo, a concretização de preceito constitucional. Estariam então conciliados o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais. (7)

Sobre a possibilidade de Cortes Constitucionais expedirem atos normativos é precisa a contribuição de André Puccinelli Júnior

[...] Constituição da Índia, de 26 de Novembro de 1949, cujo art. 32, n. 2, garante ao Supremo Tribunal de poderes para emitir diretivas ou ordens votadas à efetivação de direitos fundamentais. E, após mais de cinquenta anos de intenso uso desta faculdade processual, não se tem notícia de nenhum conflito irremediável entre os órgãos legislativo e judiciário. Longe disso, o que se nota é uma atuação discreta, subsidiária e complementar, mas eficaz o bastante para suprir as lacunas inconstitucionais, mediante a regulamentação provisória de certas matérias, até que seja promulgada legislação com esse propósito. (8)

Todavia, as hipóteses acima elencadas de forma direta ou indireta, em maior ou menor grau, afrontam a concepção clássica de separação dos poderes, logo, caso o Supremo Tribunal Federal se disponha a utilizar alguma das alternativas acima elencadas – como já o fez nos casos de julgamento de Mandado de Injunção – deve fundamentar sua decisão de forma que não afronte as funções inerentes ao poder legiferante ou caso venha a afrontar que preveja a possibilidade do Poder Legislativo, quando sair da sua inércia, legisle de forma plena sobre a matéria regulamentada pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

Defendendo a hipótese de atuação do Poder Judiciário como concretizador das lacunas inconstitucionais é a lição de Eduardo Cambi

[...] a adoção de medidas judiciais não consiste na usurpação das atividades do Poder Executivo ou do Legislativo, mas apenas um complemento da atuação deficiente, com o objetivo de evitar lesões a direitos fundamentais. Caso contrário, os direitos fundamentais se tornariam fórmulas vazias, em virtude de o legislador ou o administrador não ter vontade ou ser incapaz de realizar os direitos fundamentais. Portanto, verificada a omissão inconstitucional, total ou parcial, cabe ao Judiciário atuar para efetivar o direito fundamental e, destarte, evitar a violação da Constituição. (12)

Assim, é plenamente possível que o Supremo Tribunal Federal atue na vanguarda e seja o órgão supridor das omissões inconstitucionais sem que isso afronte ao princípio da separação dos poderes.

Todavia, caso o Supremo Tribunal Federal ainda mantenha sua clássica visão em apenas informar ao Poder Legislativo sua mora em regulamentar um dispositivo constitucional de eficácia limitada com a fixação de um prazo razoável para que seja concluído o processo legislativo, pugna-se que a Corte Constitucional aplique multa diária aos parlamentares omissos até que a lei seja remetida ao Presidente da República para sanção ou veto.

Por fim, há a possibilidade, em tese, da perda da competência constitucional atribuída ao agente público em caso de inércia. Esta situação se configura na hipótese de que o ente legitimado constitucionalmente perca sua competência em virtude do não exercício

desta para outra pessoal também com legitimidade constitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Assim se pronuncia Walter Claudius Rothenburg

[...] seria viável a destituição do sujeito omissor, com a designação de outro, a fim de se implementar a vontade constitucional. O Presidente da República não nomeando Ministros para o Supremo Tribunal Federal, por espaço intolerável de tempo e quiçá até reiteradamente, perderia essa faculdade (poder-dever) em prol de seu previsto sucessor constitucional provisório, o Presidente da Câmara dos Deputados (Art. 80 da Constituição) – com o que haveria, sobre uma troca de sujeitos, uma substituição institucional do Executivo pelo Legislativo. (10)

Decerto que esta possibilidade é radical, haja vista que se estaria alterando a vontade do próprio Poder Constituinte Originário e o próprio texto constitucional sem passar pelo trâmite legislativo previsto no art. 60, CF/88 para modificação da Constituição. Sem mencionar a falta de legitimidade democrática para esta mudança de sujeito competente.

No entanto, defende o doutrinador que esta medida é excepcionalíssima e somente pode ser autorizada quando for insuportável a inércia, seja do legislador ou do administrador, para a concretização dos direitos fundamentais.

Destarte, há inúmeras maneiras em que o Supremo Tribunal Federal pode se posicionar sobre os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para tanto, basta que ocorra vontade dos Ministros que compõem a Suprema Corte brasileira para conceder maior efetividade a supramencionada ação constitucional que visa, sobretudo, proteger os direitos fundamentais dos indivíduos em face do Estado.

3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM PORTUGAL

Quanto ao direito comparado, o primeiro Estado a prevê expressamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão foi a Iugoslávia, em 1974, sendo que a Constituição portuguesa, em 1976, também previu a existência de um instrumento do controle concentrado de constitucionalidade que tem por objetivo combater a questão das omissões legislativas.

O autor lusitano Jorge Miranda afirma que o texto constitucional português sobre a forma de sanar as inconstitucionalidades por omissão foi referência para inúmeros países.

[...] a Constituição portuguesa de 1976 (art. 279º, depois 283º), e, tendo esta por fonte, as Constituições brasileira de 1988 (arts. 103, § 2º, e 5º, LXXI), a santomense, as angolanas de 1992 e de 2010, e a timorense; a fiscalização consta também da Constituição venezuelana. (13)

Inobstante, segundo Rothenburg, existe o controle de constitucionalidade por omissão

[...] na Alemanha, Austria, Itália, Espanha, Estados Unidos, apesar de não haver norma constitucional expressa que institua a fiscalização, os respectivos Tribunais Constitucionais tem conseguido chegar a resultados muito semelhantes, através de técnicas muito semelhantes, através de técnicas muito apuradas de interpretação e integração. (11)

Desta maneira, os ordenamentos jurídicos estrangeiros ou se utilizam do controle concentrado de constitucionalidade ou do difuso para resolverem a problemática das omissões inconstitucionais.

Preceitua o art. 283 da Constituição de Portugal, que a requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça – cargo semelhante ao Procurador Geral da República no Brasil - ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Da análise do texto constitucional verifica-se a legitimidade para movimentar o tribunal constitucional português sobre as omissões inconstitucionais. De forma ampla, a legitimidade somente é conferida ao Presidente da República e ao Provedor de Justiça. Por sua vez, com legitimidade mais restrita, haja vista que é necessário justificar violação aos direitos dessas regiões, há a possibilidade dos presidentes das assembleias legislativas das regiões autónomas ajuizarem pedidos de verificação de inconstitucionalidade por omissão.

Fazendo-se uma confrontação entre o texto constitucional português e brasileiro, verifica-se que a legitimidade para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil é mais ampla do que no país ibérico.

Quanto ao efeito da decisão do Tribunal Constitucional português este, segundo a constituição, se limitará a dar conhecimento ao órgão legislativo. Novamente, fazendo-se uma comparação entre Brasil e Portugal, percebe-se que o texto português apenas trata das omissões inconstitucionais legislativas, diferentemente da constituição brasileira que prevê a possibilidade de omissão de órgão administrativo, bem como não fez expressa menção de quais providências o órgão omissor deve tomar para sanar o estado de inconstitucionalidade,

assim como o fez a Constituição Federal brasileira. Conclui-se com substrato no texto constitucional que a decisão do Tribunal Constitucional é puramente declaratória.

Desta forma, a eficácia deste instrumento português é muito restrita, tendo em vista que a fiscalização contida no art. 283 da Constituição portuguesa, não é nem preventivo e nem substitutivo. Não tem caráter preventivo em virtude do Tribunal Constitucional não interferir na formação dos atos legislativos, somente lhe incumbindo de reconhecer uma omissão juridicamente relevante. Ademais, não tem função substitutiva, pois o Tribunal Constitucional não pode substituir o órgão omissor enquanto perdurar a omissão inconstitucional. Assim, segundo Jorge Miranda, verifica-se que os efeitos desta fiscalização das omissões inconstitucionais são tão irrisórios que por vezes se põem em dúvida esta competência do Tribunal Constitucional é controle de inconstitucionalidade ou se é uma mera medida de defesa da Constituição.

A situação da inconstitucionalidade por omissão e a falta de efeitos mais efetivos em Portugal é mais preocupante do que no Brasil em virtude de não existir em ordenamento jurídico ibérico um instrumento processual subjetivo nos moldes do mandado de injunção que permita o tribunal colmatar a lacuna legislativa através de um procedimento de controle difuso.

Desta forma, os efeitos danosos da inércia legislativa se prolongam no tempo, tendo em vista que a decisão do Corte Constitucional portuguesa não pode sanar a omissão inconstitucional nem fixar prazo para que o órgão legislativo omissor tome qualquer providência, haja vista que a Constituição somente permite que o Tribunal Constitucional informe a omissão inconstitucional ao órgão competente, sem poder lhe atribuir sanções ou colmatar a lacuna legislativa.

Este esvaziamento do instituto em Portugal é comprovado pela informação de Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu

Atenta a atividade do Tribunal Constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão, o cenário não é muito encorajador. No 25º aniversário da Constituição da República Portuguesa, só em quatro acórdãos se havia reconhecido a existência de uma inconstitucionalidade por omissão. (6)

Assim, em que pese o ordenamento jurídico português ter sido modelo de inspiração para diversas constituições nem mesmo neste país há uma prática reiterada de decisões que pronunciem a omissão inconstitucional. Esta é uma consequência do

posicionamento tradicional adotado pelo Tribunal Constitucional português em sede de controle de constitucionalidade por omissão de apenas noticiar o órgão omissor de sua inércia.

Ponto que deve ser abordado é sobre a questão da superveniência da norma infraconstitucional após a instauração do procedimento de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

Sobre esta temática assim leciona Jorge Miranda:

Se, na pendência do processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, for publicada lei que confira plena executabilidade à norma constitucional não executável por si mesma o Tribunal Constitucional tem considerado que se verifica, não uma situação de inutilidade superveniente, mas sim uma hipótese em que deve ser proferida uma decisão de mérito. (13)

Desta feita, verificada esta hipótese o Tribunal Constitucional português adentra ao mérito da questão posta em juízo e julga improcedente o pedido de inconstitucionalidade por omissão em virtude da existência da norma regulamentadora. Tal posicionamento é diametralmente oposto ao do Supremo Tribunal Federal, haja vista que este entende pela perda do objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ou do mandado de injunção – pela mera iniciativa do processo legislativo de projeto de lei que vise regulamentar a norma constitucional de eficácia limitada. Este posicionamento do Supremo Tribunal Federal é equivocado, pois não considera que o simples fato de apresentação de projeto de lei não regulamenta nenhuma norma constitucional, pois ainda não houve a finalização do processo legislativo.

Assim, conclui-se, deste breve estudo comparado entre Brasil e Portugal, que as dificuldades para se sanar as omissões constitucionais são idênticas nos dois países e passam, sobretudo, pela ausência de um posicionamento mais proativo das cortes suprema dessas países para ultrapassar os posicionamentos tradicionais de distribuição de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

CONCLUSÃO

A inconstitucionalidade por omissão, conforme demonstrado, não é só um problema do ordenamento jurídico brasileiro, sendo certo que diversos países preveem em suas constituições um modo de combater este tipo de dano ao texto constitucional, ora criando instrumentos processuais aptos para declarar a inconstitucionalidade por omissão, ora deixando este encargo às cortes constitucionais, que através de métodos de interpretação do sistema normativo visam extinguir as omissões inconstitucionais.

No entanto, do estudo comparado entre Brasil e Portugal, constatou-se que nos dois ordenamentos jurídicos os textos constitucionais não explicitam quais as medidas necessárias que o Corte Constitucional pode tomar para sanar as omissões inconstitucionais, os textos constitucionais são omissos no sentido de estipular de forma específica quais as providências que os tribunais constitucionais podem tomar para sanar o vácuo legislativo.

Desta feita, o ônus desta não especificidade do texto constitucional quanto aos efeitos de uma decisão das cortes constitucionais torna ineficaz o instituto, pois em Portugal o efeito da decisão é meramente de noticiar a omissão ao órgão competente para saná-la. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, com uma atuação mais progressista, vem designando prazos razoáveis para que o Poder Legislativo cumpra com as determinações constitucionais, mas ficando inerte quanto às consequências do não cumprimento deste prazo. Sendo assim, nenhum dos dois instrumentos, criados para resolver a questão da omissão legislativa, seja no Brasil ou em Portugal, resolvem a situação da inconstitucionalidade por omissão.

Assim, entende-se que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal deve atuar como protagonista nos casos de omissões legislativas, sendo que quando instado a se manifestar sobre a inconstitucionalidade por omissão, principalmente a legislativa, e sendo constatada a ocorrência desta, cumpra com sua função de guardião da Constituição e conceda o suprimento faltante para a plena aplicabilidade da norma constitucional, seja através do uso de legislação análoga, seja transformando a norma de eficácia limitada em plena, seja legislando através de sua decisão, caso em que esta funcionará como uma “medida provisória judicial”, tendo em vista que a inconstitucionalidade ocasionada pela inércia dos entes competentes é extremamente danosa para a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- (1) DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional: Controle de Constitucionalidade e remédios constitucionais – São Paulo : Atlas, 2011.
- (2) TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional - 7º ed. – São Paulo : Saraiva, 2009.
- (3) BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro - Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. - 6º ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.
- (4) MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional - 7º ed. – São Paulo : Saraiva.
- (5) HACHEM, Daniel Wundeer. Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte : Fórum, 2012.
- (6) ABREU, Joana Rita de Souza Covelo de. Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento – A inércia do legislador e suas consequências. Curitiba : Juruá, 2011.
- (7) PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. - 2º ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.
- (8) PUCCINELLI JÚNIOR, André. A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador. – São Paulo : Saraiva, 2007.
- (9) MENDES, Gilmar Ferreira et. al. Mandado de Injunção. Estudos sobre sua Regulamentação. – São Paulo : Saraiva, 2013.
- (10) ROTHENBURG, Walter Claudius. Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- (11) ROTHENBURG, Walter Claudius. Direito Constitucional. -São Paulo : Verbatim, 2010.
- (12) CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011.
- (13) MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Tomo IV. 4º ed. Coimbra : Coimbra, 2013.