

REPENSANDO O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO BRASIL (À LUZ DO DIREITO COMPARADO)*

Valeschka e Silva Braga**

Introdução. 1 A necessidade de promoção dos direitos fundamentais. 2 A proteção brasileira contra as omissões do legislador. 2.1 Quanto ao órgão julgador. 2.2 Quanto aos legitimados. 2.3 Quanto à matéria. 2.4 Quanto aos efeitos. 3 A ação de inconstitucionalidade por omissão serve apenas como um instrumento didático e de pressão do legislador?. 4 Mandado de injunção: garantia de eficácia dos direitos fundamentais? 5 Brevíssima análise no Direito Comparado. 6 Alguns argumentos para a maior efetividade das decisões do Supremo nas ações diretas de constitucionalidade por omissão. Síntese conclusiva.

RESUMO

Reflexões sobre o controle de constitucionalidade por omissão brasileiro à luz de alguns mecanismos utilizados em outros países e de argumentos passíveis de utilização pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de expor a necessidade de promover a completa efetividade das normas constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE

Controle de constitucionalidade. Brasil. Omissão legislativa. Estudo comparado. Necessidade. Efetividade. Norma constitucional.

INTRODUÇÃO

É possível iniciar o presente trabalho afirmando que o controle de constitucionalidade das leis é destinado a salvaguardar a supremacia constitucional, assim como os direitos fundamentais. A idéia de controle da omissão do legislador vai bem no sentido desta salvaguarda, pois o seu objetivo é efetivar normas constitucionais, dentre as quais figuram diversas relativas a direitos fundamentais, conforme, por exemplo, o art. 5º, XXIX, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).¹

* Este trabalho consiste em um aprofundamento do tema de uma conferência apresentada pela autora, em 29/3/05, no Master em Direito Público da Universidade Paris XI – Sceaux, Faculdade Jean-Monnet.

** Advogada da União atualmente licenciada para Curso na Universidade Paris I – Sorbonne; Mestre em Direito Público (UFPE); autora de diversos artigos publicados em Revistas jurídicas e do livro *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004; Professora de Direito Constitucional da Faculdade Christus, Fortaleza/CE.

A bem da verdade, a perspectiva que se pretende dar a esta reflexão é limitada a algumas perspectivas comparativas em relação ao controle de constitucionalidade exercido contra as omissões do legislador, sem deixar, obviamente, de destacar os aspectos peculiares da jurisprudência e da legislação pátrias e salientar a sua participação no processo de promoção e proteção dos direitos fundamentais.

De maneira alguma se teve por escopo esgotar o tema ou apenas trazer elementos inteiramente novos. Pretende-se, no entanto, repensar, ou mesmo reforçar, algumas perspectivas do controle de constitucionalidade por omissão do legislador, notadamente no que diz respeito à sua efetividade para fins de produção de leis que venham a suprir a falta de regulamentação de norma constitucional.

Convém salientar, no entanto, que se limitará o campo do presente trabalho ao controle de constitucionalidade exercido no âmbito federal, excluindo-se, portanto, o realizado sobre as omissões estaduais e distritais em relação às respectivas Constituições, embora muito do que se vai tratar se aplique também às inércias legislativas porventura existentes nas entidades federativas (inclusive na esfera municipal).

1 A NECESSIDADE DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo as lições do saudoso professor Louis Favoreu², a proteção dos direitos fundamentais deve ser assegurada contra os Poderes Executivo e Legislativo, não apenas pelos juízes ordinários, como também pelos juízes constitucionais e, ainda, pelos juízes internacionais.

Neste sentido, a Emenda Constitucional n. 45/2004 promoveu um avanço ao incluir no art. 5º que “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão” (§ 4º Incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004), fazendo valer a disposição constitucional transitória prevista desde 1988 (art. 7º), segundo a qual nosso país propugnaria “pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

De toda forma, se o intuito, aqui, é de tratar da omissão do legislador, convém fazer a distinção entre proteção e promoção. Esta é voltada resolutamente para o futuro, tendo, portanto, um objetivo preventivo, porque está a impedir que os direitos fundamentais sejam violados. Pode-se dizer que

quanto à proteção, ela se interessa mais ao que está feito ou está prestes a se fazer. Por conseguinte, é ancorada no presente e voltada para o passado. O seu objetivo é restituir a ordem das coisas, quando esta é incomodada por um ato atentatório aos direitos do homem. Tem um objetivo curativo.³

É necessário dizer que os mecanismos de controle de constitucionalidade por carência do legislador são freqüentemente de pro-

moção e de proteção dos direitos fundamentais, pelo seu caráter declarativo e, às vezes, de orientação do conteúdo.

De acordo com Karel Vasak, um ato de proteção deve ser considerado como um *remédio*, se tiver:

1. *Um ato introdutório desta proteção na ordem jurídica.* Ora, no Brasil, o controle de constitucionalidade por omissão ou carência do legislador está previsto nos artigos 102, I, *a*, e 103, §2º, da Constituição Federal, pela *via direta ou concentrada*. Pode-se dizer, ainda, que o referido controle, encontra-se disposto, em sua forma *indireta* ou *por via de exceção*, no art. 5º, LXXI, para os casos em que a falta de norma regulamentadora “torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, hipóteses de cabimento do *mandado de injunção*.

Por conseguinte, há uma *natureza constitucional* desta proteção, sendo estes mecanismos⁴ provenientes do poder constituinte originário.

2. *Previsão dos autores do ato protetor.* Há, certamente, nas ordens jurídicas onde está previsto o controle de constitucionalidade das omissões do legislador, o estabelecimento dos titulares dos recursos, quer seja conferida titularidade individual, quer institucional, conforme se terá oportunidade de verificar nos ordenamentos rapidamente analisados, no item 5.

3. *O responsável para o exame da infração.* Com efeito, é prevista a intervenção jurisdicional no controle referido. No Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal⁵ julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 102, I, CF/88), mas a competência varia de órgão judiciário na hipótese de mandado de injunção.⁶

4. *Definição dos destinatários do remédio.* No Brasil, eles podem variar segundo a natureza do ato solicitado. A omissão legislativa pode partir tanto do órgão do Poder Legislativo, quanto do Executivo. Se parece estranho se falar em inércia “legislativa” por parte deste, convém lembrar que, nos termos da nossa Constituição Federal, o Presidente da República tem a *iniciativa* privativa dos projetos de lei relacionados no art. 61, §1º⁷, bem como *iniciativa* dos projetos do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais (art. 165, I a III, CF/88), diligência que integra o processo legislativo.

5. *Os resultados poderiam tomar a forma de simples comunicação ou recomendação, de determinação de uma tomada de decisão, do estabelecimento de um relatório, de uma conciliação.* Ainda em relação ao controle de constitucionalidade por omissão do legislador brasileiro, as consequências imputadas podem variar de acordo com a natureza do órgão estatal. De fato, em caso de provimento na respectiva Ação Direta, o Supremo *deverá* dar ciência à autoridade competente, quer legislativa, quer administrativa. No entanto, diferem os efeitos da decisão cientificatória.

Em caso de autoridade administrativa, o Supremo *determina* que a omissão seja suprida em 30 (trinta) dias. Há, pois, uma verdadeira *ordem* para deliberar.

Se tratar de inércia da função legislativa propriamente dita, o Supremo Tribunal apenas científica o respectivo órgão que deve ser sanada a inatividade, limitando-se a uma espécie de «reconhecimento» da sua omissão. Nesta hipótese encontra-se a referente à competência privativa do Chefe do Poder Executivo para o desencadeamento do processo legislativo.⁸

De fato, o Supremo já decidiu, em diversas oportunidades que “*não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, in fine, que prevê a fixação de prazo para o mister*”.⁹

No que diz respeito ao mandado de injunção, durante muito tempo o Supremo Tribunal equiparou os seus efeitos ao da ação direta por omissão, simplesmente tornando ineficaz aquela garantia constitucional. Entretanto, conforme se verá posteriormente, houve avanços, e, mesmo que se esteja diante de uma situação de ausência de ato legislativo complementador de uma norma que enseje a impetração do *writ*, é possível ao STF conceder efeitos diretos ao impetrante, suprimindo, em parte, o amargo gosto da carência regulamentadora (cf. item 6).

6. *A prova da violação.* Normalmente “a proteção está em prol de uma pessoa que se encontra numa situação onde considera não se beneficiar plenamente do gozo dos direitos que lhe são reconhecidos por uma norma interna ou internacional”.¹⁰ Releva salientar que o interessado, quer na ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI) por omissão, quer no *mandado de injunção*, deve comprovar que a ausência de norma inviabiliza a eficácia de uma norma constitucionalmente prevista, não sendo cabível, no entanto, contra a omissão de atos concretos¹¹, nem contra a inércia relativa.¹² É necessária, ainda, a prova de superação de um *tempo razoável*¹³, quer pelo escoamento do prazo previsto pela própria Constituição¹⁴, quer pela existência de uma mora reconhecida (que podem ser descartadas na pendência de projetos de lei).¹⁵

Importante ressaltar, ainda, que somente as normas constitucionais de eficácia limitada¹⁶ são suscetíveis de promover a sanção pela inércia do legislador, afinal, as normas de eficácia plena e contida produzem efeitos desde a sua entrada em vigor.

De resto, é necessário notar que o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal enuncia que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são aplicáveis imediatamente. No entanto, estas normas, pelo seu conteúdo mesmo, podem, eventualmente, atribuir à lei o cuidado de organizar o princípio que elas contêm.¹⁷

Há, por conseguinte, a possibilidade que normas constitucionais tidas pela Constituição como de aplicação imediata resem carentes de uma

legislação posterior para realizar as suas respectivas eficácias, *v. g.* art. 5º, XXXII¹⁸, CF/88.

Isso não afasta o caráter promotor dos direitos fundamentais integrado aos mecanismos de controle da inércia do legislador, mesmo porque é reconhecida a vinculação deste àqueles.¹⁹ Aliás, em outros países, o simples fato de existir este controle viabiliza uma maior efetivação dos direitos fundamentais.²⁰

2 A PROTEÇÃO BRASILEIRA CONTRA AS OMISSÕES DO LEGISLADOR²¹

É possível enunciar uma idéia aceita em todo lugar: garantir um direito é enunciá-lo, reconhecê-lo, mas também é prever seu respeito. Por conseguinte, é necessário assegurar através de mecanismos adequados, que a sua violação cesse, seja pela restituição dos direitos, seja pela justa indenização.²²

Ora, a Constituição brasileira, a fim de assegurar a eficácia dos direitos fundamentais que enuncia, previu mecanismos contra a inércia legislativa. Se por um lado, ela inovou criando o *mandado de injunção*²³, que pode intervir cada vez que a ausência de uma norma regulamentadora torne impraticável o exercício de uma liberdade, de uma prerrogativa ou de um direito constitucional inerente à nacionalidade, à cidadania ou à soberania popular (art. 5º, LXXI), ela também previu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.²⁴

É necessário, entretanto, distinguir o *mandado de injunção* e a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. Estes dois instrumentos do sistema brasileiro, ambos inovação do constituinte de 1988, têm por objeto a proteção contra as omissões de regulamentação dos artigos da Constituição, mas têm diferentes partes, não são necessariamente julgados pelo mesmo órgão judicial, e as matérias sobre as quais podem incidir o mandado de injunção são bem mais estritas.

2.1 Quanto ao órgão julgador

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão de órgãos administrativos e legislativos federais somente pode ser ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, I, *a*, da Constituição Federal.

O *mandado de injunção*, por sua vez, pode ser impetrado em diferentes órgãos judiciários, sendo a competência definida de acordo com a autoridade impetrada. Assim, ele pode ser julgado, nos termos da Constituição de 1988, pelo (1) *Supremo Tribunal Federal* (art. 102, I, *q*, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuída ao Presidente da República; ao Congresso ou uma das suas Câmaras separadamente ou mesmo de suas respectivas Mesas; ao Tribunal de Contas da União, a uma das Cortes Superio-

res, ou, ainda, ao próprio STF); ou, *a fortiori*, art. 105, I, *h*, *in fine* (2) por *órgãos da Justiça Militar*, da (3) *Justiça Eleitoral* (cf. também, art. 121, §4º, V), da (4) *Justiça do Trabalho* e da (5) *Justiça Federal*; ou pelo (6) *Superior Tribunal de Justiça* (art. 105, I, *h*), na hipótese de omissão seja imputada a órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos das competências acima elencadas, tendo, portanto, este último, competência residual.

2.2 Quanto aos legitimados

Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade pode ser ajuizada por todos os legitimados previstos no art. 103, incisos I a IX²⁵, o mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa (física ou jurídica) que se sentir prejudicada pela falta de norma regulamentadora que ponha em cheque o exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

2.3 Quanto à matéria

O mandado de injunção possui objeto material limitado, pois somente pode ser impetrado, conforme já destacado, em caso de ausência de norma regulamentadora seja referente a: direitos e liberdades constitucionais, ou a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Já a ação direta de inconstitucionalidade não possui limite material, podendo ser ajuizada em relação a qualquer norma constitucional que esteja carente de regulamentação. Ela, no entanto, está sujeita à comprovação da pertinência temática²⁶ de alguns dos legitimados previstos no art. 103 (Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, pelo Governador do Estado ou do Distrito Federal, por confederações sindicais ou por entidades de âmbito nacional).

Não caberia, portanto, mandado de injunção contra a falta de regulamentação do art. 153, VII, da Carta de 1988, a menos que se admita que é um “direito constitucional” ver-se a cobrança de imposto sobre as grandes fortunas, tendo em vista o princípio da capacidade contributiva (insculpido no §1º do art. 145 sob a denominação de *capacidade econômica do contribuinte*), argumento de frágil sustentação e difícil admissão pelo Judiciário. Entretanto, nesta mesma hipótese, seria cabível a ação direta por omissão, simplesmente porque resta configurada a inércia legislativa, mesmo que falte iniciativa pelos legitimados universais.

2.4 Quanto aos efeitos

Assim, o mecanismo contra a omissão do legislador realizado pela respectiva ação direta encontra-se incluída no controle de

constitucionalidade abstrato ou concentrado, enquanto o exercido pelo mandado de injunção assemelha-se ao controle concreto ou por via de exceção, com algumas restrições, por exemplo:

1) Os efeitos da decisão na ADI são *erga omnes* e vinculantes.

2) Não cabe recurso extraordinário da decisão proferida no mandado de injunção, ou seja, a competência revisional do Supremo Tribunal resta limitada. Entretanto, nos termos do art. 102, II, *a*, *in fine*, CF/88, o referido *decisum* seria suscetível de recurso ordinário perante o STF, mas apenas na hipótese de ser o mesmo decidido em única instância por algum dos Tribunais Superiores, *se denegatória a decisão*.

3) Não seria possível, ainda, a ampliação dos efeitos *inter partes* a todos (*erga omnes*), realizado pelo Senado através de Resolução (cf. art. 52, X, CF/88). É que, se este ato visa à “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, resta óbvio que não se aplica aos casos de reconhecimento de ausência de regulamentação constitucional, por meio do mandado de injunção.

Apesar destas diferenças, o Supremo Tribunal, infelizmente, na quase totalidade dos casos onde foi questionado pelo *writ*, deu-lhe uma interpretação muito estreita... segundo a qual os efeitos da decisão do mandado de injunção seriam os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão²⁷, ou seja, em diversas ocasiões ele julgou que nada mais poderia fazer que comunicar a carência legislativa, porque não lhe caberia intrometer-se no domínio discricionário do legislador, sob pena de atentar contra a separação dos poderes (dogma que pode ser suplantado, conforme se verá em item seguinte).

3 A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO SERVE APENAS COMO UM INSTRUMENTO DIDÁTICO E DE PRESSÃO DO LEGISLADOR?

A Constituição brasileira emprestou do constitucionalismo português o mecanismo de controle direito da inconstitucionalidade por omissão, que supõe uma ação direta incluída na competência do Supremo Tribunal Federal (artigo 103, §2º, CF/88) para declarar que há uma inércia do poder público, inviabilizadora de eficácia de uma norma constitucional²⁸, não havendo limites quanto à matéria envolvida.

Em outras palavras, a Constituição abre aqui o caminho a um controle de constitucionalidade que recai, não sobre uma ação positiva julgada contrária ao texto constitucional, mas sobre uma omissão.

No entanto, a declaração de inconstitucionalidade não possui nenhuma eficácia jurídica direta porque, tanto o Tribunal Constitucional português quanto o Supremo Tribunal Federal brasileiro consideraram não poder subs-

tituir-se ao legislador na produção das normas, mesmo que a inércia deste esteja inviabilizando a própria a eficácia da Constituição.

Para ilustrar este entendimento, convém transcrever uma das decisões em que o Supremo Tribunal avalia os efeitos da inconstitucionalidade por omissão:

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional.

- Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.²⁹ (Grifo nosso)

Em Portugal, no entanto, em várias situações o legislador parece ter levado em conta as decisões do Tribunal Constitucional, quer para legislar após as declarações de inconstitucionalidade por omissão, quer para prevenir esta mesma modalidade de ação.³⁰

Surpreendeu-nos, entretanto, que o Tribunal Constitucional português tenha depositado tanta confiança na regulamentação legislativa que, no Acórdão n. 36/90³¹, tenha decidido não dar por verificada a omissão da medida prevista no artigo 241, n. 3, da Constituição da República (CR) (correspondente, com nova redação, ao artigo 240º, após a revisão de 1997), em virtude da simples existência de processo legislativo em curso, sem qualquer garantia de seu termo final.³²

Aliás, no próprio acórdão citado o Tribunal argumenta que a dúvida acerca da existência de omissão, pela simples apresentação de projeto ou proposta de lei, para efeitos de declaração de inconstitucionalidade, pode ser afastada pela mera aprovação, embora só na generalidade, da iniciativa legislativa que, “deverá considerar-se, em regra, suficiente para tal efeito”.

Surpresa agradável, no entanto, foi verificar que o referido projeto foi convertido na Lei n. 49, de 24 de agosto de 1990, relativa às consultas diretas aos cidadãos eleitores em nível local. Em outras palavras, a simples proposta da ação fez com que o Poder Legislativo agilizasse sua atuação, tanto que, menos de dois meses após a decisão do Tribunal Constitucional, mesmo não declaratória da inconstitucionalidade (pelos motivos acima expostos), a norma faltante foi editada.

No Brasil, tem-se a sensação que as decisões da Corte brasileira não trouxeram os mesmos efeitos morais ou educativos....

Entretanto, se observarmos mais atentamente, também no Brasil existe exemplo de evidência deste valor pedagógico. Por exemplo, em virtude da decisão de procedência parcial da ação proferida na Ação direta n. 2061/DF³³, julgada em abril de 2001, o então Presidente da República apressou-se em propor projeto de lei de revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais (obrigatória anualmente após a promulgação da Emenda Constitucional n. 19/98) - que se transformou, poucos meses mais tarde, na Lei n. 10.331, de 18/12/2001³⁴ -, mesmo que ele não estivesse exercendo funções administrativas e, portanto, não tenha sido submetido à fixação do prazo de 30 (trinta) dias, para a tomada de providências, nos termos do parágrafo 2º do art. 103, CF/88.

No que diz respeito à maioria das situações omissivas declaradas através de ação direta, não trouxe efeitos práticos aos indivíduos. Convém lembrar que, para evitar maiores riscos provenientes da delonga do processo decisório do controle de constitucionalidade concentrado, o que poderia atingir diretamente os direitos fundamentais é conferida a faculdade ao Supremo de conceder uma medida conservatória, denominada *medida cautelar*, para determinar a suspensão imediata dos efeitos do ato normativo ou legislativo impugnado.

Mas, em uma decisão de 1990, o STF firmou entendimento segundo o qual:

o Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos (e não de omissões) inconstitucionais, um juízo de exclusão, que consiste em remover, do ordenamento positivo, a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na Carta Política. (entretanto) **a suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão³⁵ estatal inadimplente, de que esta em mora constitucional.** (Grifo nosso.)

Esta posição é suscetível de críticas. Ora, se a inconstitucionalidade de uma lei pode ser constatada provisoriamente, mais acentuada e clara é a existência de inércia legislativa! Ademais, se o Supremo, através de uma medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, se limitasse, como se limita no respectivo julgamento do mérito, a encaminhar um alerta ao órgão omissor de que precisa legislar, nada impediria a concessão da medida nesta ação.

Eis que, numa decisão de 1989, em sede de mandado de injunção, o Supremo considerou que à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não há impedimento a “que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional.”³⁶ Assim, se a continuidade dos referidos processos pode ser nociva (*periculum in mora*) e é possível uma constatação sumária da omissão (*fumus bonis juris*), não há justificativa juridicamente válida para a ausência de concessão de medida caulelar nem no *writ*, nem na ADI por omissão.

De qualquer forma, outras considerações ainda precisam ser feitas acerca da inércia legislativa. Assim, analisados alguns aspectos mais intrigantes do controle abstrato de constitucionalidade por omissão brasileiro, convém se questionar se o mandado de injunção realmente promoveu ou garantiu os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

4 MANDADO DE INJUNÇÃO: GARANTIA DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Esta ação *sui generis* deveria permitir ao Poder Judiciário regulamentar as condições de exercício de um direito constitucional, de uma liberdade fundamental ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, a soberania e à cidadania, se a inexistência de uma norma regulamentar tornar o impossível gozo da referida liberdade ou prerrogativa.³⁷

Trata-se de um instrumento por intermédio do qual alguém pode insurgir-se contra a inércia ou a carência regulamentar dos órgãos constitucionais (tais como Chefe do Executivo, uma das Câmaras Legislativas ou o próprio STF), responsáveis da omissão constitucional consistindo a não proceder à regulamentação de uma disposição constitucional que atribui direitos individuais cujo exercício efetivo não seria suscetível de ser assegurado na referida regulamentação.

Conforme destacado anteriormente (item 2, tópico 1) o Supremo Tribunal Federal não tem competência exclusiva para julgar este tipo de ação. Com efeito, a competência é estabelecida de acordo com a autoridade omissa.

Também já foi destacado, em parágrafo final do item 2, que o Supremo teve predominante em sua jurisprudência uma interpretação bastante restritiva desta garantia constitucional. Exemplifica-se: ao julgar sobre a necessidade de regulamentação dos dispositivos contidos no artigo 7º, incisos I e XXI da *Lex legum*, sobre a proteção da relação de emprego contra a despesa arbitrária ou sem justa causa, o pedido foi parcialmente rejeitado, simplesmente porque o Tribunal limitou-se a comunicar a falta ao Congresso, solicitando-lhe a supri-la.³⁸

O próprio Supremo Tribunal Federal se encontra em evolução no sentido de que:

EMENTA: Constitucional art. 8º, §3º do ADCT Anistia. Reparação econômica àqueles que foram impedidos de exercerem, na vida civil, atividade profissional. Portarias reservadas do Ministério da Aeronáutica. **Mora do Congresso Nacional.** Projetos de lei vetados pelo Chefe do Poder Executivo. **Writ pretende a mudança de orientação deste tribunal, para que este fixe os limites da reparação e acompanhe a execução do acórdão. O tribunal decidiu assegurar, de plano, o direito à indenização, sem constituir em mora o Congresso Nacional, para, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, a fixar o valor da indenização.** Mandado de injunção deferido em parte. (Grifo nosso.)

E não parou aí a evolução da jurisprudência do mandado de injunção no sentido da maior efetividade de seus efeitos. De fato, sobre a mesma norma transitória constitucional, o Supremo teve a oportunidade de assentar:

1 - Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que “a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, “*hic et nunc*”, de uma situação de inatividade inconstitucional.” (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24.05.2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção. 2 - Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou “aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização. 3 - Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais

favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do “quantum” devido. 4 - Mandado de injunção deferido em parte. (Grifo nosso.)⁴⁰

Observe-se que este mandado de injunção n. 562-RS foi deferido em parte, importando salientar que restaram vencidos os Ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que tinham entendimento no sentido de concessão da ordem em maior alcance, não apenas reconhecendo a mora legislativa em editar a norma prevista no § 3º do artigo 8º do ADCT, como admitindo, em consequência, “assegurar aos impetrantes o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão a ser proferida.”

Por fim, saliente-se que, se ao mandado de injunção se aplica, *mutatis mutandis*, a legislação referente ao mandado de segurança⁴¹ nada impediria, ao olhos de quem ora escreve que, em caso de procedência do pleito, fosse feito/concedido pedido de suspensão *da injunção* deferida⁴², bem como a aplicação de dispositivos da Lei n. 1.533/51, desde que o *writ* não estivesse tramitando perante o STF (hipótese em que não haveria possibilidade de recurso de apelação), tais como:

Art. 12. Da sentença, negando ou concedendo o mandado cabe apelação.

Parágrafo único. A sentença, que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.

Art. 13. Quando o mandado for concedido e o Presidente do Tribunal, ao qual competir o conhecimento do recurso, ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida.

Lembre-se que, em sendo mantida a posição atual do Supremo, não poderia ser concedida liminar em mandado de injunção, pelos motivos expostos pelo STF quanto à impossibilidade de deferimento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme já exposto no item 3 (vide Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 267 MC/DF).

Ademais, se são aplicáveis, ainda pela aplicação subsidiária das disposições relativas ao mandado de segurança e pela mesma razão pela qual foi

editada a Súmula 266⁴³ do STF - usurpação de competência constitucional do órgão do Poder Judiciário ao qual esta foi atribuída -, seria cabível mandado de injunção apenas se a ausência de norma regulamentadora prejudicasse diretamente o impetrante ou seu representado/substituído.

Ultrapassadas as primeiras considerações acerca do controle de constitucionalidade por omissão, inicia-se, agora, a uma sucinta análise no Direito Comparado, para que, após, se apontem sugestões de avanços da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade abstrato por omissão do legislador.

5 BREVISSIMA ANÁLISE NO DIREITO COMPARADO⁴⁴

Outros países prevêm uma proteção contra a omissão do legislador, mas todos possuem características ora aproximativas, ora distanciadoras do sistema brasileiro. Em Portugal e na Venezuela, por exemplo, existe previsão de um controle abstrato ou direto, em que os Tribunais Constitucionais são os únicos órgãos competentes para decidir.

Por outro lado, embora na Áustria, na Espanha e na Itália não exista um norma constitucional expressa autorizadora deste tipo de controle, os respectivos Tribunais constitucionais têm empregado, segundo nos ensina Jorge Miranda⁴⁵, “técnicas apuradas de interpretação e integração, que resultam em sentenças aditivas, criativas ou apelativas”, que produzem resultados muito semelhantes à fiscalização abstrata da inércia legislativa. Na verdade, os mecanismos previstos nestes países produzem efeitos até mais eficazes que aqueles do controle direto ou concentrado anunciados, por exemplo, no Brasil, em Portugal e na Venezuela.

Na Alemanha⁴⁶, por sua vez, há previsão de um recurso constitucional individual contra as carências legislativas que impedem o exercício dos direitos fundamentais, conforme se terá oportunidade de tratar nas linhas que se seguem.

O *recurso constitucional* alemão é de competência do Tribunal Constitucional, podendo ser interposto por todo aquele que considera-se lesado em um dos seus direitos fundamentais proclamados pelo Título I da Lei Fundamental ou um dos seus direitos garantidos pelo art. 20-4 (direito de resistência); art. 38 (direito de sufrágio); art. 101 (direito ao juiz natural) e art. 104 (liberdade individual):

A fonte da violação é estendida de forma compreensiva, pois ela trata de qualquer ato jurídico ou de comportamento material ou carência [omissão] imputável ao poder público, o que quer dizer nomeadamente que um recurso constitucional pode ser interposto⁴⁷ contra uma lei, um ato administrativo ou uma decisão de justiça.

Para a admissibilidade do recurso constitucional alemão, o requerente deve ser atingido pessoalmente nos seus direitos de maneira direta e atual. Deve, ainda, também ter esgotado as vias comuns (pelo menos se existirem).

Se o Tribunal Constitucional Alemão compreender que o recurso constitucional foi bem fundado, pode revogar a decisão contestada, o que pode conduzi-lo a declarar a nulidade de uma lei ou mesmo a suprir uma omissão do poder público.

Referência clássica do exercício deste recurso para fins de controle da omissão do legislador é a decisão de 29 de janeiro de 1969, na qual o Tribunal Constitucional, diante da previsão constitucional do art. 6º, alínea 5, que prevê a igualdade de tratamento entre os filhos “naturais” e os provenientes do casamento, já tendo fixado prazo para que o legislador atuasse, estabelecera, ainda, que caso não o fizesse, caberia aos tribunais regulamentar a situação no sentido de conceder os benefícios previstos na legislação aos descendentes derivados de um matrimônio aos que não foram nascidos na mesma situação institucional (BEGUIN, 1982, p. 284-289).

A decisão de 29 de janeiro de 1969 serviu para que o *Bundesverfassungsgericht* desse satisfação ao requerente no sentido de assegurar uma indenização, como se ele fosse um filho legítimo, à luz do disposto no art. 6º, alínea 5, da Lei Fundamental tedesca e no Código Civil alemão (art. 1712). Por outro lado, ajudou a que o legislador agisse, após vinte anos de omissão regulamentatória, pois a legislação faltante foi adotada alguns meses depois da decisão comentada: em 19 de agosto do mesmo ano.⁴⁸

O *amparo espanhol*⁴⁹, por sua vez, também é um recurso individual que deve ser interposto necessariamente no Tribunal Constitucional. Constituem fundamentos deste instrumento os artigos 53-2 e 161-1, “b”, da Constituição Espanhola.

Nos termos da Lei sobre o Tribunal Constitucional Espanhol⁵⁰, o *amparo* pode ser intentado por todo aquele que se considerar lesado em um dos direitos de primeira linha (quais sejam: os previstos nos arts. 14 e os previstos no Título primeiro, capítulo II, seção 1 – art. 15 à 29, do Texto Fundamental⁵¹), aos quais convém acrescentar o direito à objecção de consciência (reconhecido pelo art. 30 da respectiva Constituição⁵²), por um ato sem força de lei emanado das Assembléias parlamentares (art. 42), por um ato jurídico ou material proveniente da Administração (art. 43) ou por uma decisão de justiça (art. 44), todos os artigos citados, da respectiva Constituição.

A lei orgânica exclui do campo deste recurso de *amparo* a interposição direta contra a lei. Contudo o seu artigo 55-2 prevê o temperamento seguinte: “se a câmara do Tribunal Constitucional [único competente em matéria de *amparo*] considerar que o ato que lhe é submetido viola os direitos constitucionais, porque foi tomado em aplicação de uma lei inconstitucional, pode desencadear na frente da Assembléia Plena [correspondente ao Tribu-

nal Pleno brasileiro] do Tribunal Constitucional [competente em matéria de controle de constitucionalidade das leis], um procedimento de controle das normas relativas à lei em questão”⁵³. Em outras palavras: nesta hipótese, o próprio tribunal pode, de ofício, desencadear o julgamento de um incidente de constitucionalidade.⁵⁴

Entretanto, se existirem outras vias de recursos ordinários para a garantia do direito, o requerente somente pode demandar perante o referido tribunal depois de esgotá-los.

Na *Colômbia*, há também um *recurso individual*, em caráter subsidiário, para proteger as pessoas das omissões das autoridades públicas, mas este recurso é interposto perante o juiz comum. Contudo a decisão deste juízo fica sujeita à revisão do Tribunal Constitucional.⁵⁵

Enfim, no que diz respeito à iniciativa individual contra as omissões do legislador, é necessário recordar que o *mandado de injunção*, ao contrário dos recursos alemão e colombiano, e do amparo espanhol, não exige esgotamento das vias recursais.⁵⁶

Além disso, o mandado de injunção possui órgãos competentes variados para a sua apreciação, conforme se observa nos artigos 102, I, *q*, 105, I, *h*, e 121, §4º, V, da Constituição Federal de 1988, e tem limites materiais diferentes do *amparo*, e dos *recursos constitucionais* alemão e colombiano. No entanto, como já visto, ele possui “amarras” jurisprudenciais que estes outros não têm.

No que diz respeito ao controle abstrato, em Portugal, embora a decisão no referido controle não tenha efeitos normativos, sendo limitada, lá como aqui, à comunicação da inércia legislativa ao próprio legislador, desenvolveu jurisprudência que tem servido como orientação no sentido de que o órgão omisso acelere sua atividade, adotando, o mais rapidamente possível, a legislação faltante. Pode-se citar como exemplos:

a) No acórdão n. 276/89, o Tribunal Constitucional⁵⁷ entendeu não verificada a omissão de medidas legislativas necessárias⁵⁸ para tornar exequível o art. 120/3, da Constituição⁵⁹, por ter sido publicada entretimes a Lei n. 34, de 16 de julho de 1987.⁶⁰ Nestas circunstâncias, o processo legislativo parece ter sido desencadeado por influência do ajuizamento da ação referente ao processo n. 23/87, em 3 de fevereiro de 1987, que culminou no referido acórdão.

b) Em outro acórdão, de n. 182/89⁶¹, o Tribunal Constitucional decidiu dar “por verificado o não cumprimento da Constituição por omissão da medida legislativa prevista no n. 4 do seu artigo 35, necessária para tornar exequível a garantia constante do n. 2 do mesmo artigo”.

Apesar de terem sido notadas iniciativas legislativas entre 1979 e 1987, nenhum dos projetos ou propostas de lei obteve sucesso. Somente com a Lei

n. 10, de 29 de abril de 1991, a Lei de Proteção de Dados Pessoais face à Informática, a omissão foi efetivamente suprida, tendo sido criada a Comissão Nacional de Dados Pessoais Informatizados e definidos os que deve entender-se por “dados pessoais”.

Na discussão dos projetos de lei de que veio a resultar, *dois anos* depois da decisão, a Lei n. 10/91, no entanto, foi mencionado o referido acórdão, tendo sido referido que o Tribunal Constitucional exprimira que “sem uma lei mediadora que definisse o ‘conceito de dados pessoais para efeitos de registo informático’ e sem saber quais são esses dados pessoais proibidos não era, como não é, possível proibir com rigor o acesso a eles”.

Assim, apesar de demora no reflexo legislativo da decisão do Tribunal, há de se pensar que é *menos má* uma regulamentação tardia que a inexistência total de legislação permissiva da aplicação de preceitos constitucionais, conforme tem rotineiramente acontecido no Brasil.

O exemplo *teoricamente* melhor elaborado atualmente é o da *Venezuela*. Com efeito, a Constituição de 1999 ⁶² prevê que o Tribunal constitucional tem a autoridade de fazer a declaração de inconstitucionalidade por omissão, mas também *pode estabelecer o prazo para que o legislador preencha o seu dever de legislar e fixar os parâmetros da lei futura, nos limites, obviamente, do direito, in verbis:*

Artigo 336. [...]

7. Declarar a inconstitucionalidade das carências do poder legislativo das comunas, estatais ou cidadão, quando não editaram regras ou medidas indispensáveis para a garantia do cumprimento desta Constituição, ou editou-o de maneira incompleta, e estabelecer o prazo e, se necessário, os parâmetros da sua correção (tradução da autora).

A inconstitucionalidade por carência do legislador na Venezuela pode ser derivada do descumprimento dos mandatos concretos para que legislador adote determinadas leis, do incumprimento do conteúdo mínimo estabelecido pela Constituição, da violação do dever de proteção dos direitos constitucionais, assim como a previsão de discriminações não fundadas no princípio de igualdade.

Poder-se-ia questionar se tal modelo não acabaria por acarretar ofensas aos princípios da legalidade e da separação de poderes, tão caros aos Estados Democráticos. Propõe-se, então, acrescentar alguns argumentos para respaldar o controle de constitucionalidade por omissão, tal como concebido na Venezuela, e que poderiam servir para um eventual desenvolvimento da efetividade das decisões pelo Supremo Tribunal Federal.

6 ALGUNS ARGUMENTOS PARA A MAIOR EFETIVIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO NAS AÇÕES DIRETAS DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Relembre-se que, ao se falar em separação de poderes, o que se pretende é uma preponderância de funções nas mãos de determinados órgãos e não a exclusividade. Tanto é assim, que o Legislativo também possui atribuições julgadoras, conforme se depreende do art. 52, I e II, da Constituição de 1988.

Por outro lado, o Executivo também exerce determinadas funções legislativas, quer diretamente no processo legislativo, através do exercício da iniciativa privativa em determinados projetos de lei (art. 61, §1º, da Constituição Federal, cf. nota de rodapé n. 8) e do veto (art. 66, CF/88), quer por meio da expedição de medidas provisórias (art. 62 da Carta Magna).

A função legislativa também não é estranha ao Poder Judiciário, que tem a iniciativa privativa de projetos de lei nos casos de (art. 96, CF/88): criação de novas varas judiciárias (I, *d*); modificação do número de membros dos tribunais inferiores (II, *a*); a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver (II, *a*)⁶³ a criação ou extinção destes tribunais (II, *b*); a alteração da organização e da divisão judiciárias (II, *d*).

Além disso, em virtude da sua autonomia financeira, compete aos tribunais elaborar suas “propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias” (art. 99, §1º), a serem encaminhadas pelos Presidentes do Supremo e das demais Cortes Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais, no âmbito da União (inciso I⁶⁴). Entretanto, prevê atualmente a Constituição que,

Art. 99. [...]

§ 3º. Se os órgãos referidos no § 2º **não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias**, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo.

§ 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites **estipulados na forma do § 1º**, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. (Parágrafos incluídos pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Grifo nosso.)

Ora, está impregnada na nossa idéia de *separação de poderes* um sistema de freios e contrapesos, em que “*le pouvoir arrête le pouvoir*”, célebre frase de Montesquieu que indica a auto-limitação dos poderes.⁶⁵

Aliás, é possível afirmar que por esta teoria não se defende uma separação total dos “poderes”, na qual cada função seria atribuída com exclusividade. Montesquieu, a bem da verdade, defendia uma especialidade do exercício das funções públicas, desde que não houvesse acúmulo destas nas mãos de um só. Ora, os órgãos estatais devem ter “sempre em nome da liberdade, a faculdade de estatuir (decidindo positivamente) e de refrear (agindo negativamente)”⁶⁶. Sendo assim, *em caso de abuso, quer por excesso, quer por carência, outro dos Poderes deve intervir*.

Eis que a modificação constitucional acima citada, promovida pela EC 45/2004, reflete bem esta preocupação, pois, mesmo *em caso de omissão* da remessa de proposta orçamentária, que se configura em *fase preliminar do processo de elaboração da lei orçamentária anual*, o Poder Executivo respectivo, simplesmente considera os valores aprovados na lei orçamentária vigente, observadas as balizas estipuladas conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

Ora, no caso da omissão legislativa, o Poder Constituinte originário previu que caberia ao órgão máximo do Poder Judiciário resolver a controvérsia. E não é possível resolvê-la efetivamente se o julgador cruza os braços diante da reiterada inércia do legislador.

É que, conforme destacou-se anteriormente, o Supremo Tribunal, interpretando literalmente o disposto no art. 103, § 2º, da Constituição, entendeu que não poderia estabelecer prazo para que o legislador expedisse a norma regulamentadora, não tendo, por outro aspecto, se considerado competente para expedir, ele mesmo, uma decisão normativa.⁶⁷

Ora, imaginar que apenas o legislador possa completar a norma constitucional é simplesmente ignorar o poder interpretativo e integrativo dos juízes, o que também pode ser considerado como ofensa ao princípio da separação de poderes.

Isto significa, ainda, que o Poder Legislativo possui uma supremacia superior à da própria Constituição, embora tenha nela obtido a atribuição de suas funções, pois permite que dispositivos constitucionais permaneçam sem eficácia, pela sua inércia.

Em outras palavras, a vontade do legislador (poder constituído) de permanecer inativo acaba prevalecendo sobre a vontade da Constituição (poder constituinte da organização dos próprios poderes do Estado) de ser efetivada.

Ademais, deve-se lembrar que o Poder Legislativo não pode ser exercido ao bel prazer de quem o ocupa, sem o comprometimento indispensável com a efetividade constitucional e com os anseios de quem ele representa! Com efeito, se ele possui discricionariedade, esta possui limites na própria Constituição e mesmo na *lógica do razoável*.⁶⁸

A inconstitucionalidade por omissão deve, sim, acarretar uma sanção para o legislador: a momentânea perda da faculdade de complementar a norma constitucional de eficácia limitada em prol de um papel integrativo do juiz, que poderá, portanto, excepcionalmente, emitir decisão de caráter normativo, que valerá até a edição da lei proveniente do seu real titular, a saber: o poder legislativo. E isto é válido também para o caso da autoridade administrativa competente não expedir o ato normativo no prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 103, §2º da Constituição, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

O que se propõe, portanto, não é a completa tomada do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, mas a tomada de medidas emergenciais para suprir a omissão regulamentadora.

Aliás, mesmo Kelsen⁶⁹ reconhece que existem “casos em que o tribunal atua como legislador e cria Direito substantivo”, sem mesmo “estar obrigado por nenhum Direito substantivo preexistente”, pois “o Direito que veio a existir por meio de um ato livre de criação também é Direito”. Ora, se “anular uma lei é ditar uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade de sua produção [...] e, portanto, uma função legislativa”⁷⁰, já existe claramente uma mínima atribuição legiferante do Judiciário.

Com efeito, o Supremo deveria expedir apenas um mínimo de normas indispensável a que se efetivasse a norma constitucional, deixando ao legislador *margin de apreciação* para determinar o momento em que poderia expedir regulamentação completa.

Obviamente, cautelas devem ser observadas. Por exemplo:

1. Se a lei não pode atentar contra a coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, isso quer dizer que a sentença *normativa* emanada do Poder Judiciário não poderia ser revestida desta característica, pois seria suscetível de ser alterada por legislação superveniente. Na verdade, o Supremo estaria praticando muito mais um ato político que judicial, tanto quanto o faz, nas ações diretas de inconstitucionalidade, no usufruto de suas funções de *legislador negativo*.

Por outro lado, a decisão no controle de constitucionalidade por omissão produziria efeitos como se lei fosse e, em face do princípio da *irretroatividade* das leis, não poderia a legislação posterior, mesmo emanada do Poder Legislativo, retroagir para prejudicar também as situações já consolidadas, tais como ato jurídico perfeito e sentenças revestidas de coisa julgada.

2. A decisão não poderia onerar direta ou indiretamente o orçamento público.

De fato, se na hipótese, o Poder Judiciário atua como substituto *emergencial* do Legislativo, aquele não pode fazer mais do que este, onerando

o orçamento público quando o projeto for de iniciativa *exclusiva* do Chefe do Executivo, nos termos do art. 63, I, CF/88 (que ressalva, no entanto, o disposto no art. 166, § 3º e § 4º do texto constitucional⁷¹) e nos “projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público” (art. 63, II, CF/88).

A situação, obviamente, difere se o julgador se encontrar diante de mandado de injunção, tendo em vista que, não tendo este *writ* efeitos genéricos, a decisão pode ensejar, inclusive, efeitos pecuniários, conforme já decidiu recentemente o Supremo Tribunal Federal (cf. item acerca anterior acerca do referido mandado).

3. Também não poderia a decisão normativa, por força da preservação do princípio da legalidade estrita em matéria penal, prever crimes ou cominar penas. No que diz respeito ao âmbito tributário, haveria impedimento de criação ou majoração de impostos.

4. Outros limites e cautelas precisariam, ainda, ser levantados, mas, por hora, convém passar adiante em outros aspectos, se não esta modesta contribuição jamais chegará ao fim.

SÍNTESE CONCLUSIVA

O presente artigo teve por escopo promover um repensar do controle de constitucionalidade por omissão. Com efeito, espera-se ter contribuído minimamente a uma reflexão, à luz de alguns mecanismos utilizados em outros países e de certos argumentos apresentados, acerca da necessidade, que deve ser sentida pelo Supremo Tribunal, em promover *efetivamente* a força normativa da Constituição.

Lembre-se que a inconstitucionalidade pode ser declarada quer em um processo perante a jurisdição ordinária (controle concreto ou por via de exceção), quer em processo específico de impugnação em tese (controle direto ou abstrato) perante o Supremo Tribunal Federal, tendo o julgador a possibilidade de determinar, de acordo com a necessidade de preservação da segurança jurídica ou de relevante interesse social, a modulação da repercussão jurídica (efeitos) da norma incompatível com a Constituição.

Por fim, também no controle da omissão legislativa deve ensejar produção de efeitos jurídicos práticos para o impetrante do mandado de injunção e, em caso de ajuizamento de ação direta, para todos os prejudicados com a inércia do poder público. Não admitir esta possibilidade acarretaria uma “subversão hierárquica das normas, com a falência da supremacia constitucional, visto que o legislador ordinário se arroga o poder de impedir que um direito conferido pela lei maior opere seus efeitos”⁷².

REFERÊNCIAS

1. Bibliográfica

ALMEIDA, Luis Nunes de. Les effets des arrêts du Tribunal Constitutionnel. In : *La justice constitutionnelle au Portugal*. BON, Pierre et alli. Collection droit public positif. Paris: Economica, 1989, p. 402-403.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAZÁN, Victor (Coord.). *Inconstitucionalidad por omisión*. Bogotá: Temis, 1997.

BEGUIN, Jean-Claude. *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en république fédérale en allemagne*. Paris : Economica, 1982.

BON, Pierre. Exemplarité des atteintes du tribunal constitutionnel espagnol. In: *La justice constitutionnelle en Espagne*. BON, P.; MODERNE, F. et RODRIGUEZ, Y. Collection droit public positif. Paris: Economica, p. 66-148, 1989a.

_____. *Présentation générale (Partie II - les éléments de spécificité)*. In : *La justice constitutionnelle au Portugal*. BON, Pierre et alli. Collection droit public positif. Paris : Economica, p. 148-159, 1989b.

BRITO, Miguel Nogueira de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da; e ARAÚJO, António de. *A execução das decisões do tribunal constitucional pelo legislador*. Relatório do Tribunal Constitucional Português no Encontro dos Tribunais Constitucionais de Itália, Espanha e Portugal, realizado em Roma, em Maio/2001. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020201.html?modelo=normal>. Acesso em 10 jan. 2005.

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

CASAL H., Jesús M. La protection de la Constitution frente a las omisiones legislativas. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 9. ed. Montevideo: Konrad- Adenauer-Stiftung, 2003, p. 33-82.

CHEVALIER-GOVERS, Constance. Le droit à la protection des données à caractère personnel: un droit fondamental du XXI^{ème} Siècle? In : *Enjeux et perspectives des droits de l'homme: l'odyssée des droits de l'homme*. Tome III. Paris: l'Harmattan, 2003, p. 75-96.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FAVOREU, Louis et alli. *Droit constitutionnel*. 6 ed. Collec. Précis. Paris: Dalloz, 2003.

GOMES, Joaquim Barbosa. *La cour suprême dans le système politique brésilien*. Paris: LGDJ, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MBAYE, Keba. *Les droits de l'homme en afrique*. Paris: Pedone, 1992.

MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel*. Col. Droit fondamental. Paris: PUF, 2004.

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

_____. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, t. II.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

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

RODRIGUEZ, José Julio Fernández. *Inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Civitas, 1998.

RODRIGUEZ, Yves. Le tribunal constitutionnel espagnol et les traités internationaux. In: *La justice constitutionnelle en Espagne*. BON, P.; MODERNE, F. et RODRIGUEZ, Y. Collection droit public positif. Paris: Economica, 1989, p. 211-249.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SICHES, Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. 6 ed. México: Porrúa, 1981.

TACITO, Caio. Les nouvelles garanties. In: *La nouvelle république brésilienne: études sur la Constitution du 5 octobre 1988*. Actes du Colloque 5, 6 et 7 octobre 1989 au Sénat (Paris). Collection droit public positif. Paris: Economica, 1991, p. 170-193.

2. Jurisprudências

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. Decisão de 29 de janeiro de 1969. 8, I, p. 10 e ss.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 19/AL. Rel. Min. Aldir Passarinho. Diário da Justiça, Brasília, DF, 14/04/89, p. 5456.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 2.516/AC. Rel. Min. Ilmar Galvão. Diário da Justiça, Brasília, DJ de 15/03/2002.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 2.061/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Brasília, DF, 29/06/2001, p. 33.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 1.484/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, DF, 28/08/2001.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 1.458-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, DF, 20/09/96, p. 34531.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 1.439-MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, DF, 20/09/96, p. 34531.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 889/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Diário da Justiça, Brasília, DF, 22/04/94, p. 8941.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 267 MC/DF, Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, DF, 19/05/95.

_____. Mandado de Injunção n. 608 QO/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça, Brasília, DF, 25/08/00, p. 60.

_____. Mandado de Injunção n. 562/RS, Rel. Acórdão Min. Ellen Gracie, Diário da Justiça, Brasília, DF, 20/06/2003, p. 58.

_____. Mandado de Injunção n. 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, Diário da Justiça, Brasília, DF, 24/05/02, p. 55.

_____. Mandado de Injunção n. 361-1/RJ. Rel. Min. Néri da Silveira. Diário da Justiça, Brasília, DF, 17/06/1994.

_____. Mandado de Injunção n. 278/MG. Rel. acórdão Min. Ellen Gracie. Brasília, 03/10/2001.

_____. Mandado de Injunção n. 107 QO/DF. Rel. Min. Moreira Alves. Diário da Justiça, Brasília, DF, 21/09/90.

_____. Questão de ordem no Mandado de Injunção n. 107 QO/DF. Rel. Min. Moreira Alves. Diário da Justiça, Brasília, DF, 21/09/90, p. 9782.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 638/95. Diário da República, Lisboa, II Série, n. 298, de 28/12/95.

_____. Acórdão n. 276/89. Diário da República, Lisboa, II Série, n. 133, de 12/06/1989.

_____. Acórdão n. 182/89. Diário da República, Lisboa, I Série, n. 51, de 02/03/1989.

_____. Acórdão n. 36/90. Diário da República, Lisboa, II Série, n. 152, de 04/07/1990.

¹ Que trata do privilégio temporário na utilização de inventos industriais pelos respectivos autores, “bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

² FAVOREAU, Louis, 1994, p. 48, *apud* CHEVALIER-GOVERS, Constance. Le droit à la protection des données à caractère personnel: un droit fondamental du XXIème Siècle? In : *Enjeux et perspectives des droits de l'homme: l'odyssée des droits de l'homme*. Tome III. Paris: l'Harmattan, 2003, p. 96.

³ MBAYE, Keba. *Les droits de l'homme en afrique*. Paris: Pedone, 1992, p. 70, tradução da autora.

⁴ Mais à frente se terá oportunidade de salientar as diferenças substanciais e formais entre os dois mecanismos de controle das omissões do legislador brasileiro.

⁵ Vale lembrar, o STF é o órgão superior do Poder Judiciário e os seus membros são vitalícios, sendo sua indicação escolha eminentemente política, dependendo apenas da vontade do Presidente da República (art. 84, XIV, CF/88), sujeita à ratificação do Senado, por maioria absoluta (art. 101, parágrafo único, CF/88). Aliás, na EC n. 45/2004, que tratou sobretudo sobre questões ligadas à Reforma do Judiciário, o constituinte derivado perdeu uma boa oportunidade de debater este tipo de nomeação.

⁶ Cf. arts. 102, I, q ; 105, I, h ; 121, §4º, V, da Constituição Federal de 1988.

⁷ Que “fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas” (I); ou “disponham sobre (II): (a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.” (Redação do artigo em conformidade com as alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais n. 18/98 e n. 32/ 2001).

⁸ Entretanto, poderia o STF estabelecer o prazo de 30 (trinta) dias, nas hipóteses, por exemplo, do art. 84, VI, nos termos da redação dada pela Emenda Constitucional n. 32/2001, segundo o qual compete privativamente ao Presidente da República: “dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

⁹ Cf. ADI n. 2.516-3-AC, Relator Min. Ilmar Galvão, DJ de 15/03/2002; ADI n. 2.061-7-DF, Relator Min. Ilmar Galvão, DJ de 29/06/2001.

¹⁰ MBAYE, *op. cit.*, p. 75.

¹¹ Cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 19/AL, Rel. Min. Aldir Passarinho, julgada em 23/02/1989, publicada no DJ de 14/04/89, p. 5456, segundo a qual: “A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, de que trata o parágrafo 2.º do art. 103 da nova CF, não é de ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em caso concreto, mas sim visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado.”

¹² Cf., p. ex., Mandado de Injunção 608 QO/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 01/06/2000, publicado no DJ de 25/08/00, p. 60 (v. transcrição nota 27 *infra*).

No entanto, a omissão só pode ser descharacterizada se houver lei ou ato normativo com disposição expressa em relação à norma que se pretende a regulamentação, cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 889/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 16/03/1994, publicada no DJ de 22/04/94, p. 8941: “A existência de lei versando sobre a regulamentação prevista no inciso XVI do artigo 21 da Carta Federal, sem a disciplina do aproveitamento dos censores federais, apenas confirma a omissão do Poder Executivo no encaminhamento de projeto com o qual se almeja imprimir eficácia a norma do parágrafo único do artigo 23 do Diploma Maior” (destaque da autora).

¹³ Cf. CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 326; e PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 94-96.

¹⁴ Conforme prevêm os arts. 20, 48 e 50 do ato das disposições constitucionais transitórias, por exemplo.

¹⁵ Cf. Mandado de Injunção n. 361-1/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 08/04/94, publicado no DJ de 17/06/1994, segundo o qual “A mora - que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa -, e de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário a efetividade da lei fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar. III. juro reais (cf. art.192, § 3º): *passados quase cinco anos da constituição e dada a inequívoca relevância da decisão constituinte paralisada pela falta da lei complementar necessária a sua eficácia - conforme já assentado pelo STF (ADin n. 4, DJ 25.06.93, Sanches)-, declara-se inconstitucional a persistente omissão legislativa a respeito, para que a supra o Congresso Nacional”.*

¹⁶ Para uma distinção precisa entre as normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada, cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁷ TACITO, Caio. Les nouvelles garanties. In: *La nouvelle république brésilienne: etudes sur la Constitution du 5 octobre 1988*. Actes du Colloque 5, 6 et 7 octobre 1989 au Sénat (Paris). Collection droit public positif. Paris: Economica, 1991, p. 193.

¹⁸ Sobre a proteção do consumidor. Felizmente esse dispositivo foi regulamentado através da Lei n. 8.078, de 11/09/90, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mesmo que o tenha sido em atraso, pois, nos termos do art. 48 do Ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT), o prazo seria de 120 (cento e vinte) dias, contados da data da promulgação da Constituição de 1988. Curiosamente, outro dispositivo da ADCT previa que, se no prazo de um ano, contado do mesmo termo inicial, não fosse promulgada lei disciplinadora da pesquisa e lavra de recurso e jazidas minerais, todas as autorizações, concessões e demais títulos atributivos de direitos minerários, seriam tornados sem efeito (art. 43)... O legislador teve um atraso bem menor: um mês e meio (para a adoção da Lei n. 7.886, de 20/11/89). Enquanto isso, o art. 50 da ADCT, referente à lei agrícola, segundo o que chegou ao conhecimento da autora desta contribuição, jamais foi regulamentado.

¹⁹ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 324-326.

²⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; BRITO, Miguel Nogueira de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da; e ARAÚJO, António de. *A execução das decisões do Tribunal Constitucional pelo Legislador*. Relatório do Tribunal Constitucional Português no Encontro dos Tribunais Constitucionais de Itália, Espanha e Portugal, realizado em Roma, em Maio/2001. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020201.html?modelo=normal>. Acesso em 10 jan. 2005.

²¹ Além dos clássicos, em português: CANOTILHO, op. cit., passim; PIOVESAN, op. cit.. Cf. também RODRIGUEZ, José Julio Fernández. *Inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Civitas, 1998; BAZÁN, Victor (Coord.). *Inconstitucionalidad por omisión*. Bogotá: Temis, 1997; e CASAL H., Jesús M. La protection de la Constitution frente a las omisiones legislativas. In: *Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano*. 9. ed. Montevideo : Konrad- Adenauer-Stiftung, 2003, p. 33-82.

²² MBAYE, op. cit., p. 76.

²³ TACITO, op. cit., p. 193.

²⁴ Para uma interessante análise dos debates ocorridos durante a Assembléia Constituinte de 1988 acerca dos dois mecanismos, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 167-177.

²⁵ Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

²⁶ Vale destacar que, decorrente da jurisprudência do Supremo, é exigida a *pertinência temática*.

Resumidamente, ela constitui em *uma verdadeira condição da ação no controle de constitucionalidade abstrato*, segundo a qual deve existir relação entre a norma atacada e as atividades próprias exercidas pelo(a) respectivo(a) autor(a). Entretanto, a maioria dos legitimados para propor ações no controle concentrado podem ajuizá-las contra qualquer ato normativo pois possuem *legitimação ativa universal* (são eles: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o partido político com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), presumindo-se uma pertinência temática absoluta, em face de suas próprias atribuições institucionais.

²⁷ Cf., p. ex., Questão de ordem no Mandado de Injunção n. 107 QO / DF, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 23/11/1989, publicado no DJ de 21/09/90, p. 9782 : “em face dos textos da Constituição Federal relativos ao *mandado de injunção*, ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5, LXXI, dos quais o exercício esteja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, é ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Carta Magna).

V. também: Mandado de Injunção n. 361-1/RJ (cit. nota 16, mas com outro trecho destacado), segundo o qual “III. juro reais (cf. art. 192, § 3º) [...] *declara-se inconstitucional a persistente omissão legislativa a respeito*, para que a supra o Congresso Nacional. IV. *Mandado de injunção: natureza mandamental* (MI 107-QO, M. Alves, RTJ 133/11): *descabimento de fixação de prazo para o suprimento da omissão constitucional, quando - por não ser o estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência da norma regulamentadora* (v.g. MI 283, Pertence, RTJ 135/882) -, *não seja possível cominar consequências a sua continuidade após o termo final da dilação assinada.*” (Grifo nosso). E mandado de injunção n. 608 QO/RJ, (cit. nota 13, mas sem transcrição) segundo o qual: “II. *Mandado de injunção: não se prestando sequer para suprir, no caso concreto, a omissão absoluta do legislador - tal a modéstia de suas dimensões, conforme demarcadas pelo STF*, e que o Congresso vem de negar-se a ampliar - menos ainda se prestaria o malfadado instrumento do mandado de injunção a remediar os vícios de inconstitucionalidade que possa ostentar a lei editada para implementar a Constituição.”

²⁸ GOMES, Joaquim Barbosa. *La cour suprême dans le système politique brésilien*. Paris: LGDJ, 1994, p. 53.

²⁹ ADI 1439 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 22/05/1996. No mesmo sentido cf. ADI 1458 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 23/05/1996, publicada no DJ de 20/09/96, p. 34531.

³⁰ Em relatório divulgado no Encontro de Tribunais Constitucionais de Itália, Espanha e Portugal (op. cit.), cita-se que o legislador português seguiu tendência a concertar a sua atividade legislativa constitucionalmente devida com a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional. Retornar-se-á ao tema no derradeiro tópico deste artigo, antes de tecer as considerações sugestivas e conclusivas.

³¹ Publicado no *Diário da República*, II Série, n. 152, de 04/07/1990.

³² Com efeito 3 projetos tinham sido votados, na generalidade, tendo eles baixado à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias para votação na especialidade, nos termos da autorização constitucional contida no art. 168, 1 a 3, *verbis*: « 1. A discussão dos projectos e propostas de lei compreende um debate na generalidade e outro na especialidade ; 2. A votação compreende uma votação na generalidade, uma votação na especialidade e uma votação final global ; 3. Se a Assembleia assim o deliberar, os textos aprovados na generalidade serão votados na especialidade pelas comissões, sem prejuízo do poder de avocação pela Assembleia e do voto final desta para aprovação global.» (sic)

³³ Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 2061/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgada em 25/04/2001, publicada no DJ de 29/06/2001, p. 33, segundo a qual: “Art. 37, X, da Constituição Federal (Redação da EC n. 19, de 4 de junho de 1998). Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, a, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC n. 19/98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo,

não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, in fine, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação.”

³⁴ Estabelecendo reajuste de 3,5%.

³⁵ Ação direta de Inconstitucionalidade n. 267 MC/DF, Min. Celso de Mello, julgada em 25/10/1990, publicada no DJ de 19/05/95.

³⁶ Mandado de Injunção n. 107 QO/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 23/11/1989, publicado no DJ de 21/09/90.

³⁷ GOMES, *op. cit.*, p. 103.

³⁸ Mandado de Injunção n. 278/MG - Mandado de Injunção, Rel. acórdão Min. Ellen Gracie, julgado em 03/10/2001.

³⁹ Mandado de Injunção n. 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 26/10/2000, publicado no DJ de 24/05/02, p. 55.

⁴⁰ Mandado de Injunção n. 562/RS, Rel. Acórdão Min. Ellen Gracie, julgado em 20/02/2003, publicado no DJ de 20/06/2003, p. 58.

⁴¹ Questão de ordem no Mandado de Injunção n. 107 QO/DF (*cit.* nota 27, com referência a outro trecho): “auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, *aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber*. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator.”

⁴² Nos termos do art. 4º da Lei n. 4.348, de 26/06/64: “Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, em efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, contados da publicação do ato.” (Vide também Medida Provisória n. 2.180-35, de 24/08/2001).

⁴³ “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.”

⁴⁴ Vale ressaltar que, o presente trabalho não se pretende à exaustão dos países nos quais existem controles contra a omissão do legislador. Convém, no entanto, mencionar que a escolha dos ordenamentos foi realizada em virtude do interesse particular da autora. A título meramente exemplificativo, porém, afora os países aqui citados, acrescente-se México e Argentina (v. notadamente, disposições da província do Rio Negro acerca da regulamentação da ação direta) também possuem dispositivos de controle contra a omissão do legislador.

⁴⁵ O emprego do verbo ensinar vem no passado, pois, na incapacidade da autora de ter acesso a uma edição mais atualizada da clássica obra de Direito Constitucional do eminente professor lusitano, foi utilizada a seguinte: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, t. II, p. 511.

⁴⁶ Desde janeiro 1969, através da reforma constitucional de 21 de janeiro, houve constitucionalização da Lei de 12 de março de 1951, relativa ao Tribunal Constitucional. Cf. BEGUIN, Jean-Claude. *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale en Allemagne*. Paris: Economica, 1982, p. 137.

⁴⁷ BON, Pierre *et al.* *Présentation générale (Partie II - les éléments de spécificité)*. In : *La justice constitutionnelle au Portugal*. Collection droit public positif. Paris : Economica, p. 148-159, 1989, p. 261.

⁴⁸ BGBl, I, p. 1243.

⁴⁹ Este instrumento é originário da época do Reinado de Aragon e teve repercussão em vários ordenamentos latino-americanos. De fato, existe similar no México (desde a Constituição de 1857), Argentina, Bolívia, Chile, Costa Rica, Salvador, Equador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá e Venezuela, cf. BON, Pierre. *Exemplarité des atteintes du Tribunal Constitutionnel Espagnol*. In: *La justice constitutionnelle en Espagne*. BON, P; MODERNE, F et RODRIGUEZ, Y. Collection droit public positif. Paris: Economica, 1989, p. 108.

⁵⁰ Lei n. 2/1979, de 3/10/79.

⁵¹ Tais como: presunção de inocência, direito de defesa, ao juiz natural e a um prazo razoável na entrega na prestação jurisdicional; direito de ensinar, inviolabilidade de domicílio, segredo das comunicações, etc. Para uma análise das circunstâncias de natureza dos direitos lesado, incluindo citação da jurisprudência espanhola, cf. RODRIGUEZ, Yves. Le tribunal constitutionnel espagnol et les traités internationaux. In: *La justice constitutionnelle en Espagne*. BON, P; MODERNE, F et RODRIGUEZ, Y. Collection droit public positif. Paris: Economica, 1989, p. 215-219.

⁵² Assim, segundo anuncia BON, abrangem o campo de aplicação do *amparo* os direitos e liberdades de primeira e segunda dimensões, sendo excluído tão somente o direito de propriedade (previsto no art. 33 da Constituição). São, portanto, excluídos, os direitos de terceira geração. BON, Exemplarité..., *op. cit.*, p. 111-112.

⁵³ Além disso, o Tribunal Constitucional Espanhol admite, por ocasião de um *amparo*, que o queixoso sustente a inconstitucionalidade de lei aplicada por juiz, por exemplo. Assim, ataca-se, indiretamente, a constitucionalidade de uma lei, que tenha servido de fundamento de uma decisão judicial.

⁵⁴ BON, *op. cit.*, p. 114

⁵⁵ Dispõe a Constituição Colombiana:

“Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.” (Grifo nosso.)

⁵⁶ Talvez o legislador brasileiro tenha tentado instituir na lei reguladora da arguição de descumprimento de preceito fundamental (prevista o art. 102, §1º, CF/88) um mecanismo assemelhado aos recursos individuais de outros países, pois o art. 2º, I, do projeto – que se transformou na Lei n. 9.882, de 3/12/99 - encaminhado ao Presidente da República previa a iniciativa de qualquer pessoa interessada. Infelizmente a iniciativa foi abortada pelo veto presidencial, sob o argumento de que a admissão de um acesso individual e irrestrito seria “incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais.”

⁵⁷ Publicado no *Diário da República*, II Série, n. 133, de 12/06/1989.

⁵⁸ No Brasil, a ação é tida por prejudicada na hipótese de superveniência de lei regulamentadora, cf. ADI 1.484-DF, Rel. Min. Celso de Mello, publicada no DJ 28/8/2001: “O estado de incompleta regulamentação legislativa de determinada prescrição constitucional, quando resulte suprido por efeito de ulterior complementação normativa, importa em prejudicialidade da ação direta, em virtude da perda superveniente de seu objeto”.

⁵⁹ Que teve numeração modificada para 117, após a revisão de 1997, que dispunha: “A lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato”.

⁶⁰ No mesmo sentido acórdão n. 638/95, publicado no *Diário da República*, II Série, n. 298, de 28/12/95), no qual o Tribunal Constitucional proclamou “não ter por verificada a omissão das medidas legislativas necessárias à exequibilidade da norma do artigo 52, n. 3, da CR”, por ter sido publicada a Lei n. 83, de 31/08/95, sobre o direito de participação procedimental e de ação popular.

⁶¹ Publicado no *Diário da República*, I Série, n. 51, de 02/03/1989.

⁶² A referida Constituição, pelo menos teoricamente (sabe-se bem que a prática nem sempre corresponde ao ideal estabelecido nas normas, vide teoria e prática dos dispositivos constitucionais brasileiros) promoveu um reforçado mecanismo para a salvaguarda dos direitos fundamentais, pois além da ação no controle abstrato também prevê, em seu art. 27, a possibilidade de *amparo*.

⁶³ Inciso com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003.

⁶⁴ E, “no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais” (Art. 99, §2º, II).

⁶⁵ Pode-se dizer que John Locke foi o “inventor” desta teoria (cf. *Essai sur le gouvernement civil*, 1690) e Charles-Louis de Secondat – Conde de Montesquieu foi seu “sistematizador” (*L'Esprit des lois*, 1748).

⁶⁶ MATHIEU, Bertrand ; VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel*. Col. Droit fondamental. Paris: PUF, 2004, p. 34.

⁶⁷ Convém salientar que, excepcionalmente, certas Cortes Constitucionais, em virtude de previsão constitucional, podem produzir normas de direito constitucional formal. “É o caso da Áustria, onde a Corte pode ser demandada pelo Governo Federal ou de um Governo de um *land* para decidir se um projeto de lei compreende o domínio da competência federal ou provincial. A decisão assim proferida es considerada como complemento das disposições constitucionais regrado a distribuição de competências legislativas.” FAVOREU, Louis *et alli*. *Droit constitutionnel*. 6 ed. Collec. Précis. Paris : Dalloz, 2003, p. 77.

⁶⁸ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, p. 429-432; SICHES, Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. 6 ed. México: Porrúa, 1981, p. 251-252.

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 243-244.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 310.

⁷¹ “§ 3º. As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

- a) dotações para pessoal e seus encargos;
- b) serviço da dívida;
- c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou

III - sejam relacionadas:

- a) com a correção de erros ou omissões; ou
- b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.

§ 4º. As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.”

⁷² BARROSO, *op. cit.*, p. 166.

RETHINKING CONSTITUTIONALITY CONTROL IN OMISSION CASES IN BRAZIL AS REFERRED TO COMPARATIVE LAW

ABSTRACT

The text presents some considerations on the Brazilian mechanism aimed at controlling unconstitutionality through omission, exploring instruments used in other countries and arguments that may be used by the Federal Supreme Court in order to display the need of promoting the complete effectiveness of constitutional rules.

KEYWORDS

Constitutionality control. Brazil. Legislative omission. Compared studies. Need. Effectiveness. Constitutional rules.

REFLEXIONS SUR LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE PAR OMISSION BRESILIENNE A LA LUMIERE DE QUELQUES MECANISMES UTILISES DANS AUTRES PAYS

RÉSUMÉ

Réflexions sur le contrôle de constitutionnalité par omission brésilienne à la lumière de quelques mécanismes utilisés dans autres pays et d'arguments passibles d'utilisation par le Suprême Tribunal Fédéral, afin d'exposer la nécessité de promouvoir la complète efficacité des normes constitutionnelles.

MOTS-CLÉS

Contrôle de constitutionnalité. Brésil. Omission législative. Étude comparée. Nécessité. Efficacité. Norme constitutionnelle.