
O ápice da atuação: omissões legislativas (i) legitimam o ativismo judicial

Thompson Adans Rodrigues Gomes

Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Pesquisador pelo CNPq – Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC).

Carlos Eduardo da Silva Galante

Mestre em Direito Internacional. Mestrando em Direito Constitucional. Pós-graduado em Direito Constitucional, Administrativo, Penal, Civil, Processual Civil. Graduado em Secretariado e em Direito. Professor de cursos de graduação, pós-graduação, cursos a distância e preparatórios para o Exame de Ordem e concursos públicos.

Resumo: Este artigo apresenta a omissão legislativa e suas consequências para a sociedade, aborda-se a liberdade de criar do legislador e sua relação de obrigatoriedade em legislar. Por meio de uma abordagem crítico-interpretativa e análise de uma extensa fonte bibliográfica, pretende-se expor o vácuo social gerado pela omissão do Poder Legislativo. Evidenciam-se os remédios ou as ações constitucionais que têm por finalidade minimizar os efeitos das omissões ocasionadas pelos legisladores e reflete-se acerca da instituição de sanções ao Poder Legislativo por abuso de poder negativo. Propõem-se, ainda, soluções para se obstar essas omissões. Uma delas é a atuação supletiva do Judiciário e, em última análise, questiona-se se tal atuação poderia ser classificada como ativismo judicial e se poderia ser legitimada devido ao vazio ocasionado pela omissão legislativa.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade por omissão. Conformação do legislador. Poder negativo. Sanção. Atuação supletiva. Eficácia da norma constitucional.

Sumário: Introdução. 1 A liberdade de criar. 2 A eficácia da norma constitucional: a incumbência ao legislar. 2.1 Normas de eficácia limitada. 2.2 Normas programáticas. 2.3 Omissão legislativa: O vácuo da inação. 3 Engrenagens do sistema de ação. 4 Agindo nos limites do ativismo. 5 Considerações finais. Referências.

Introdução

As omissões inconstitucionais são um tema relevante devido ao impacto que ocasionam na sociedade, no sentido de promover um vácuo social e não permitir o pleno desenvolvimento jurídico, social, cultural e econômico. É certo que os legisladores não são obrigados a legislar, embora essa seja a tarefa precípua atribuída a eles pela Constituição Federal, o que configura uma relação paradoxal, pois, se são eleitos para legislar, por qual razão não se lhes impõe que legislem?

Essa liberdade de conformação dos legisladores vem sendo utilizada de forma abusiva, destarte, o excesso de poder negativo traz estagnação para a sociedade. Concernente a tal postura do Poder Legislativo, surge a reflexão: ora, os Poderes são pautados por uma relação harmônica, porém, o abuso do poder negativo dos legisladores não torna desequilibrada esta relação? E o que se poderia fazer no caso em tela? A Constituição propôs ações constitucionais para obstar as omissões inconstitucionais, contudo, a decretação de inconstitucionalidade por omissão gera efeitos mínimos ao Legislativo, promovendo a incúria. Dentre as mais variadas soluções para a mora legislativa em legislar, está a atuação supletiva do Judiciário, que seria o ponto culminante pela busca do equilíbrio entre os Poderes; entretanto, essa atuação pode ser vista como ativismo judicial.

O objetivo geral deste estudo é evidenciar o desleixo do Poder Legislativo e sua despreocupada postura em legislar, que é fundada na liberdade de conformação dos legisladores, os

quais se valem desta para justificar sua inércia. Ao que se aborda especificamente na obra, tem-se desenvolvimento do raciocínio de aplicações de sanções às posturas abusivas de poder negativo do Legislativo, além disso, evidencia-se a possibilidade de atuação supletiva do Judiciário, afastando-a do ativismo judicial, de modo a defender que são classificações distintas de formas de atuações judiciais.

A escolha do tema se funda na possibilidade de demonstrar o quanto vem sendo prejudicial a postura omissa do Poder Legislativo, que, embasado em uma teoria arcaica de relação harmônica dos Poderes, escusa-se de uma obrigação de cunho social para a qual foram eleitos legisladores. Este estudo se vale do referido tema para alcançar objetivos específicos de cunho social e jurídico: o incentivo da discussão de aplicação de sanções à incúria legislativa; a busca do reequilíbrio entre os Poderes por meio de uma atuação supletiva do Judiciário, que não deve ser confundida como ativismo; e, por fim, o alcance do desenvolvimento pleno da sociedade, retirando-a de um vácuo social.

1 A liberdade de criar

O Poder Legislativo pátrio é fortemente criticado por sua inércia frente a muitas demandas sobre as quais prefere manter-se em silêncio. Contudo, a sociedade se engana ao acreditar que a taciturnidade legislativa incorre em negligência para com a população, de tal forma a desconsiderar o princípio da liberdade de conformação do legislador, que possibilita aos representantes

do legislativo exteriorizar condutas ativas e omissivas, ou seja, “[...] a atuação dos representantes do povo no Parlamento ocorre concomitantemente nas modalidades positiva e negativa [...] a partir da ação e da omissão na elaboração de comandos normativos” (BARBOSA, 2015). Assim, vê-se que “[...] o silêncio legislativo [...] não é necessariamente um problema a ser resolvido, podendo ser uma opção política válida” (BARCELLOS, 2015, p. 666 apud BARBOSA, 2015).

Segundo Caixeta (2015), a liberdade de conformação do legislador é essencial à democracia, e tal liberdade compreende tanto o ato legislado quanto a decisão de legislar ou não – ou, ainda, quando legislar. De modo que não se deve confundi-la com arbitrariedade, não podendo ser cerceada sob o fundamento de que o legislador, ao se calar, se transforma em poder constituinte ao decidir quando tornar aplicável uma norma constitucional. Ainda sobre a liberdade de conformação do legislador, Caixeta (2015) expõe que, se no constitucionalismo liberal clássico o legislador era absolutamente livre (devido à potestade do Parlamento, para decidir quando, como e se legislar), no constitucionalismo democrático, essa liberdade não é tão extensa, pois o constituinte desconfiou do legislador ordinário, destarte a tornar a liberdade de conformação não irrestrita. Assim, segundo Cunha Júnior (2012), a referida liberdade de conformação encontra nítidos limites e, ainda, está vinculada à observância do padrão mínimo, o qual tem a finalidade de assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna.

Em relação ao assunto exposto neste tópico, a doutrina não se mostra uníssona, pois alguns autores se posicionam de forma rígida a não dar espaço para liberdade de conformação ou interpretá-la de modo que o legislador não tenha a opção de inércia e sim somente a escolha de quando legislar, e outros, como foi demonstrado acima, lecionam que o silêncio legislativo é válido. Desta forma, para complementar a visão sobre o tema, evidencia-se a concepção de Cunha Júnior (2012), o qual leciona, acerca da liberdade de conformação do legislador, que:

Esta consiste tão-somente, segundo defendemos, no espaço livre de deliberação do legislador acerca do “como” dispor normativamente sobre a matéria sujeita à regulação, isto, evidentemente, se a própria norma constitucional não estabelecer o meio a ser adotado. Mas o dever de legislar se impõe. Uma coisa é a obrigação de legislar, outra é como legislar. Evidentemente que esta última só terá sentido se a primeira se efetivar (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 636).

Ainda em convergência com os pensamentos de Cunha Júnior (2012), o dever de legislar e a liberdade de conformação devem ser entendidos em conjunto, no sentido de que o legislador deve legislar, tem a obrigação indeclinável de legislar, porém, quando legislar, em cumprimento a um dever constitucional, tem a liberdade para decidir como e de que modo fazê-lo. Ademais, essa liberdade, nas palavras de Cunha Júnior (2012), não é um “cheque em branco”, pois ela se submete a um conteúdo mínimo, conhecido como núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Objetivando adicionar clareza aos limites da liberdade de conformação do legislador, Cunha (2012), interpretando Canotilho, diz que o referido autor “[...] reafirma o compromisso

e a capacidade de a Constituição dirigente limitar a liberdade de conformação do legislador e vinculá-lo aos fins que integram o programa constitucional” (COUTINHO, 2005, p. 31 apud CUNHA JÚNIOR, 2012, p.139), desta forma “[...] o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional” (COUTINHO, 2005, p. 15-16 apud CUNHA JÚNIOR, 2012, p.139).

Diante do que fora exposto, percebe-se que o legislador pátrio, frente aos atos normativos, possui uma liberdade de conformação, contudo, ela não se demonstra absoluta e, ainda, quando há relação com os direitos fundamentais, tal liberdade se torna menos flexível, conforme Sarlet (2012), citando Canotilho (1992). Aquele autor discorre que a densidade da norma constitucional é correlata à proximidade da norma em relação aos seus efeitos e às condições de aplicação, de modo que, quanto mais densa a norma, menor a liberdade de conformação do legislador; entretanto, haverá normas mais densas que outras, podendo reclamar uma interposição do legislador. Ressalte-se, também, que o silêncio legislativo, segundo doutrinadores, pode ser encarado como uma opção política válida, porém, até onde se considera este silêncio sem desembocar em uma omissão inconstitucional?! Ora, a liberdade de conformação pode contrariar normas constitucionais? Esses questionamentos serão pontos da próxima análise deste trabalho, os quais estão relacionados à classificação e à eficácia da norma constitucional, que construirá a base dos argumentos sobre a omissão inconstitucional, que,

segundo Mendes e Branco (2014), é um evento relativamente recente, pois antes, a inconstitucionalidade da lei configurava-se sempre diante de inconstitucionalidade por ação, isto é, resultava de um afazer positivo do legislador.

2 Eficácia da norma constitucional: a incumbência ao legislar

Dentre tantas classificações das normas constitucionais – normas constitucionais *self-executing* e *not self-executing*; classificação da doutrina italiana; classificação de J.H. Meirelles Teixeira; de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito; de Maria Helena Diniz; de Pontes de Miranda e de outros grandes doutrinadores –, preferiu-se seguir a classificação de José Afonso da Silva, a qual se demonstra mais útil ao objetivo proposto por este trabalho, pois tal “[...] classificação prima pela efetividade constitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 181).

Conforme Silva (1999) defende, não há norma constitucional destituída de eficácia, e todas irradiam efeitos jurídicos, importando inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição e nova ordenação instaurada. Segundo o autor, o que se pode admitir é que “[...] a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida” (SILVA, 1999, p. 81-82). Assim, considerando que todas as normas constitucionais possuem eficácia, “[...] sua distinção, sob esse aspecto, deve

ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos” (SILVA, 1999, p. 82). Cunha Júnior (2012) expõe que Silva (1999) parte da classificação da doutrina italiana, de Vezio Crisafulli, na qual as normas constitucionais classificam-se, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos: a) normas constitucionais de eficácia plena, que possuem aplicabilidade imediata; e b) normas constitucionais de eficácia limitada, que se subdivide em: normas de legislação e normas programáticas. Contudo, a classificação de José Afonso acrescenta um grupo, “[...] a fim de fazer-se uma separação de certas normas que preveem uma legislação futura, mas não podem ser enquadradas entre as de eficácia limitada” (SILVA, 1999, p. 82). Destarte, conclui-se que o autor em questão “parte da premissa de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia e aplicabilidade, variando apenas, para mais ou para menos, o grau de eficácia e aplicabilidade entre elas” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 172), e desta maneira é proposta a classificação tríplex: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que ainda se subdivide em: normas de princípio institutivo ou organizativo e normas de princípio programático.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor, “[...] produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta

e normativamente, quis regular [...]” (SILVA, 1999, p. 101), pois são “[...] dotadas de normatividade suficiente para atuar. Assim, são de aplicabilidade direta, imediata e integral” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 172). De acordo com Cunha Júnior (2012), são normas de eficácia imediata os seguintes dispositivos da Constituição Federal: definidoras de direitos e garantias (§1º do art. 5º); normas de competência da União (art. 21), dos Estados (arts. 25/28) e Municípios (art. 29/30); normas de competência tributária (arts. 145, 153, 155 e 156); atribuições dos Poderes (arts. 48/49, 51/52, 70/71, 84 e 101/102), dentre outras.

José Afonso afirma “[...] não parecer possível estabelecer um critério único e seguro para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena das demais” (SILVA, 1999, p. 98-99). Contudo, segundo o autor, pode-se fixar regras gerais sobre o assunto, de forma que para ter-se uma norma de eficácia plena, esta precisa ser completa, possuindo todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Desta maneira, embasando-se na doutrina norte-americana – normas constitucionais *self-executing* e *not self-executing* –, as normas de eficácia plena, “[...] no dizer clássico, são auto-aplicáveis [...]” (SILVA, 1999, p. 102), pois “[...] lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime” (BARBOSA, 1933 apud SILVA, 1999, p. 99). Cite-se, ainda, a condição geral para a aplicabilidade destas, como sendo “[...] a existência do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem

normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos” (SILVA, 1999, p. 102).

Direcionando o foco às normas constitucionais de eficácia contida, pode-se afirmar que elas “[...] são de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior” (SILVA, 1999, p. 116), porém, “[...] fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram” (SILVA, 1999, p. 116). Conforme Cunha Júnior (2012), enquanto não advier lei que reduza a eficácia da norma em questão, ela tem eficácia plena e a aplicabilidade é integral. Devido a isso tais normas “[...] são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade” (SILVA, 1999, p. 83).

De acordo com Silva (1999), as normas de eficácia contida podem ser restringidas por elementos que não a lei, de larga difusão no direito público como “ordem pública”, “segurança nacional ou pública”, “integridade nacional”, “bons costumes”, “necessidade ou utilidade pública”, “perigo público iminente”, dentre outros. Assim, Silva, expõe as características das normas constitucionais de eficácia contida:

I - Em regra, demandam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa tão-somente a restringir-lhes

a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos, sem afetar-lhes a essência. Isso significa, que no exercício dessa faculdade de contenção de efeitos, não pode o legislador infraconstitucional negar a própria norma constitucional, esvaziando-a normativamente. Deverá respeitar a vontade do constituinte, assegurando o conteúdo mínimo da norma;

II - Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma de contenção, sua eficácia será plena, nisso distinguindo-se das normas de eficácia limitada, uma vez que, quanto a estas, a *interpositio legislatoris* destina-se a lhes conferir plena eficácia;

III - Embora podendo ser contidas nos seus efeitos plenos, elas são de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam;

IV - Algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (*bons costumes*, ordem pública, segurança nacional, etc.), como valor político ou social a preservar, que pode implicar a limitação de sua eficácia. Isso significa que a redução dessas normas pode advir da interpretação de um conceito desses;

V - Ademais, sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, por exemplo) (SILVA, 1999, p. 104-105).

Logo, observando-se o que foi exposto, pode-se dizer que as normas de eficácia contida “[...] têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público, valendo dizer: consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas, [...]” (SILVA, 1999, p. 116) sendo que “[...] as regras de contenção de sua eficácia constituem limitações a esses direitos e autonomias” (SILVA, 1999, p. 116). Desta forma, conclui-se que as normas de eficácia contida, “[...] são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada

matéria” (SILVA, 1999, p. 116), entretanto, “[...] deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados” (SILVA, 1999, p. 116).

Até o momento, foram abordadas as normas de eficácia plena e contida. Explicitaram-se alguns conceitos e o modo como tais normas influem no ordenamento jurídico. Contudo, para a discussão em torno da omissão legislativa, faz-se necessário o exaurimento do pensamento conexo às normas de eficácia limitada, pois estas são relevantes para o fim almejado, que é abordar com propriedade a omissão inconstitucional legislativa. Estas normas se inserem em um contexto de maior ação e omissão em relação ao Poder Legislativo, se fazendo mister o pleno entendimento da matéria para que se possa determinar o que percebe-se por omissão inconstitucional legislativa.

2.1 Normas de eficácia limitada

No grupo das normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, estão inseridas as normas que “[...] não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante” (SILVA, 1999, p. 82-83), deste modo deixou-se “[...] essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado” (SILVA, 1999, p. 83). Leciona Silva (1999) que a estas normas se atribuem as características de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida,

pois somente incidem totalmente sobre os interesses objeto de sua regulamentação após uma normatividade ulterior que lhe desenvolva a eficácia, “[...] conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes” (SILVA, 1999, p. 83).

Conforme foi exposto, José Afonso da Silva dividiu essas normas em: a) normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo e b) normas constitucionais de princípio programático. As primeiras são aquelas em que “[...] o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades e institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei” (SILVA, 1999, p. 126). Desta forma, pode-se afirmar que as normas institutivas possuem “[...] conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações. Tem, pois, natureza organizativa; sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos” (SILVA, 1999, p.125). Contudo, o legislador constituinte não deixou a integração de tais normas ao bel prazer dos legisladores ordinários, assim, essas normas “[...] deixam menor ou maior campo à atuação discricionária do legislador ordinário, mas sempre há um mínimo que um poder mais elevado – o constituinte – quer ver atendido” (SILVA, 1999, p. 125).

Concernente às normas constitucionais de princípio institutivo, há uma relevante distinção destas que deve ser

feita sob a ótica da obrigatoriedade. Em conformidade com o pensamento de José Afonso da Silva (1999), estas normas podem ser classificadas em impositivas e facultativas. Essa classificação se deu devido a problemas doutrinários de configuração da eficácia da norma e tem por finalidade elucidar não só a eficácia referente a tais normas, mas também introduzir a noção de omissão legislativa.

As normas são impositivas quando “[...] determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa” (SILVA, 1999, p. 126), ou seja, “[...] estatuem a obrigatoriedade de o legislador emitir uma lei, complementar ou ordinária, na forma, condições e para fins previstos” (SILVA, 1999, p. 128). Já as normas facultativas ou permissivas, “[...] não impõem uma obrigatoriedade; limitam-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada” (SILVA, 1999, p. 127), assim, nas palavras de José Afonso:

[...] atribuem poderes para disciplinar o assunto, se achar conveniente – isto é, dão-lhe mera faculdade, indicando ser possível regular a matéria –, do que deflui, para ele, discricionariedade completa quanto à iniciativa dessa regulamentação, mas uma vez tomada à iniciativa, a regra constitucional é vinculante quanto aos limites, forma e condições nela consignados (SILVA, 1999, p. 128).

Considerando o que foi exposto, adentra-se na imposição ao legislador do dever de legislar e na configuração da omissão. Neste ponto, levanta-se a questão: quão eficaz é a obrigatoriedade imposta ao legislador para que emita normas integrativas? “A

observação, colhida na prática constitucional, demonstra que aquela obrigatoriedade é de pequena eficácia, visto que, ao menos juridicamente, não se pode constranger o legislador a legislar” (SILVA, 1999, p. 128), ressalte-se que ele não pode ser constrangido “[...] nem mesmo naqueles casos em que lhe é prefixado prazo” (SILVA, 1999, p. 128). Entretanto, se o comando impositivo não for cumprido, “[...] a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional [...] sindicável e controlável jurídica e jurisdicionalmente, por força do §2º do art. 103 da Constituição de 1988” (SILVA, 1999, p. 129). Ao que concerne ao assunto, José Afonso da Silva (1999) expõe que a mera ciência ao Legislativo pode ser ineficaz, pois este não está obrigado a legislar devido aos termos estabelecidos pelo princípio da discricionariedade do legislador. De acordo com Levi (1953), ninguém possui direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, mesmo que determinado na Constituição e, ainda, que a obrigação de legislar possui uma natureza política e não jurídica. Contudo, em que pesem as considerações anteriores referentes à natureza política da obrigação de legislar, tendo a “Constituição reconhecido a inconstitucionalidade por omissão, a obrigação de legislar, especialmente após o reconhecimento jurisdicional dessa inconstitucionalidade, tem natureza jurídica e moral. Falta-lhe, porém, sanção específica” (SILVA, 1999, p. 129).

Em torno da norma constitucional dependente de legislação, tenham-se algumas considerações. Conforme aborda José Afonso da Silva (1999), a norma constitucional dependente de legislação

entra em vigor na data prevista na constituição, porém, sua integral eficácia fica condicionada à lei integrativa, destarte, tais normas, desde sua entrada em vigor, são aplicáveis até onde possam, sendo que muitas destas possuem eficácia quase plena, cabendo ao legislador ordinário apenas o aperfeiçoamento de sua aplicabilidade. Objetivando ir mais além, Silva, sobre as normas constitucionais em tela, expõe que:

[...] a) se são confirmativas de situação jurídica preexistente, esta permanece reconhecida, como era, até que a lei integrativa lhe imponha a alteração prevista; b) se traçam esquemas novos, revogam normas jurídicas preexistentes, instituidoras de situações contrárias ao princípio nelas consubstanciados, e a situação nova só será validamente configurada com a promulgação da lei integrativa; c) se traçam esquema contrário a situações preexistentes, também invalidam as normas agasalhadoras dessas situações, e a nova situação somente poderá começar a ser formada com a promulgação da lei integrativa (SILVA, 1999, p. 132).

Este autor ainda ensina que “[...] em certos casos, a não-existência de uma lei integrativa de determinada regra constitucional importa a limitação de quase todo um conjunto de disposições” (SILVA, 1999, p. 134), em outras palavras pode-se dizer que:

[...] quando um conjunto de normas constitucionais prevê a instituição de um órgão, com suas atribuições e competências, mas deixa à lei ordinária a regulamentação de aspectos de seu funcionamento, praticamente essa lei interfere com todo o conjunto, que permanece inerte até sua superveniência. No entanto, salvo a existência de outra norma constitucional, mantendo a situação pretérita (sendo o caso), esta desaparecerá sob a eficácia das normas que esquematizaram a situação nova (SILVA, 1999, p. 134).

Voltando atenção às normas permissivas, estas, em regra, “[...] abrem a possibilidade de regular, organizar, ou instituir situações diferentemente das previstas em outras normas ou princípios constitucionais” (SILVA, 1999, p. 134). Desta forma, afirma-se que “[...] se o legislador não se utilizar da faculdade que lhe é outorgada, prevalecerão as situações instituídas nas normas ou princípios excepcionados” (SILVA, 1999, p. 134). Assim, conforme o exposto, assevera José Afonso da Silva (1999) que o legislador tem apenas uma faculdade e, em relação à iniciativa da lei, este possui discricionariedade completa, de tal forma a não poder ser censurado nem moral e nem politicamente se não a tomar, não cabendo sequer declaração de inconstitucionalidade por omissão nesse caso. Entretanto, fica o legislador “[...] vinculado ao texto constitucional se resolver disciplinar os interesses ou instituições consignados à sua discricção” (SILVA, 1999, p. 134). Por fim, José Afonso da Silva (1999) declara que as normas em tela facultam ao legislador regular determinado assunto, conforme a lei. E, ainda, em seu dizer: são “[...] permissivas, mas não destituídas de eficácia, pois limitam a ação do titular da permissão, o que prova que são dotadas de imperatividade, porquanto, dadas as circunstâncias de sua incidência, obrigam determinado comportamento” (SILVA, 1999, p. 134).

Antes de expor sobre as normas programáticas, faz-se relevante apresentar, mesmo que de forma geral ou que retome os conceitos acima evidenciados, a aplicabilidade das normas constitucionais de princípio institutivo, com a finalidade de

deixar explícitas tais características. Elas “[...] são aplicáveis, independentemente de lei prevista, enquanto possam, o que se percebe pela configuração de elementos autônomos que contenham” (SILVA, 1999, p. 135). Contudo, “[...] sua aplicabilidade depende da promulgação de lei integrativa [...], no caso, vale como instrumento de executoriedade” (SILVA, 1999, p. 135). Concernente ao assunto, discursa José Afonso da Silva (1999) que, apesar desta norma constitucional depender de lei integrativa, tal lei é mero instrumento subordinado, e mesmo que a norma constitucional revele simples esquema continuará a ter sua característica de regra jurídica dotada de supremacia hierárquica. Findando o assunto, o autor atribui às normas em tela a característica de aplicabilidade imediata no que tange à legislação anterior; às normas da constituição preexistente e, ainda, à legislação futura, a qual a elas tem que se conformar.

2.2. Normas programáticas

As normas de princípios programáticos tiveram suas origens nas consequências do Estado liberal, constituindo atualmente o “[...] compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo” (SILVA, 1999, p. 135). Segundo o que expõe José Afonso da Silva (1999), por meio de outros autores, como García-Pelayo (1967); Duclos (1950) e Pelloux (1955), o Estado liberal em seu caráter absenteísta, ao outorgar a liberdade aos indivíduos, manteve-se indiferente a como ela seria usada e a quais resultados dela adviriam, sem sequer considerar que o Estado não era o único ente que poderia oprimir o desenvolvimento da

personalidade e impor relações coativas de convivência. Ainda em consonância com o autor *supra*, ao perceber as transgressões que a liberdade excessiva gera, o Estado passa a ampliar sua atividade e intervir na vida econômico-social, ocasionando um embate entre o liberalismo, com o conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo, de forma a repercutir nas constituições contemporâneas com princípios de direito econômico e social, disposições sobre o direito dos trabalhadores e estatuto do cidadão. Esses são princípios nomeados como conteúdo social das constituições, vindo daí a constituição-dirigente, a qual define fins e programas de ação futura de uma orientação social democrática. Conforme dita o autor, muitas normas são traduzidas da Carta Magna apenas em princípio, como esquemas genéricos, e até mesmo como simples programas que deverão ser desenvolvidos por meio da atividade legiferante dos legisladores ordinários, assim, em uma visão preliminar são estas características que constituem as normas de princípio programático.

José Afonso da Silva (1999) se vale das linhas fundamentais dos ensinamentos de Crisafulli (1952) para conceber como programáticas:

[...] aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 1999, p. 138).

As normas programáticas possuem uma forte correlação e importância com os fins da ordem econômica e social, pois “[...] procuram dizer para onde e como se vai, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico” (SILVA, 1999, p. 141). José Afonso da Silva (1999) assevera que a característica teleológica que a norma em questão possui lhe confere relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica e, citando Natoli (1955), expõe que tal particularidade atribuída às normas programáticas tende a instaurar uma democracia substancial, uma vez que determina realização de fins sociais, através da atuação de programas e intervenções na ordem econômica, visando assegurar uma existência digna a todos, conforme a justiça social. Apesar do que foi evidenciado, o autor em tela mostra não ser fácil realizar a justiça social, visto que o sistema predominante é o que se prega a concentração de riqueza, e para que a justiça social concretize-se é necessária a distribuição da riqueza nacional de forma equitativa, destarte a não aceitar profundas desigualdades, pobreza e miséria. O doutrinador, por fim, declara que:

Não é que seja destituída de valor jurídico e de eficácia a determinante constitucional de que as ordens econômica e social objetivem realizar a justiça social. Esta é uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam atendidas e operadas em função dela. E mais revela essa importância quando se lembra que parte da doutrina reconhece que a justiça social se erige em fator de legitimação constitucional. A questão, atualmente, consiste mais em compreender a natureza desse valor-fim das ordens econômica e social, a fim de que seja tido em conta na aplicação das normas definidoras dos direitos sociais do homem (SILVA, 1999, p. 142).

Valendo-se dos argumentos de Canotilho (1983), José Afonso da Silva (1999) evidencia que a força dirigente dos direitos fundamentais justifica que se ultrapasse a degradação dos direitos sociais, econômicos e culturais como “simples direitos legais”, uma vez que são direitos originários a prestações fundados na constituição e não a prestações derivadas da lei. Esses direitos, mesmo quando não concretizados, existem por virtude da constituição, podendo ser invocados contra a omissão do legislador. Assim, a força dirigente e determinante dos direitos a prestações inverte o objeto de uma pretensão jurídica fundada em direito subjetivo, ou seja, de uma pretensão de omissão dos Poderes Públicos, passa a exigir uma proibição de omissão do Estado. Nada obstante, ressalta o autor que há normas programáticas que mencionam uma legislação futura para a atuação do programa previsto, e outras não. A importância decorrente desta afirmação é que “[...] vincula o programa das primeiras ao princípio da legalidade, ficando dependentes de atividade do legislador e de sua discricionariedade – ao passo que as demais vinculam todo o Poder Público” (SILVA, 1999, p. 147). Deste modo “[...] abre campo à discricionariedade da legislação, da administração e da jurisdição (até onde possam), nem sempre carecendo de lei para o seu cumprimento” (SILVA, 1999, p. 147). Pode-se citar, ainda, as que “[...] postulam observância de toda a ordem socioeconômica, diante das quais qualquer sujeito, público ou privado, que age em sentido oposto ao princípio comporta-se inconstitucionalmente” (SILVA, 1999, p. 147).

Considerando o que foi exposto até o momento, pode-se indicar as características básicas das normas programáticas:

- I – São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho, desenvolvimento econômico, repressão do abuso econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia.
- II – São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípios, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências.
- III – São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos (SILVA, 1999, p. 150-151).

Redirecionando o prisma das normas constitucionais programáticas, tem-se em tela a questão de sua juridicidade que “[...] não poucos autores negam juridicidade [...] seriam normas sem conteúdo imperativo, por impraticabilidade” (SILVA, 1999, p. 152). Entretanto, afirma José Afonso da Silva, com base nos ensinamentos de Crisafulli (1952), que a tese de injuridicidade das normas programáticas é combatida seriamente, pois é responsável pela caracterização como programática de toda norma constitucional que gere algum incômodo. Desta forma, facilitaria o descarte de normas, só bastaria taxá-la de programática e o princípio estaria posto de lado. Ainda se valendo do pensamento de Crisafulli (1952), o qual sustentou a juridicidade das normas em tela, o autor supra evidencia que estas enunciam verdadeiras normas jurídicas e, devido a isso, são perceptivas como as outras; regulam comportamentos públicos destinados a incidir sobre

matérias que lhe são objeto, de modo que neste limite se fazem vinculantes e, como consequência da eficácia formal prevalecente da fonte, no caso a constituição, fazem das leis ordinárias, se anteriores e contrárias, inválidas; se posteriores e conflitantes, inconstitucionais. Sobre o assunto, José Afonso esclarece:

Ora, se elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, se ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados, nisso claramente se encontra seu caráter imperativo – imperatividade que se afere nos limites de sua eficácia, mas sempre imperatividade. Por outro lado, esses comportamentos e comandos, delas resultantes, cria uma situação não apenas de expectativa, mas de vantagem efetiva, ainda que diminuta, em favor de todos aqueles sujeitos que se acham em condições de se beneficiar com a vantagem de sua aplicação e observância. Decorre disso um vínculo jurídico inequívoco, que constitui o enlace entre os sujeitos da relação nelas fundada, caracterizando a bilateralidade atributiva essencial a toda regra de direito (SILVA, 1999, p. 154).

Ao que se refere à aplicabilidade das normas programáticas, elas são “[...] normas de eficácia limitada, sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende da emissão de uma normatividade futura” (SILVA, 1999, p. 163), na qual “[...] o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados” (SILVA, 1999, p. 163-164). Entretanto, muitas destas normas “[...] podem ser aplicadas independentemente de lei, mas por meio de outras providências” (SILVA, 1999, p. 164). As normas em questão “[...] são dotadas, ao menos, de um mínimo de eficácia, regem,

até onde possam (por si, ou em coordenação com outras normas constitucionais), situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contém [...]” (SILVA, 1999, p. 164), assim, “[...] condicionando a atividade dos órgãos do Poder Público e criando situações de vantagens ou de vínculo” (SILVA, 1999, p. 164). Leciona José Afonso da Silva que as normas programáticas têm eficácia imediata, direta e vinculante nos seguintes casos:

- I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;
- III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
- IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;
- VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem (SILVA, 1999, p. 164).

2.3 Omissão legislativa: o vácuo da inação

A este ponto, torna-se essencial, para evitar imputações equívocas sobre o dever de legislar, concatenar o exposto referente à eficácia das normas constitucionais e a liberdade de conformação do legislador, ou melhor, a obrigatoriedade de legislar e, quando esta é omissa, a caracterização da omissão legislativa.

Considerando o tópico anterior, têm-se as normas de eficácia contida e limitada, as quais demandam intervenção por parte do

legislador originário. Contudo, as normas constitucionais de eficácia contida já possuem plena eficácia, e cabe ao legislador, em sua discricionariedade, limitar somente a plenitude da eficácia nos termos da lei, sem esvaziá-las normativamente. Ressalte-se, ainda, que estas normas não dependem de normação ulterior para ter eficácia e que algumas destas já contêm um conceito ético juridicizado, implicando a afirmativa de que sua redução pode advir da interpretação de tais conceitos. Expondo, sumariamente, sobre tal norma percebe-se que “[...] a omissão inconstitucional está relacionada com as normas de eficácia limitada” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 403), pois, além de possuir um conteúdo fundamental econômico-social, elas dependem de legislação futura para que alcance a plena eficácia. Caso contrário, a norma ficará inerte até elaboração de lei ordinária. Desta forma, cria-se um vácuo pondo em risco a supremacia constitucional através da não concretização de suas normas e de seu dever-ser para com a sociedade. Acerca, declaram Gilmar Mendes e Paulo Branco:

[...] É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno, envolvendo não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional (MENDES; BRANCO, 2014, p. 958).

Conforme os autores *supra*, “[...] a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 958),

resultando “[...] tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 958). Desta forma, “[...] omitir, total ou parcialmente, a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 404). A omissão será absoluta ou total “[...] quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 958). Contudo, ressalva-se que “[...] não haverá omissão inconstitucional, se a medida omitida não for indispensável à exequibilidade da norma constitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 404), pois, conforme Cunha Júnior (2012) evidencia, a omissão consiste numa abstenção indevida, em outras palavras, “[...] em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma ‘certa e determinada’” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 405). Ainda em conformidade com o autor em tela, a omissão deve guardar conexão com uma exigência constitucional de ação, ou seja, a constituição determina uma atuação do Poder Público, a qual não se realiza ou não se realiza a contento, caracterizando, assim, uma omissão inconstitucional.

Assinala-se, também, que, para a caracterização da omissão, faz-se relevante o decurso de tempo razoável, “[...] dentro do qual podia e devia ser produzida a medida necessária para conferir

exequibilidade à norma constitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 406). Entretanto, quando “[...] há fixação de prazo pela própria Constituição, a inconstitucionalidade por omissão ocorrerá no momento em que esse prazo finda” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 407). A defluência de tempo ganha importância na caracterização da omissão inconstitucional devido não só ao processo complexo da atividade legiferante, mas também — de acordo com Cunha Júnior (2012), valendo-se dos ensinamentos de Ferrari (1999), caso não houvesse definição de um limite temporal referente à elaboração de atos necessários, objetivando a efetivação dos preceitos constitucionais — “[...] haveria inteira liberdade por parte dos poderes constituídos na realização de atos integrativos, o que acabaria por tornar ineficazes as imposições constitucionais” (FERRARI, 1999, p. 227 apud CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 407). E referente ao decurso de tempo, há jurisprudência nesse sentido:

[...] a mora - que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa -, é 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 à 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 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 361/RJ, Red. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 158/375 Mais recente: MI 6540, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/08/2015, publicado em Processo Eletrônico DJe-171 Divulg. 31/08/2015 Public. 01/09/2015).

Tendo desenvolvido a caracterização da omissão inconstitucional legislativa, torna-se mais compreensível sua relação com as normas de eficácia limitada, mais especificamente com as normas de princípio programático, pois estas mantêm um liame direto com os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais que impõem ao Estado um determinado modo de agir, um comportamento e planejamento para com a sociedade, ou seja, um dever-ser. Desta forma, ao considerar o que fora exposto, percebe-se “[...] a importância dos direitos fundamentais na realização do plano traçado pela constituição, representante de altíssimas aspirações de uma comunidade” (GOMES; TALEIRES; 2012, p. 183), podendo até “[...] justificar a imposição de um dever de exercício de certas competências, pois a inação do agente leva à frustração de pontos cardeais da constituição” (GOMES; TALEIRES; 2012, p. 183).

Conforme Santos (1998) expõe, aceita a liberdade de conformação do legislador, esta é mitigada de forma a reconhecer limites e exigências, ou seja, a Constituição erige não apenas limites materiais, os quais proíbem o legislador de editar determinados atos, mas também impõe ordens, dirigindo a atividade legislativa. E quando se coloca em pauta os direitos fundamentais à prestação, a liberdade de conformação do legislador deve respeitar não só a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, mas, além disso, deve considerar o vácuo gerado pela inação do Poder Legislativo caso não haja a integração normativa que impacte a sociedade, retardando, desse modo, o seu pleno desenvolvimento

econômico, social e cultural, que vem a ser um descumprimento do desiderato constitucional, pois “[...] a norma constitucional está intervindo na realidade social e não apenas a descrevendo, e, se assim é, busca alterar costumes e regras que considera superados ou por superar” (SOUZA FILHO, 1997, p. 12-13). Um exemplo claro do transtorno da inação do Poder Legislativo, citado por Gomes e Taleires (2012), foi o direito fundamental ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço – CF, art. 7º, inciso XXI.

Conforme os autores supracitados, durante mais de duas décadas, não houve previsão legislativa que estipulasse, especificamente, os termos em que o aviso prévio seria proporcional. Tendo o mínimo já sido estipulado pela Constituição Federal, no caso 30 dias, restava a deliberação legislativa sobre o proporcional a ser considerado. A consequência para este vácuo omissivo, ainda conforme os autores, foi de que se sabia apenas que o aviso era proporcional ao tempo de serviço, nada mais. Deste modo, sem a integração da lei, o empregador não possuía condições de saber o custo de uma demissão, o que tornava a realidade dos empregadores e dos empregados um caos normativo, tendo em vista que planejava-se uma atividade econômica com uma acentuada incerteza sobre o exato valor a se desembolsar em uma demissão.

O exemplo ocorrido pincela os tons da omissão inconstitucional legislativa, a qual só gera na sociedade um descrédito nas disposições normativas que deveriam ser seguidas

pelo Estado, de maneira a ferir a Constituição e obstar o desenvolvimento de uma sociedade que anseia por uma legislação plena que vise suprir as aspirações sociais, econômicas e culturais, dentre outras.

3 Engrenagens do sistema de ação

De encontro com a omissão legislativa, fora elaborado instrumentos com a finalidade de obstá-la para que a sociedade não sofresse o vácuo da referida omissão. A Constituição Federal prevê em seus arts. 5º, LXXI e 103, § 2º, respectivamente, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Tais dispositivos possuem suas peculiaridades, um é aplicado no controle difuso, o outro, no concentrado, dentre outras características. Fixa-se, aqui, que será feita uma breve explanação sobre os referidos instrumentos, pois o objetivo deste tópico é refletir sobre as possibilidades de se conter a omissão legislativa e o quão difícil é fazer com que os instrumentos aqui apresentados tenham eficácia.

Concernente ao mandado de injunção, o art. 5º, LXXI dispõe: “[...] conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1988). Para José Afonso da Silva, o mandado de injunção é um remédio ou ação constitucional “[...] posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas

inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição” (SILVA, 2014, p. 451). Complementando o pensamento do autor supra, Gilmar Mendes e Paulo Branco (2014) lecionam que a referida ação cuida-se de instrumento do processo constitucional voltado para a defesa de direitos subjetivos em face tanto da omissão do legislador quanto de outro órgão incumbido de poder regulatório.

Para a exposição sumária sobre o mandado de injunção, cumpre ressaltar que a tal ação constitucional cabe “[...] uma função louvável e digna de um verdadeiro writ ativador da jurisdição constitucional das liberdades: garantir, no caso concreto, o imediato desfrute dos direitos fundamentais, violados em virtude da omissão do poder público” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 869). Nesse sentido, o voto do Min. Marco Aurélio no MI 283-5:

Agora vejam a situação sui generis: o Tribunal, dizendo-se competente para apreciar o mandado de injunção – e ninguém tem dúvida quanto a isso – reconhece que, passados dois anos, até hoje não foi editada a lei de que cogita o dispositivo constitucional. Em um passo subsequente, ao invés de atuar de forma concreta e fixar os parâmetros da reparação que serão futuramente disciplinados por lei, transfere essa fixação ao juízo. [...] Peço vênica, Senhor Presidente, para dissentar quanto à comunicação ao Congresso Nacional de que ele está omissor [...] e dissentar, também, quanto à sentença ou o acórdão alternativo que se preconiza, contendo abertura da porta pertinente à via ordinária, isto para que o impetrante logre o que pode e deve lograr no próprio mandado de injunção. Divirjo do nobre Relator, pois devemos partir para o lançamento, de imediato, de um provimento judicial que revele os parâmetros da reparação de que cogita o texto constitucional. O texto prevê a reparação

e, por isso, como disse no início do meu voto, entendo que ela deva ser a mais satisfatória (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 868).

Ao que cabe à ação de inconstitucionalidade por omissão, José Afonso da Silva (2014) assevera que se abre o pressuposto para a propositura desta nos casos em que não são praticados atos legislativos ou administrativos necessários para tornar plenamente aplicável a norma constitucional, visando, assim, obter do legislador a elaboração da lei em causa. Para o autor em tela, a Constituição perdeu uma boa oportunidade de ir além. Ao prever as autoridades, pessoas e entidades que podem propor a ação em comento, não incluiu o cidadão, que nas palavras de José Afonso (2014, p. 50): “[...] é uma falha, pois a ação popular de inconstitucionalidade é conhecida em outros países (Alemanha, p. ex.)”.

O autor *supra* expõe, ainda, que a Constituição foi tímida nas consequências da decretação de inconstitucionalidade por omissão, dispondo em seu § 2º do art. 103 que: declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. “É, sem dúvida, um grande passo. Contudo, a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar” (SILVA, 2014, p. 50). Como uma forma de aprimorar o disposto sobre a ação de inconstitucionalidade por omissão e os efeitos de sua decretação, José Afonso da Silva, argumenta:

[...] Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que seja assim. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais (SILVA, 2014, p. 51).

Assim como José Afonso da Silva, vários doutrinadores, ao perceberem as falhas geradas pelas consequências da decretação da inconstitucionalidade por omissão, propuseram soluções para a falta de eficácia das decisões. Souza Filho (1997) levanta a questão: por que não seria pensável uma medida provisória do Judiciário para colmatar lacunas de regulamentação dos direitos constitucionais? O mesmo autor indica como possíveis soluções a punição do Congresso Nacional inadimplente, o deslocamento da competência para os estados-membros, o impedimento destes em legislar e até mesmo obstar o recebimento de vencimentos enquanto não for emanada a norma integrativa que está gerando um vácuo social. Freitas e Silva (2006) defendem a postura de sancionar o órgão legislador quando sua omissão caracterizar um verdadeiro abuso de poder negativo e se alinham aos ensinamentos de Walter Claudius Rothenburg, o qual postula a troca de sujeito, quando este se mantiver omissor por período razoável. Freitas e Silva (2006), citando Rothenburg (2005), elucidam que tal medida se justifica na busca da satisfação constitucional, ou seja, em havendo um exercício inadequado das incumbências constitucionais, por ausência ou insuficiência de desempenho, a medida em tela iria acarretar a perda da legitimidade e autorizar

uma troca de sujeito constitucional. Deste modo, expõem que declarada a inconstitucionalidade por omissão caberia ao poder omisso sua destituição, com a designação de outro, objetivando implementar a constituição. Ainda consoante aos autores supra, estes evidenciam que na medida em tela não ocorre a usurpação da competência legislativa pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, Walter Claudius assevera:

Respeitam a intermediação do legislador, pois não pretende subtrair o espaço de conformação legislativa, apenas trocar o sujeito (do legislador federal para o estadual), e continua, “não desinvestem completamente o titular originário da competência, podendo ele exercitá-la a todo momento (com o que se daria a suspensão de eficácia da atuação subsidiária: artigo 24, parágrafo 4º, da Constituição brasileira), concluindo, “mas assim a inação do titular originário não provocaria a ausência absoluta de disciplina legal (ROTHENBURG, 2005, p. 145 apud FREITAS; SILVA, 2006, p. 119).

Como se pode perceber, a relação do tópico anterior (2.3) para com este pode parecer paradoxal. Em um tópico se mostra que o legislador tem de legislar e noutro descobre-se que ele não é obrigado nem mesmo quando se é declarada a inconstitucionalidade por omissão, não havendo sequer sanções às inobservâncias constitucionais postas à classe legiferante. Paradoxal, pois é atribuída ao legislador a tarefa típica de legislar, contudo, este não é obrigado a exercer tal tarefa. Ressalte-se que ao menos uma conclusão sobre o que fora exposto neste capítulo e nos anteriores é possível de se ter: a omissão legislativa obsta o pleno desenvolvimento da sociedade e mesmo que sejam propostas várias soluções pelos estudiosos do Direito, os legisladores irão

barrar, pois estes tratam o atraso social consequente da omissão de legislar como privilégio para a manutenção do poder.

4 Agindo nos limites do ativismo

Perpassando por toda a obra, vê-se a relação de passo a passo desde a liberdade de criar que os legisladores possuem até o elo paradoxal entre a expressa tarefa constitucional de legislar e sua não obrigatoriedade, a qual impulsiona a inconstitucionalidade por omissão. Desta forma, questiona-se: em uma relação de harmonia entre os Poderes, a referida omissão seria um desequilíbrio? Cabe ao Judiciário, o guardião da Constituição e, portanto, de sua eficácia, alguma ação, ou seus atos são classificados como ativismo e, por consequência, prejudiciais à harmonia dos Poderes?

Em uma relação harmônica entre os Poderes, assinala-se que a omissão legislativa vem como uma forma de desequilíbrio entre estes, pois “[...] seja de natureza legislativa ou não, seja total ou parcial, a omissão do poder público não pode interditar os desígnios constitucionais” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 423), muito menos “[...] o desenvolvimento de importantes avanços sociais e políticos consagrados na Constituição brasileira [...] marcadamente dirigente, compromissária com os ideais de uma justiça social e com a dignidade da pessoa humana” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 423). Desta forma, a desídia do Poder Legislativo obsta o desenvolvimento social e político da sociedade, fazendo, ainda, com que os demais poderes sofram

impactos por essa incúria. Dirley Cunha Júnior (2012) assevera que é imperioso encontrar soluções que deem efetiva e real vazão a todos os compromissos assumidos pela Carta Magna, soluções estas que garantam, em termos verdadeiros, a efetividade constitucional, sendo a alternativa indicada pelo autor a atuação supletiva do Poder Judiciário.

É certo que “[...] a tônica de qualquer controle de constitucionalidade, quer da ação, quer da omissão, é afastar, de alguma forma, e com eficácia, a violação à Constituição que macula a unidade do sistema jurídico-constitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 420). Logo, a atuação supletiva do Poder Judiciário, “[...] dispondo sobre a matéria que cumpria aos demais órgãos originariamente dispor, efetivando as normas constitucionais, é a garantia de realização do supremo direito fundamental à efetivação da constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 423). Ressalte-se que, conforme Dirley Cunha Júnior (2012), em relação à referida atuação, não há lesão ou ameaça ao equilíbrio entre os Poderes, pois o Poder Judiciário somente realiza a integração da ordem jurídica, de forma a suprir as omissões do poder público, efetivando as normas constitucionais carentes de regulamentação. Destarte, o autor supra assevera “[...] não assistir razão àqueles que invocam os princípios da democracia e da divisão de poderes como óbices à possibilidade de atuação judicial supletiva” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 423) e que “[...] longe de representarem empecos à atuação judicial

integrativa da ordem jurídico-constitucional, antes a confirmam” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 424).

A essa possibilidade de atuação supletiva do Poder Judiciário caberiam limites. O Judiciário não poderia “[...] dispor normativamente sobre matérias constitucionais que envolvessem, por exemplo, projetos de códigos e projetos de leis restritivas de direitos, como as definidoras de condutas delituosas e imposições tributárias” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 421). Além disso, não poderia interferir em normas que “[...] se relacionassem a projetos de leis de princípio institutivo, como aqueles que dispõem sobre certas organizações (Conselho da República ou de Defesa Nacional, Advocacia-Geral da União, por exemplo)” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 421). A respeito de tais limites, Flávia Piovesan esclarece:

[...] haveria que se distinguir o dever constitucional de legislar, suscetível de complementação ou suprimimento, daquela exigência insuprível na via judicial, posto que requer, necessariamente, a intervenção insubstituível do legislador. Vale dizer, caberia ao Poder Judiciário a seguinte avaliação: se se pode atribuir razoável eficácia à norma constitucional sem a intervenção do legislador, tendo em vista a existência no sistema constitucional de elementos mínimos necessários à aplicação normativa, devem os Tribunais aplicá-la, sob o fundamento de que o órgão legislativo não honrou o encargo que lhe foi imposto. Esta avaliação está centrada na possibilidade do Poder Judiciário, através do processo de concretização, emprestar eficácia ao preceito constitucional que exige a regulamentação (PIOVESAN, 1995, p. 109 apud CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 421).

Consoante ao pensamento de Dirley Cunha Júnior (2012), decretada a inconstitucionalidade por omissão e a depender do caso, expirado o prazo sem que o Legislativo tenha tomado as

devidas providências, “[...] cumprirá ao Poder Judiciário, se a hipótese for de omissão de medida de índole normativa, dispor normativamente sobre a matéria constante da norma constitucional não regulamentada” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 420). Contudo, ressalte-se que será garantido aos legisladores a sua autonomia, pois a disposição normativa elaborada pelo Judiciário “[...] será provisória, terá efeitos gerais (erga omnes) e prevalecerá enquanto não for realizada a medida concretizadora pelo poder público omissor” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 420). Concernente ao assunto, Dirley Cunha Júnior evidencia:

Estar-se-ia, portanto, satisfazendo o princípio da supremacia e efetividade da Constituição sem violar a tão invocada liberdade política de legislar do Poder Legislativo. Sim, porque o Poder Judiciário não obrigaria o Poder Legislativo a legislar. Este não perderia, por conseguinte, a sua autonomia. O Poder Judiciário apenas estaria fazendo cumprir a vontade constituinte, vale dizer, realizando, na sua plenitude, a vontade constituinte, concretizando o preceito constitucional carente de regulamentação (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 421).

Diferentemente do ativismo, a atuação supletiva do Judiciário não se pauta em um comportamento e visões pessoais dos magistrados, mas na possibilidade da integração da norma não regulamentada para que se alcance a desejada eficácia, enquanto o Poder Legislativo se mantém inerte em relação à norma constitucional. Desse modo, seguindo parâmetros e tendo limites a cumprir, a atuação supletiva traria benefícios à sociedade de forma a minimizar o vácuo social gerado pelas omissões, impulsionando o desenvolvimento pleno das normas e, conseqüentemente, do país. A não ser assim, “[...] a Constituição

e, com ela, toda a comunidade jurídica e operadores do direito ficarão reféns da boa vontade do legislador, que certamente não terá boa vontade, se se invocar a experiência do passado” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 424). Deixe-se aqui, parodiando Chico Buarque de Holanda, como fora feito de forma inteligível por Dirley Cunha (2012, p. 424), “[...] ficarão todos ao ‘Deus dará’. Mas, ‘e se Deu não der?’”.

5 Considerações finais

Ao levar em conta tudo o que foi exposto neste artigo, percebe-se a relevância de se debater sobre a omissão legislativa inconstitucional, os instrumentos que têm por finalidade obstá-la e suas respectivas consequências, além das possíveis soluções para aprimorar a aplicação das decisões relacionadas à decretação da inconstitucionalidade por omissão. Sabe-se que a Constituição Federal, por mais que seja analítica, dirigente, deixou falhas que cabem aos legisladores ordinários supri-las. Contudo, o que se encontra é a incúria legislativa em integrar as normas constitucionais e promover eficácia plena da Carta Magna, impactando a sociedade de modo a retardar seu desenvolvimento social, cultural, político e econômico.

É certo que se tem de garantir a liberdade e a autonomia dos legisladores, mas até que ponto elas podem ser asseguradas? Os Poderes são pautados por uma relação harmônica, porém, a partir do momento em que o Legislativo abusa do poder negativo, não se rompe o equilíbrio? Para assegurar a harmonia entre os

Poderes, caberia ao Judiciário uma atuação supletiva? São essas questões guiadas pela busca do desenvolvimento do sistema jurídico-legislativo, com soluções que almejam a construção de uma sociedade plena em seu progresso.

Retome-se o título da obra “a omissão legislativa (i) legítima o ativismo judicial”? Crer-se que mesmo que a ausência da atuação do Poder Legislativo crie um vazio e que este possa ser ocupado por outros Poderes não demonstra favoritismo pelo ativismo judicial. Desta forma, mesmo em casos de omissão, defende-se a postura de não aplicabilidade do ativismo. Por isso, a atuação supletiva do Judiciário foi indicada neste estudo como solução. Ela não deve ser confundida com ativismo judicial, pois a referida atuação possui limites e objetivos, os quais são: atribuir à norma constitucional sua eficácia plena e minimizar o vácuo social gerado pelas omissões. Dentro desse quadro, a atuação supletiva vem com o intuito renovador e de aprimorar o prisma das relações entre os Poderes, que se mantêm em uma relação de harmonia arcaica que começa a colapsar e ocasionar danos sociais.

Por fim, acredita-se que o ápice da atuação dos três Poderes seria um em que ao outro não fossem incumbidas suas disfuncionalidades. No entanto, ao se encarar tal situação, o novo ápice seria uma atuação que reconstruísse o equilíbrio entre os Poderes e promovesse o bem-estar social.

Title: The apex of engagement: legislative omission renders the judicial activism (il)legimate

Abstract: This article presents the legislative omission and its consequences for society and it discusses the legislator's freedom to create and his obligation to legislate. By means of a critical and interpretative approach and an extensive bibliographic source analysis, the article intends to expose the social vacuum generated by the omission of the Legislative Branch. The constitutional actions which aim to minimize the effects of omissions caused by legislators are emphasized and, also, reflections about the institution of sanctions against the Legislative Power for abuse of negative power are presented. Furthermore, solutions to prevent these omissions are proposed, one of them being the Judiciary's supplementary action and, ultimately, it is questioned whether such an action could be classified as judicial activism, so as to inquire whether it would be legitimate due to the vacuum produced by the legislative omission.

Keywords: Unconstitutionality by omission. Legislator's conformation. Negative power. Sanction. Supplementary action. Efficacy of the constitutional norm.

Referências

BARBOSA, Paulo Vitor Liporaci Giani. *A violação à Constituição por meio da omissão legislativa*. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231384,51045-A+violacao+a+Constituicao+por+meio+da+omissao+legislativa>>. Acesso em: 23 maio 2017.

BARBOSA, Ruy. *Comentários a Constituição Federal brasileira* (coligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de. Direito e política: silêncio do legislador, interpretação e analogia. In: SARMENTO, Daniel

(Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 661-671.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 out. 1988.

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

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CAIXETA, Gabriel Ricardo Jardim. *Silêncio legislativo, liberdade para legislar e omissão inconstitucional*. 2015. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1952.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DUCLOS, Pierre. *L'évolution des rapports politiques depuis 1750*. Paris: Presses Universitaires de France, 1950.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FREITAS, Candice Hellen Sousa de; SILVA, João Batista de França. O controle jurisdicional da omissão inconstitucional: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. *Revista Direito e Liberdade*, Mossoró, v. 3, n. 2, p.109-112, set. 2006.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 4. ed. Madri: Manuales de la Revista de Occidente, 1967.

GOMES, Felipe Lima; TALEIRES, Janaína Sena. A liberdade de conformação do legislador no âmbito dos Direitos Fundamentais. In: ROBI FILHO, Ilton Norberto; BORGES, Alexandre Walmott; MARRAFON, Marco Aurélio (Org.). *Teoria e história do direito constitucional*. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 172-195. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d3696cfb815ab692>>. Acesso em: 23 maio 2017.

LEVI, Alessandro. *Teoria generale del diritto*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1953.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NATOLI, Ugo. *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Introduzione. Milão: A. Giuffrè, 1955.

PELLOUX, Robert. *Le citoyen devant l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1955.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Excesso de poder no exercício da função legislativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p. 283-294, out. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito constitucional e as lacunas da lei. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, p. 5-16, jan. 1997.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GOMES, Thompson Adans Rodrigues; SILVA, Carlos Eduardo da. O ápice da atuação: omissões legislativas (i)legitimam o ativismo judicial. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 11, p. 345-389, 2019. Anual.

Submissão: 16/6/2017

Aceite: 4/12/2017