



O CONTROLE DA OMISSÃO LEGISLATIVA E ADMINISTRATIVA

Professora Dra. Monica Herman Caggiano¹

Professora da Faculdade de Direito - UPM

Sumário: Democracia e Constitucionalismo; O Controle de Constitucionalidade-Mecanismo de Defesa da Constituição; Da Inconstitucionalidade por Omissão. Conceito. Evolução. Natureza.; Da Inconstitucionalidade por Omissão- Espécies. Efeitos; Da Inconstitucionalidade por Omissão- Tipos; Da Inconstitucionalidade por Omissão no Direito Estadual; A Inconstitucionalidade por Omissão X Mandado de Injunção; Conclusões.

Palavras chaves: Democracia, Constitucionalismo, Controle de constitucionalidade, Omissão legislativa, Omissão administrativa, Inconstitucionalidade por omissão, Mandado de Injunção, Defesa da Constituição, Participação política.

A última década do século que se findou desvendou uma significativa ampliação do espectro democrático. Neste sentido o mundo foi o espectador da devolução do poder aos civis na América Latina e da expansão da fórmula ocidental para o leste europeu. Após Democracia e Constitucionalismo.

A queda do Muro de Berlin, de fato, houve a explosão do mundo monocolor soviético, surgindo democracias modeladas de acordo com o padrão arquitetônico desenvolvido a partir da célebre

receita proclamada por Lincoln “o governo do povo, pelo povo e para o povo” .

Em verdade, este espetáculo expansionista já era anunciado tanto por Robert Dahl no seu “La Democrazia i suoi critici”, como também por Samuel P. Huntington, que oferece uma visão otimista quanto à evolução do processo democrático no “La Tercera ola. La democratización a finales Del siglo XX” (Piados, Argentina, 1995). No entanto, inobstante o avanço verificado, o teorema democrático continua trazendo inquietações, na medida em que políticos, juristas, enfim a sociedade organizada volta-se, agora, a identificar técnicas que venham a assegurar a ampliação do processo de democratização e o aprimoramento das práticas democráticas.

É de se anotar que esta busca não é privilégio atual. A democracia configura uma receita política sensível e exigente . Daí porque tem detectado ambiente efetivamente propício a seu florescimento na linha evolutiva do constitucionalismo, ou seja – registra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o “movimento político e jurídico” direcionado a “estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas” .

Aliás, a relevância da ordem constitucional para os ambientes democráticos foi intensamente cultivada por Hamilton, Madison e Jefferson e a própria Constituição norte-americana lhe oferece respaldo já desde as suas primeiras linhas, onde vem proclamado: “Nós o povo...” – Isto porque, passa a noção de constitucionalismo a impor a participação do povo na feitura da Lei Maior, deste Estatuto fundamental. E mais importa numa real limitação do poder, conformando o seu exercício a determinadas

balizas. A Constituição assume, pois, o status de marco jurídico a preordenar a atuação dos atores no cenário político, perseguindo, neste desenho, a garantia da liberdade do indivíduo no âmbito da comunidade social.

A idéia de Constituição, um documento a premoldar o poder, a assegurar governos moderados e o respeito aos direitos fundamentais, destarte, aparece indissociável da evolução democrática.

Não basta, todavia, que a Constituição outorgue garantias, ela – a Constituição – afirma Jorge Miranda, “tem, a seu turno, de ser garantida” . Nessa linha é que mecanismos direcionados a assegurar a eficácia e a integração das normas constitucionais configuram uma imposição para o êxito do processo de ampliação e aperfeiçoamento democrático.

E é neste específico escaninho que se desvenda a notoriedade dos sistemas de fiscalização de constitucionalidade incidente sobre as condutas dos detentores do poder político, técnicas que, neste começo do século XXI, se oferecem como hábeis instrumentos para a concretização, preservação e aperfeiçoamento da democracia.

A certidão de nascimento do denominado “judicial review” ou controle de constitucionalidade é detectada no repertório jurisprudencial norte-americano, em 1803, pelas mãos do Juiz John Marshall, Presidente do Supremo Tribunal, no memorável O Controle de Constitucionalidade- Mecanismo de Defesa da Constituição. Julgamento que envolveu o juiz de paz William Marbury contra James Madison, secretário de Estado do Presidente Jefferson . Embora, uma das mais brilhantes invenções do século XIX, o mecanismo não surgiu por acaso e nem foi idealizado a partir

de uma fórmula mágica. Para sua emergência vários fatores contribuíram, a exemplo da forte tradição judicial anglosaxônica , do modelo constitucional que lhe serviu de respaldo – a Constituição americana de 1787 era escrita e rígida – e o princípio consagrado no referido texto fundamental a assegurar ao Judiciário (juízes) a tarefa de dirimir os litígios, indigitando a norma a aplicar, subordinado-o, porém, à Constituição, como preconizado no seu art. VI, 2, in verbis: “Art. VI, 2 – Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados” . (grifo nosso)

A inovadora receita de Marshall a resguardar e preservar a superioridade da Lei Fundamental do Estado trouxe a lume a utilidade e a imprescindibilidade de um mecanismo de controle da conformidade do quadro de normas infra-constitucionais à Lei Maior; isto na perspectiva de defesa da própria Constituição, da ordem jurídica por esta preordenada, dos direitos que ela assegura , enfim da própria democracia praticada.

Hoje, a imperiosidade de um sistema próprio de vigilância sobre a produção normativa e sobre condutas praticadas pelos detentores do poder político, no sentido de assegurar a sua conformização aos cânones maiores do Estatuto Fundamental já se encontra assente em quase todas as partes, conquistando, sob nuances e formatos diferentes, posição de relevância no desenho constitucional dos Estados modernos . É que revela-se este

mecanismo como uma verdadeira manifestação do Estado de Direito, espelhando a exigência de observância “da legalidade constitucional, da proteção dos direitos e da liberdade...” .

Daí a célere evolução da doutrina – é certo que, sob o forte impulso jurisprudencial; daí, ainda, os avanços trazendo a criação de novas figuras, novas técnicas, a garantir e a robustecer a efetividade e a eficácia do sistema de vigilância acolhido para a defesa da Lei Maior.

Na trilha do aperfeiçoamento do sistema de defesa da Constituição e dos direitos e garantias que esta consagra, exsurge a figura da inconstitucionalidade por omissão, derivando da idéia de que a Magna Lei pode vir a sofrer lesão, também, por força de Da Inconstitucionalidade por Omissão.

Conceito. Evolução. Natureza.

Condutas omissivas da autoridade, isto é do silêncio. A este silêncio refere-se Canotilho ao apontar o debate doutrinário e jurisprudencial acerca do conceito de “...omissão legislativa – que, nos termos apontados pelo jurista português – não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples <não fazer>, a um simples <conceito de negação>. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa – no registro do constitucionalista – não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional” . (grifo nosso)

Nesse sentido, também, os apontamentos de Alexandre de Moraes, no panorama doméstico, que identifica esta figura como “a incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela Constituição e a conduta negativa do poder público omissivo...” .

Convém lembrar que a ofensa à Constituição por inação dos poderes constituídos, que se omitem quanto ao dever de produzir a norma infra-constitucional ou editar o ato exigido para dar efetividade ao dispositivo da Lei Maior, já era examinada em trabalho elaborado por Anna Cândida da Cunha Ferraz. Advertia a autora para o reflexo perverso desta inércia que implica na “paralisação da aplicação constitucional”, remarcando que “tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional” . (grifo nosso)

Pois bem, a gênese do instrumento conhecido como “inconstitucionalidade por omissão” aloja-se exatamente na busca de fórmulas inibidoras da redução do alcance da norma constitucional. Assim, vocacionada a impedir o fenômeno da “paralisação da aplicação constitucional” ganha notoriedade a receita portuguesa, inserida no atual artigo 283 da Constituição , que dispõe:

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

O instituto, aliás, lembra Zeno Veloso , já fora preconizado pela Constituição da Iugoslávia de 1974; porém, foi o modelo português que inspirou o constituinte brasileiro de 1988, que inseriu a nova modalidade de controle de constitucionalidade no § 2o, do art. 103, do novo diploma, prescrevendo:“ Art. 103.....

§ 2o – Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a 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.”

Para Jorge Miranda trata-se de uma “inconstitucionalidade negativa”, resultante “da inércia ou do silêncio de qualquer órgão de poder, o qual deixa de praticar em certo tempo o acto exigido pela Constituição” .

Canotilho, que de forma especial se debruça sobre a omissão legislativa inconstitucional, registra sua preferência pelo tratamento que era dado ao mecanismo na sua redação original, que permitia a possibilidade de o Conselho da Revolução traçar “recomendações aos órgãos legislativos competentes no sentido de estes emitirem as medidas necessárias para dar exeqüibilidade às normas constitucionais” , receita que foi suavizada por força da atual estrutura dada ao art. 283o, que contemplou o Tribunal Constitucional com competência para, tão só, dar conhecimento da inconstitucionalidade provocada pela inação ao órgão legislativo competente.

De qualquer forma, raras vezes acionado nos domínios portugueses , o instituto penetra no cenário constitucional brasileiro, iniciando sua trajetória evolutiva e passando a ser objeto

de exames, debates doutrinários e manifestações jurisprudenciais, se bem que, ainda, tímidas. Aliás, a diferença entre o número de ações diretas de inconstitucionalidade de leis (3.002 ADI distribuídas, no período de 1988 a 2003) e o pertinente aos ataques à omissão (das 3002 ações apenas 90 configuravam ADI por omissão) , já é suficiente para atestar o fato de que, conquanto presente no ordenamento jurídico há quinze anos, pouco se avançou quanto à efetiva utilização deste instrumento, resultando um panorama teórico ainda fluído e repleto de pontos controversos. Alguns tópicos, contudo, parecem merecer consenso, à exemplo de sua natureza de controle político, embora a cargo do Poder Judiciário.

De fato, o perfil político vem assinalado em percuciente manifestação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, onde resta registrado que a Magna Lei brasileira, de 1988, contemplou com um caráter político este instrumento de controle, legitimando para o seu acionamento várias autoridades e entidades, a exemplo de partido político . Esta realidade avulta até mesmo do quadro infra-apresentado, que descortina a presença cada vez mais potente do partido no campo do ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade:

QUADRO I

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE
PROCESSOS PROTOCOLADOS

PARTIDOS POLÍTICOS	1988	1989	2001	2002	2003
PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC DO B		1	5		
PC DO B, PT, PL E PSB				1	
PC DO B, PDT, PT e PSB			1		
PC DO B e PT			1		
PCB PARTIDO COMUNISTA BRASILEIRO		1			
PARTIDO DA FRENTE LIBERAL - PFL				1	
PARTIDO DA MOBILIZAÇÃO NACIONAL -PMN					
PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB		1		1	3
PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT	1	3	4	1	1
PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT e PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT					
PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO - PMDB			3	2	1
PARTIDO MUNICIPALISTA BRASILEIRO, REP PELA EXECUTIVA	1				
PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT		4	9	4	
PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO VERDE - PV					
PARTIDO LIBERAL - PL		2	5	1	5
PARTIDO LIBERAL PROGRESSISTA - PLP		1			
PARTIDO HUMANISTA DA SOLIDARIEDADE - PHS			2		
PARTIDO NACIONAL DOS APOSENTADOS - PNA		1			
PARTIDO SOCIAL CRISTÃO - PSC					1
PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL			38	9	7
PARTIDO SOCIAL DEMOCRATA CRISTÃO - PSDC			2	1	
PARTIDO SOCIAL DEMOCRÁTICO - PSD					
PARTIDO SOCIAL TRABALHISTA - PST			2		
PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB			2	2	
PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB			5	1	1
PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL - PTN					
PARTIDO POPULAR SOCIALISTA - PPS				3	
PARTIDO PROGRESSISTA - PP					4
PARTIDO PROGRESSITA BRASILEIRO - PPB					
PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL e GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO					
PARTIDO VERDE					1
TOTAL	2	14	79	27	24

Mais, ainda, emerge dos levantamentos efetuados, a evidência de que a grande maioria das ações de inconstitucionalidade (quer por ação, quer por omissão) são oriundas de iniciativas de agentes políticos, verificando-se, no período de 1988 a 2003, a seguinte realidade:

ADI Interposição	
Mesa de Assembléia Legislativa	36 (1,23)
Governador de Estado	783 (26,86)
Procurador Geral da República	579 (19,86)
Conselho Federal da OAB	123 (4,22)
Partido Político	599 (20,55)
Confederação Sindical ou entidade de Classe	752 (25,80)

Fonte: Banco de Dados do Poder Judiciário, BNDPJ/ STF. Dados até 28.09.2003.

O perfil político, próprio pois à fiscalização da constitucionalidade por via concentrada, acaba, destarte, por contagiar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, inserida exatamente no § 2o, do art. 103, uma modalidade que, na conformação que lhe foi dada pelo constituinte, traz a conotação de ato político ainda mais proeminente quando sob a configuração de omissão administrativa. Nesta específica hipótese, lembra, ainda o emérito constitucionalista, está-se diante de providências materiais a cargo da Administração Pública e o Tribunal pode lhe impor prazo para o cumprimento, pressupondo “um juízo de oportunidade” , a rigor de cunho político.

A conotação política da medida, aliás, já foi apontada em trabalho anterior , de nossa autoria, onde resta consagrada a configuração da ação direta de inconstitucionalidade por omissão como verdadeiro instrumento de participação política – participação pela via do controle incidente sobre a atividade e condutas desenvolvidas pelos detentores do poder político, inclusive, quando verificada sua inação prejudicial à concretização da norma constitucional.

Desse mesmo sentir, Cláudio Lembo, no seu Participação Política e Assistência Simples, que já registrava “ganhar força”, “na contemporaneidade... a idéia de participação”, “tornando-se presente e inafastável”. “Todos, hoje, querem fazer parte ativa da sociedade... Todos querem ser participes” . E, por via do controle da lesão constitucional decorrente da omissão ou silêncio da autoridade, o constituinte de 1988 inaugurou mais um espaço a esta participação da sociedade (por intermédio de partidos políticos, entidades de classe, representantes do povo). Restou instituída, destarte, a possibilidade desta interferência no pólo decisional, mediante a fiscalização do cumprimento dos deveres conferidos constitucionalmente ao Poder Público.

Nesse diapasão, ainda, o magistério de Canotilho ao frisar que o novo figurino oferecido à omissão legislativa pelo art. 283o da Magna Lei portuguesa conduz e importa num “apelo com significado político e jurídico...” . (grifo nosso)

E mais ainda, a quantidade de ações de inconstitucionalidade por omissão ajuizadas por partidos políticos nos últimos anos evidencia fortemente a dosagem política cada vez mais acentuada que integra a receita constitucional. Sob este peculiar aspecto, interessante verificar a intensidade da atuação fiscalizadora do PSL (Partido Social Liberal), responsável pelo ajuizamento de 54 ações de inconstitucionalidade (cf. tabela acima), muitas das quais insurgindo-se contra o silencio das autoridades estaduais quanto à iniciativa de leis dispendo sobre a revisão geral da remuneração dos servidores, como determinado no art. 37,X, da Constituição Federal, com a redação dada pela E. C. n. 19/98. (ADI

n. 2.507-4, Alagoas; ADI n. 2.504-0, Minas Gerais; ADI n. 2.495-7, Santa Catarina; ADI n. 2.506-6, Ceará; ADI n. 2492, São Paulo).

1. A matriz portuguesa preconiza tão só a figura da omissão legislativa inconstitucional, decorrente do “não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma Da Inconstitucionalidade por Omissão Espécies Efeitos permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da constituição”. Esta é a lição de Canotilho que ilustra a assertiva com exemplos concretos, apontando: “Há uma omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não adopta as medidas legislativas necessárias para dar execução aos preceitos constitucional que, de forma permanente e concreta, impõem, por ex., o estabelecimento e actualização do salário mínimo nacional, a organização, coordenação e financiamento de um sistema de segurança social unificado e descentralizado, a criação de um serviço nacional de saúde, universal, geral e tendencialmente gratuito...” .

No repertório jurisprudencial doméstico, também, avultam relevantes ponderações sobre esta espécie (fiscalização quanto à inércia da autoridade), firmando-se a jurisprudência no sentido de sustentar que, ainda que a inércia se posicione no polo do Poder Executivo (Presidente da República ou Governador de Estado), desde que a medida ausente se apresente de perfil legislativo, como é a hipótese da iniciativa de lei (em carácter permanente), não há que se fixar prazo, porquanto se trata de omissão legislativa inconstitucional. Nessa esteira o voto proferido pelo Ministro Ilmar

Galvão (Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 2.506-6 – Ceará) que deu provimento parcial ao pedido para “impor ao Governador do Estado, o dever de remeter à Assembléia Legislativa, anualmente, projeto de lei para revisão da remuneração dos servidores estaduais...” (DJ 19.04.2002). E, nesse sentido, ainda, os julgados ADI 2.061 contra o Presidente da República e as ADIs já apontadas ao final do capítulo anterior, todas de iniciativa do PSL.

Na literatura jurídica portuguesa avançou-se para identificar-se, de forma particular, a omissão legislativa inconstitucional diante de “normas sem suficiente densidade” para se tornarem exeqüíveis por si mesmas e que, portanto, reivindicam do legislador a tarefa de lhes oferecer efetividade e eficácia.

Entre nós, o fenômeno é remarcado com perspicácia por Zeno Veloso que se socorre, para tanto, do magistério de José Afonso da Silva, explicitando: “A aplicabilidade de algumas normas constitucionais não é imediata, instantânea, plena (normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, na terminologia de José Afonso da Silva), dependendo de regulamentação posterior, de norma complementar, operando-se portando, com a interpositio legislatoris. Em alguns casos, o preceito constitucional – especialmente nas hipóteses das chamadas normas constitucionais programáticas – só terá plena eficácia com a edição de atos executivos (normativos, como regulamentares), e a inércia do administrador pode ensejar, também, a inexequibilidade, a ineficácia do comando constitucional” . Nesta esteira, também, o entendimento de Alexandre de Moraes, in verbis: “As hipóteses de

ajuizamento – decorrem – das normas constitucionais de eficácia limitada... em que a Constituição investe o legislador na obrigação de expedir comandos normativos.” E, ainda, de “...as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, que dependem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão”

Por derradeiro, a omissão legislativa inconstitucional pode derivar da ausência de cumprimento de ordem de legislar, como, ainda registra Canotilho. Alojamos neste escaninho os dispositivos constitucionais que determinam - não em caráter permanente - a interveniência do legislador para dar eficácia à regra constitucional, à exemplo dos preceitos dos arts. 26 e 30 da E.C. n. 19/98, (in verbis: “Art. 26 – No prazo de dois anos da promulgação desta Emenda, as entidades da administração indireta terão seus estatutos revisados quanto à respectiva natureza jurídica, tendo em conta a finalidade e as competências efetivamente executadas”; Art. 30 – O projeto de lei complementar a que se refere o art. 163 da Constituição Federal será apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional no prazo máximo de cento e oitenta dias da promulgação desta Emenda”.) Há nessa hipótese, adverte, entre nós, Ferreira Filho, o “descumprimento do mandamento constitucional” , implicando pois, numa lesão à Constituição o que abre a oportunidade para se acionar o instrumento ora em exame.

Interessante se afigura o debate acerca dos efeitos da decisão que identifica a inconstitucionalidade advinda da omissão legislativa, até porque, como anota José Afonso da Silva, neste caso, não há que se cogitar de efeitos erga omnes, próprios da ação direta

de inconstitucionalidade. Aqui o exame não se processa em tese; atinge o caso concreto – uma determinada conduta omissiva (ausência de norma) de uma determinada autoridade pública. Daí porque, de forma similar à solução atualmente adotada em Portugal, o seu efeito apresenta-se como “declaratório” e no entendimento perfilhado pelo referido jurista, “mandamental” ; a decisão declara a ausência e determina ao Poder competente a concretização da regra, para o implemento do preceito constitucional.

A previsão do art. 103, § 2o, do Texto Supremo, preconiza, no entanto, a mera “...ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”. Insere, portanto, uma declaração quanto à omissão inconstitucional verificada, devendo esta constatação ser, tão somente, transmitida ao Poder responsável pela inércia. Esta particularidade, aliás, adverte Alexandre de Moraes, retira da espécie a possibilidade de concessão de medida liminar. É que, registra Moraes: “Se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão como salientou o próprio STF (RT 668/212), o mesmo se dará quanto ao exame preliminar.”

O tratamento quanto aos efeitos, contudo, é dotado de maior rigidez no que concerne à verificação de omissão administrativa, hipótese em que, como será examinado a seguir, implica na viabilização de, juntamente com a comunicação (ciência) da verificação da lesão constitucional decorrente da omissão, ser fixado um prazo de 30 dias para o cumprimento da obrigação.

2. Pois bem, na paisagem doméstica, a par da omissão legislativa, introduziu o constituinte a figura da omissão administrativa, importando esta na ausência de providências materiais a assegurar eficácia à norma maior da Constituição. Conquanto se cuide de inércia da Administração, adverte Zeno Veloso para o fato de que “a ação governamental, no sentido de realizações, tarefas, obras, programas administrativos, está fora do âmbito da inconstitucionalidade por omissão” .

O instituto, na realidade, restringe o seu potencial a atos de natureza normativa, ainda que inseridos na esfera de competência da autoridade administrativa.

Esta peculiar modalidade, no entanto, reclama maior cautela e atenção, porquanto, como já antes assinalado, o seu efeito declaratório mandamental se vê reforçado pela previsão da possibilidade de vir o Judiciário a estabelecer um prazo para o cumprimento do dever constitucional de produzir a norma cuja ausência esteja ocasionando a violação constitucional. É o que se depreende da parte final do referido § 2º, do art. 103, que autoriza a fixação de um prazo, nos seguintes moldes: “.....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.” (grifo nosso)

Esta particular espécie tem sido enfrentada de forma muito tímida pelos Tribunais e não conta com um potente suporte doutrinário, apresentando-se lacônica a literatura jurídica. Fato é que a omissão administrativa, até em razão dos seus efeitos, que

autorizam o Poder Judiciário a impor, para o cumprimento do dever constitucional, um prazo (30 dias) à autoridade inerte, a par de não contar com uma regular prática, tem sido afastada, o quanto possível, das decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Para tanto, basta verificar os julgados já referidos – ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ajuizadas contra os Governadores dos Estados de Alagoas, Minas Gerais, Santa Catarina, Ceará e São Paulo, por não terem apresentado o projeto referente à revisão geral dos vencimentos dos servidores do respectivo quadro, como determina o inciso X, do art. 37, da Constituição (redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98), sendo objeto de provimento, observando, porém, o STF que a providência (iniciativa do projeto de lei próprio) não se inseria “nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, 2..., in fine, que prevê a fixação de prazo para o mister” (ADI n. 2492- São Paulo, decisão de 19.12.2001, e repetida nos demais acórdãos).

É oportuno registrar que a omissão administrativa, quando a inatividade do Poder Público manifesta-se por via da falta de ações concretas, necessárias ao cumprimento de dever constitucional, tem sido objeto de reparos por intermédio de ações civis públicas, abandonando-se o instrumento previsto no § 2º, do art. 103, da Magna Lei, a exemplo do quadro exposto nos autos da ação movida pelo Ministério Público de São Paulo contra a Prefeitura Municipal de Guarulhos para suprir “omissão administrativa”

providenciando os meios a garantir vagas para menores necessitados em abrigos públicos. (Agravo de Instrumento n. 303.687.5/1).

Recomenda Jorge Miranda que “para ser apreendida em todas as dimensões e manifestações de que se reveste, importa recortar os vários tipos de inconstitucionalidade...” por omissão. Assim, Da Inconstitucionalidade por Omissão Tipos impende verificar, a esse passo, as possibilidades classificatórias a enquadrarem a inércia da autoridade, com reflexos lesivos sobre o texto constitucional, dependendo, de certo, a identificação das diferentes categorias da ótica ou critério adotado para o exame.

Pois bem, já foi acima examinado o quadro das espécies de omissão inconstitucional, a partir de um critério a privilegiar a categoria de ato sobre o qual paira o silêncio da autoridade, emergindo, de uma parte, a omissão legislativa e suas derivações e, de outra, a omissão administrativa. Alterando o ângulo do exame e visualizado o panorama da inconstitucionalidade por omissão a partir da perspectiva da amplitude da lesão e o grau de abrangência dos efeitos perseguidos, pode-se identificar, ainda, os seguintes tipos: (a) a inconstitucionalidade total; e (b) a inconstitucionalidade parcial.

Para Jorge Miranda, em matéria de inconstitucionalidade por omissão, é “total aquela que consiste na falta absoluta de medidas legislativas ou outras que dêem cumprimento a uma norma constitucional ou a um dever prescrito por norma constitucional e parcial aquela que consiste na falta de cumprimento do comando

constitucional quanto a alguns dos seus aspectos ou dos seus destinatários”.

Com efeito, a inconstitucionalidade resultante de conduta omissiva da autoridade afigura-se total quando a postura refratária à edição da norma aguardada para o implemento constitucional abrange a situação por inteiro. Ao invés, na hipótese de inconstitucionalidade parcial, verifica-se que a regra produzida pelo Poder competente não atende integralmente ao disposto em preceito constitucional, permanecendo a situação de descumprimento quanto as partes não satisfeitas do referido artigo, ou seja, ainda que norma foi editada, esta não logrou garantir à regra constitucional efetividade plena.

Clássicos, em cenário doméstico, no setor das inconstitucionalidades parciais, os casos envolvendo as ações impetradas, visando a discussão acerca das normas veiculadoras do valor do salário mínimo. Dentre outras, ilustrativa deste debate, a hipótese de que cuidou a ADI n. 1 830-7, Distrito Federal. Trata-se de impetração promovida por partidos políticos (PT, PDT e PC do B), alegando que a medida provisória editada pelo governo para dar atendimento à exigência constitucional versando o salário mínimo não atendia a imposição da Lei Maior (art. 7, IV), por não abarcar, integralmente, as “necessidades básicas do trabalhador” e nem “atentar para a preservação, em caráter permanente, ao valor real dos benefícios previdenciários”. A intenção, aqui, era demonstrar que a norma editada não autorizava o implemento pleno do comando constitucional, resultando uma incapacidade inconstitucional parcial. In casu, porém, não houve apreciação de

mérito, restando prejudicado o julgamento da ação, porquanto, à época, a medida provisória hostilizada já não mais vigorava.

Considerando a estrutura federativa do Estado brasileiro, composto por 27 unidades federadas, o exame da conformação do instituto da inconstitucionalidade por omissão, em nível regional, no terreno do Estado-membro, parece impositiva. Nessa esteira, é Da Inconstitucionalidade por Omissão, no Direito Estadual de se apontar, num primeiro passo, que foi o próprio Estatuto Fundamental de 1988 a autorizar os Estados a instituírem “representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão”. (art. 125, § 2o)

O tema, todavia, vem abordado de forma lacônica pela literatura jurídica. Entre nós, José Afonso da Silva, acena para a perfeita viabilidade do controle da omissão da autoridade - estadual ou municipal - quanto à edição de textos normativos necessários a assegurar efetividade a dispositivos constantes da Constituição estadual . E Zeno Veloso anota que “a competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – derivada do silêncio ofensivo à Constituição Estadual, em razão de conduta de autoridade estadual ou municipal – tem de ser do órgão de cúpula do Poder Judiciário estadual...”.

Este, com efeito, é o tratamento acolhido pelos textos constitucionais, produzidos em esfera estadual, encontrando o seu fundamento no dispositivo da Magna Lei acima indigitado (art. 125,

§ 2o), conferindo-se competência aos Tribunais de Justiça (cúpula dos Judiciários estaduais) para apreciar questões atinentes à lesão de preceito da Constituição estadual decorrente da omissão do Poder Público estadual ou municipal. É, também, o posicionamento seguido pelo constituinte paulista que previu a figura no inciso VI, do art. 74, do documento promulgado em 1989, nos seguintes termos:

“Art. 74. Compete ao Tribunal de Justiça... processar e julgar originariamente:

VI – a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestados em face desta Constituição, o pedido de intervenção em Município e ação de inconstitucionalidade por omissão em face de preceito desta Constituição;”. (grifo nosso)

Conquanto escassas as informações da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria, ressaltam, desde logo, determinadas facetas a demandar uma maior atenção por parte do analista. Nessa esteira, parece-nos que a primeira inquietação viria a se relacionar com o tipo de norma constitucional cujo descumprimento, por via de inércia da autoridade estadual ou municipal, comportaria o recurso à ação direta de inconstitucionalidade por omissão perante os Tribunais de Justiça dos Estados.

Isto porque, como remarcado pelo magistério de Raul Machado Horta, “A atividade do constituinte estadual ficou marcada pela influência da Constituição Federal. Medraram na Constituição Estadual as normas de reprodução de textos da Constituição Federal. A tarefa do constituinte limitou-se a inserir aquelas

normas no ordenamento constitucional do Estado, por um processo de transplantação.” (grifo nosso)

Em verdade, notória se oferece ao intérprete a expansividade do texto da Constituição Federal que, por intermédio de uma quantidade expressiva de normas, marca presença no panorama constitucional dos Estados-membros. Assim, a indagação decorrente deste quadro diz respeito à competência para apreciar a omissão, quando esta atenta contra regra de reprodução constante de Constituição estadual. O tema, de fato, foi objeto de apreciação pelo Excelso Pretório no tocante à ação direta de inconstitucionalidade – i.é a lesão decorrente de texto de lei estadual infra-constitucional. E, apesar da postura inaugural, centralizadora, hoje, conforme apontado por Zeno Veloso e Oswaldo Luiz Palu , domina o entendimento de que “É competente o Tribunal de Justiça para processar e julgar ação direta contra lei estadual contrastada com a norma da Constituição local, mesmo quando venha esta a consubstanciar mera reprodução de regra da Carta Federal, cabendo, em tese recurso extraordinário de decisão que vier a ser proferida sobre a questão” .

Sob este prisma parece razoável depreender que, em se tratando de ofensa constitucional, provocada pela inação da autoridade estadual ou municipal, que deixa assim de conferir efetividade à norma (ainda que de reprodução) presente na Constituição estadual, compete ao Tribunal de Justiça e não ao Supremo Tribunal Federal apreciar a ação. Não há, contudo, notícia da prática deste controle da omissão legislativa ou administrativa em nível estadual, apresentando-se o sistema em clima de letargia.

E neste ambiente, a omissão da autoridade, principalmente do Poder Público municipal, vem combatida por intermédio de outros instrumentos, notadamente da ação civil pública, a exemplo do caso acima retratado.

Quanto aos efeitos e legitimação dos titulares da ação, há uma perfeita simetria ao tratamento oferecido ao instituto pelo Texto federal, aplicando-se, ao processo de fiscalização da constitucionalidade, em esfera local, quando a lesão é oriunda de omissão, os maiores preceitos ali insculpidos.

Dentre os instrumentos de controle da atividade governamental, introduzidos pelo Magno Texto de 1988, o Mandado de Injunção vem provocando uma acentuada celeuma quanto à similitude da sua engrenagem operativa com a ação de inconstitucionalidade Da Inconstitucionalidade por Omissão X Mandado de Injunção por omissão, na medida em que, em ambas as hipóteses, a ação fiscalizatória visa corrigir inconstitucionalidade decorrente da inércia do Poder.

Mecanismo inovador, o mandado de injunção destina-se, nos termos do inciso LXXI, do art. 5º, da Constituição Federal, a assegurar “o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” sempre que se verificar a ausência de norma regulamentadora infraconstitucional. Destina-se, portanto, a suprir a inércia do legislador, ou como anota José Afonso da Silva “em conferir imediata aplicação à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação” .

Enfim é em tudo semelhante à ação de inconstitucionalidade por omissão.

De nebulosa origem, ao menos no padrão que foi acolhido pelo constituinte brasileiro, a injunction vem detectada entre os diferentes e variados writs ingleses, ambiente em que, baseada na idéia de equity, consagra medida direcionada a preservar o status quo ou a evitar produção de dano irreparável. Hoje, por via da injunção, busca-se a tutela de amplo espectro de situações, tais como a public nuisance, lesões à propriedade, ou ainda corrigir o defeituoso acesso à informação. Nos Estados Unidos da América do Norte, sua utilização impregna o campo das disputas trabalhistas, o pertinente à proteção de direitos constitucionais e a esfera da regulamentação baixada pelos órgãos do Executivo. Na Alemanha, o instituto tem o seu campo de aplicação circunscrito a questões relativas à propriedade e visando suplementação legislativa e, no panorama italiano, a ingiunzione corresponde a um procedimento processual.

O figurino doméstico segue, porém, uma linha diferenciada. Visa, de fato, o oferecimento de tutela por intermédio de um procedimento que tem por escopo suprir uma lacuna normativa, atribuindo esta competência ao Poder Judiciário. Zeno Veloso informa que “no mandado de injunção, autêntico remédio ou garantia constitucional, o impetrante busca, objetiva e concretamente, a possibilidade de exercer direitos e liberdades constitucionais, bem como prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, inviabilizados pela falta de norma regulamentadora do Texto Fundamental, devendo, a nosso ver, a

sentença suprir, ela própria, a ausência da norma regulamentadora, definindo, in casu, a situação. A decisão não é puramente mandamental, mas é e tem de ser satisfativa...” Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por outro turno, examinando o instrumento adverte para o “seu campo limitado”, afigurando-se cabível quando “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 – donde resulta – não alcançar outros direitos, por exemplo os inscritos entre os direitos sociais”. E mais, adverte o mestre para a analogia existente entre o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão, registrando: “Não se pode dar ao mandado de injunção um alcance que não tem a inconstitucionalidade por omissão. Esta que é reservada a autoridades e a entes de alta representatividade, que apenas corre perante o mais alto Tribunal do País, tem, repita-se, como consequência levar uma comunicação ao Poder competente para legislar, ou à fixação de prazo para órgão administrativo, se for o caso. O mesmo, no máximo, será o alcance do mandado de injunção.”

Em verdade, num primeiro momento, a Suprema Corte aniquilou os efeitos de suprimento normativo que se pretendia ver alinhados ao mandado de injunção, equiparando-o à inconstitucionalidade por omissão que resolve a mora em regulamentar do Poder Público com um mero ofício de ciência. (Mandado de Injunção n. 107-3). Em memorável decisão posterior, no entanto, por mérito do relator, Ministro Moreira Alves, foi aberta a brecha para um avanço no reconhecimento de efeitos satisfativos, sem que, no entanto, se reconhecesse a favor do Poder Judiciário

atuação legislativa. Desse julgamento resultou inovadora postura, ex vi do entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal: “Ementa – Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, § 7º da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida”. (Mandado de Injunção n. 00002321/400, apud Oposição na Política, op. cit. sup. – grifos nossos)

Ao que tudo indica, a linha evolutiva da jurisprudência emanada do Excelso Pretório vem confirmando a idéia de se assegurar, por via do mandado de injunção, “aos impetrantes o imediato exercício do direito”. A posição, encampada pelo Ministro Nelson Jobim, encontra-se robustecida no mandado de injunção 562-9, Rio Grande do Sul, tendo por relator o Ministro Carlos Veloso, onde restou assente: constitui “omissão juridicamente relevante a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento hic et nunc, de uma situação de inatividade inconstitucional” . Daí a decisão proferida, acolhendo “em parte o pedido formulado na inicial para reconhecer a ocorrência da mora legislativa em editar a norma prevista no § 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e, 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 quando, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o

disposto na decisão a ser proferida”. (decisão de 20.02.2003, D. J. 20.06.03)

Pois bem, embora tímida e cautelosa a trajetória que vem sendo percorrida pelo mandado de injunção por intermédio da construção jurisprudencial, certo é, no entanto, o fato de que vem se firmando como um remédio diferenciado da inconstitucionalidade por omissão, inclusive quanto aos efeitos que não mais se resumem a um mero encaminhamento de ofício dando ciência ao Poder inerte da necessidade de cumprir o seu dever para fins de garantir o atendimento da determinação do Texto Fundamental.

Demais disso, das observações acima decorrem ainda outros fatores de *discrimen* entre um instituto e outro. Assim é que, enquanto a inconstitucionalidade por omissão não esbarra em limitação quanto à matéria, o mandado de injunção, como indica a lição de Ferreira Filho encontra um campo limitado de aplicação: “direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. E mais, quanto à titularidade, na esfera da ação de inconstitucionalidade por omissão o próprio documento constitucional fixa os respectivos titulares (art. 103), não sendo este o caso do mandado de injunção que pode ser impetrado por qualquer um impossibilitado de exercer seus direitos em razão do silêncio da autoridade em produzir a norma regulamentadora. E, ainda mais, atuam estes mecanismos em campos diferentes, pertencendo a sistemas diferenciados de controle. Assim, a inconstitucionalidade por omissão insere-se no panorama do controle concentrado de constitucionalidade, enquanto o mandado de injunção integra o arsenal do controle difuso, a exigir

para o caso concreto uma solução a sanar o quadro de inconstitucionalidade.

1. - A generosidade do constituinte de 1988 contemplou o universo de mecanismos já existentes, direcionados a assegurar os direitos e garantias consagrados pela Constituição, com uma série de novas figuras,

Conclusões

Dentre as quais a inconstitucionalidade por omissão, de inspiração portuguesa.

2. Partindo de princípios registrados pelo Ministro Carlos Ayres Britto, que, a par de apontar a Constituição como “a lei das leis... a mais importante das limitações impostas ao Estado, pois as leis de que a Constituição é a lei suprema são as leis emanadas do Estado”, ilumina o fato de que, em sendo a lei das leis, esta mesma Constituição “também precisa do Ordenamento Jurídico (que nesta mesma constituição encontra seu fundamento) por que sem ele não teria como se desdobrar em comandos necessariamente instrumentais dos seus comandos básicos” e não teria “assegurada a sua contínua aplicação...” , emerge, até com certa robustez, a relevância deste novo mecanismo que tem por escopo a fiscalização quanto ao cumprimento e atendimento dos preceitos constitucionais, zelando pelo seu implemento mesmo que a ação que lhe é hostil advenha da inércia ou inação do Poder competente para produzir a lei necessária a garantir efetividade à norma contida no Texto Fundamental.

3.- O mecanismo da inconstitucionalidade por omissão, na forma como acolhido pela Constituição Federal de 1988, atende a um figurino de perfil político. Esta peculiaridade, inerente a sua natureza, decorre da própria estrutura constitucional que o contemplou com a função de vigilância da constitucionalidade a incidir sobre condutas ou atuações de inércia do Poder que possam ter efeitos perversos no tocante à efetividade das normas constitucionais que demandam complementação por parte do ordenamento infra-constitucional.

4. A decisão proferida em sede de inconstitucionalidade por omissão tem efeito declaratório e, eventualmente, mandamental, implicando, na hipótese de omissão legislativa, no encaminhamento de ofício ao Poder inerte, alertando da verificação da omissão e de seu efeito prejudicial à efetividade da norma constitucional e, em se tratando de omissão administrativa, ao ato de ciência acrescenta-se a indicação de prazo de 30 dias para o cumprimento do dever constitucional, configurando, esta específica modalidade, o momento em que se concretiza o tão reclamado efeito mandamental.

Exatamente em razão do desfecho da ação de inconstitucionalidade por omissão, que se resume à ciência a ser dada ao órgão inibidor da efetividade de norma constitucional, afigura-se inviável, na espécie, a concessão de medida liminar. Como já assente na doutrina, refletindo postura jurisprudencial dominante, não há que se falar em cautelar se nem mesmo o provimento judicial pode afastar a omissão, quer legislativa, quer administrativa.

5. O figurino da inconstitucionalidade por omissão, na forma do desenho insculpido na Constituição Federal de 1988, autoriza a extração de diversas espécies e tipos a merecer exame. Vislumbra-se, nesta trilha uma primeira possibilidade classificatória, a partir da natureza do órgão inoperante, provocador da lesão constitucional, colocando o interprete diante da: A) omissão legislativa que pode se desdobrar em: a.1. omissão legislativa decorrente da inércia quanto à determinação constitucional de produzir, em caráter permanente e periódico, norma regulamentadora; a. 2. omissão legislativa diante de normas constitucionais não dotadas de suficiente densidade, para de per si alcançarem efetividade; e a. 3. omissão legislativa derivada da ausência de cumprimento de ordem de legislar, diante de determinadas obrigações pontuais do constituinte, a exemplo dos preceitos contidos nos arts. 26 e 30 da E.C. n. 19/98; e B) omissão administrativa, diante da ausência de regra de cunho administrativo para assegurar o implemento de dispositivo constitucional, modalidade prevista na parte final do § 2º, do art. 103, da nossa Constituição.

De outra parte, tal como se vislumbra no Direito português, berço do instituto, entre nós, válida afigura-se, também, a lição de Jorge Miranda, que distingue, no panorama da inconstitucionalidade por omissão, a possibilidade de omissão “total aquela que consiste na falta absoluta de medidas legislativas ou outras que dêem cumprimento a uma norma constitucional ou a um dever prescrito por norma constitucional e parcial aquela que consiste na falta de cumprimento do comando constitucional quanto a alguns dos seus aspectos ou dos seus destinatários”. Esta

dicotomia atende ao critério do alcance da omissão, sua profundidade e à extensão dos efeitos almejados no acionamento do mecanismo de controle.

6. Em terreno estadual, compete ao Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade decorrente da omissão da autoridade estadual ou municipal quanto ao cumprimento de preceito da Constituição do Estado, ainda que a norma constitucional submetida ao controle se apresente com o caráter de reprodução.

7. Apesar da parametria aparente entre os institutos da inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, afigura-se viável o traçar de uma linha divisória entre os dois. Nesta trajetória identificam-se efeitos diferentes, porquanto o primeiro se resolve mediante ciência à autoridade inativa, e no caso da omissão administrativa em estabelecimento do prazo de 30 dias para dar cumprimento à Constituição, enquanto que o mandado de injunção, por força de construção jurisprudencial e insistência doutrinária, autoriza – sem deslocar a competência legislativa – assegurar ao impetrante, por via do provimento judicial, o imediato exercício do direito. Mais, ainda, configura o primeiro um mecanismo de controle de constitucionalidade do tipo concentrado, legitimando algumas autoridades para sua impetração, enquanto o segundo insere-se no panorama da fiscalização difusa, outorgando a todos os prejudicados o direito de pleitear a tutela jurisdicional. Demais disso, enquanto o espectro de abrangência da inconstitucionalidade por omissão afigura-se amplo, sem limites materiais, a fórmula constitucional do mandado de injunção esbarra em balizas, conformando sua

impetração para a defesa de “direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

8. Enfim, o instrumento objeto deste exame, a inconstitucionalidade por omissão configura peça do sistema de fiscalização de constitucionalidade, um mecanismo de defesa da Constituição próprio das modernas técnicas idealizadas para a concretização, preservação e aperfeiçoamento da democracia.

ⁱ Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Associada de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Político e Econômico (1997 a 2003) e Coordenadora dos Cursos de Especialização em Direito Empresarial e Direito Administrativo Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procuradora Geral do Município de São Paulo (1994 - 1996). Secretária dos Negócios Jurídicos do Município de São Paulo (1995 - 1996). Procuradora Municipal do Município de São Paulo (1972/1996). Consultora jurídica em São Paulo.

Gettysburg Address, in *Great Issues in American History*, Hofstadter, Richard, N.York, Vintage Books, 1958, p. 414.