

DO DEVER DE LEGISLAR A PARTIR DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

Francisco Francilei Bezerra de Araújo¹

Resumo - A partir da perspectiva de que a negligência legislativa fere a ordem constitucional, é necessário que haja uma solução eficiente para sanar a inconstitucionalidade omissiva que, por vezes, vilipendia direitos e garantias fundamentais. À luz do constitucionalismo hodierno, a Constituição Federal é a norma suprema que, não podendo ser ofendida positivamente, de igual modo também, não poderá ser infringida pela inércia do legislador. Assim, se há um controle rígido para que normas inconstitucionais sejam expurgadas do ordenamento jurídico, de igual modo o controle há de inexorável para combater a procrastinação no dever de elaborar as normas imprescindíveis exigidas pelos dispositivos constitucionais.

Palavras-chave: Poder Legislativo. Controle de Constitucionalidade. Direito Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

O sistema jurídico é organizado pela hierarquia das normas, e no vértice dessa ordenação, por sua rigidez e supremacia, encontra-se a Constituição, fonte de validade das normas inferiores; portanto, parâmetro para a produção legislativa. Destarte quando há uma

¹ Advogado. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual Vale do Acaraú. Professor de Teoria Geral do Estado e de Direito Constitucional da FIED - Faculdade IEducare. E-mail. francileiaraujo@hotmail.com.

afronta resultante de ação do legislador, acontece o vício da inconstitucionalidade.

A Constituição, de igual modo, impõe a sua hegemonia, não só balizando a atuação legislativa, mas também exigindo o cumprimento de imposições legislativas para a concretização de suas normas. Então quando houver negligência a esses comandos, ocorre da mesma monta o efeito da inconstitucionalidade.

O fenômeno da inconstitucionalidade, portanto, surge tanto de uma violação positiva quanto negatizada Constituição, conforme André Ramos Tavares (2006, p. 183) leciona: “Assim, serve tanto para caracterizar o fato juridicamente relevante da conduta omissiva do legislador, [...], como também serve para indicar a incompatibilidade entre o ato jurídico (*lato sensu*) seja privado ou público, e a Constituição.”.

Percebe-se dessa lição que, a inconstitucionalidade é um gênero que engloba uma espécie, que é a inconstitucionalidade legislativa, que ainda pode ser mais específica quando observada a conduta omissiva do legislador, a qual faz parte da análise deste estudo. Por isso se faz apenas *en passant* a explanação acerca da inconstitucionalidade ativa.

A inconstitucionalidade por ação se sucede por ato comissivo incompatível com os ditames constitucionais. Esses atos podem ocorrer de duas formas, a saber: quando houver conflito material, que é a desarmonia entre o conteúdo do ato normativo e o da

Constituição; e/ou quando existir conflito formal, nesse último caso, a criação da norma infraconstitucional não obedece ao procedimento estabelecido pela Constituição, pois ela, além de estabelecer diretrizes materiais para o legislador, também disciplina o processo legislativo, o qual corrobora com sua rigidez e supremacia.

A inconstitucionalidade omissiva está ligada à “inobservância de um dever constitucional de legislar” (MENDES, 2010, p. 1185) que decorre de imposições feitas pelo Constituinte ao legislador ordinário.

2 DO DEVER DE LEGISLAR

Como a inconstitucionalidade omissiva surge da inércia do legislador diante de um dever de legislar, é necessário compreender quando a atividade legislativa é obrigatória e quando ela é da discricionariedade do legislador.

Em regra, legislar é uma faculdade do Poder Legislativo, fica a seu alvitre sobre quais matérias e quando produzir leis, claro que devem estar imbuídos da responsabilidade de buscar desenvolver com afincos os ideais da Constituição Cidadã.

Excepcionalmente a atividade legislativa é obrigatória e está adstrita a uma obrigação jurídica imposta pela Norma Suprema. Sobre o dever jurídico de legislar Gilmar Mendes discorre:

A competência legislativa implica responsabilidade e impõe ao legislador a obrigação de empreender as providências essenciais reclamadas. Compete a ele não só a concretização genérica da vontade constitucional. Cumpre-lhe, igualmente, colmatar as lacunas ou corrigir os defeitos identificados na legislação em vigor. O *poder de legislar* converte-se, pois, num *dever de legislar*. (MENDES, 1999)

Percebe-se que, nos casos pontuais em que há exigências constitucionais de ação, legislar é um dever cogente que se sobrepõe ordinária liberdade da função legiferante do Poder Legislativo.

É relevante observar também que existem normas programaticamente genéricas, cujos escopos não têm como ser alcançados com a simples edição de leis, porque dependem de uma conjuntura política, social e econômica; serve de exemplo o art. 3º da Constituição Federal, que traz os objetivos do Estado brasileiro, os quais parecem ter sua essência em uma república platônica. Como essas normas não especificam ações a serem feitas, não é coerente falar em omissão inconstitucional.

3 DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

A omissão inconstitucional é, pois, fruto da inércia do legislador diante das diretrizes específicas encontradas na Lei Magna. A excelsa doutrina preleciona que:

As omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de *imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito*, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da constituição. (CANOTILHO, 1993, p. 1089)

Portanto, o *non facere*, que caracteriza a omissão inconstitucional, contraria uma norma de eficácia limitada, pois é esse tipo de norma que impõe uma obrigação exata de legislar para que a tenha uma aplicabilidade plena. Se a ordem de integração dessas normas não for obedecida, gera-se a omissão legislativa inconstitucional.

As normas constitucionais de eficácia limitada podem dispor sobre matérias de organização do Estado ou sobre direitos do cidadão. Com exemplo respectivamente, tem-se:

Art.18, § 4º- A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei complementar Federal,

Art. 37, VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

O primeiro caso de norma de eficácia limitada, embora havendo a inconstitucionalidade, não comporta a possibilidade de invocação do direito subjetivo a atividade legislativa. Na segunda situação sim, pode o cidadão exigir a norma que regulamente seu direito. Os dois exemplos acima até hoje não estão integrados pelas leis

que requerem, sendo maculados pela omissão legislativa inconstitucional.

De acordo com a doutrina, pode-se identificar as omissões inconstitucionais em omissão parcial ou total, esta acontece quando o legislador não produz a norma vindicada, havendo o completo vilipendiado ao dever de legislar.

A omissão parcial se subdivide em parcial propriamente dita e em relativa. Haverá omissão parcial propriamente dita sempre que o direito for regulamentado por uma norma integradora não for satisfeito plenamente, um exemplo recorrente é a lei que regulamenta o salário mínimo que segundo prescreve a Constituição Federal:

Art. 7º, IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Haverá omissão relativa quando um ato normativo que regulamenta um direito e não contempla determinada categoria de sujeitos que deveria também ser beneficiada com o direito regulamentado. Nesse caso além de violar a constitucionalidade por omissão também, o ato normativo infringiria o princípio da isonomia.

A inconstitucionalidade por omissão, no entendimento de Bulos (2011, p.146), causa a “síndrome de inefetividade das

constituições”. O autor percebe as omissões inconstitucionais como moléstia que atinge a Constituição; destarte, ainda nessa doutrina, indica-se que, para se diagnosticar as tais omissões, deve-se observar as seguintes regras:

1ª) Omissão legislativa inconstitucional resulta do desrespeito às normas constitucionais que consagram uma exigência de ação.

[...]

2ª) Omissão legislativa inconstitucional não é constatada perante imposições constitucionais abstratas ou implícitas.

[...]

3ª) Omissão legislativa inconstitucional exterioriza-se na seara das normas constitucionais de eficácia limitada.

[...]

4ª) Omissão legislativa inconstitucional só se verifica nos casos de lacunas constitucionais técnicas se, e somente se a inércia do legislador for por tempo indeterminado. (BULOS, 2011, p. 147)

Entende-se, portanto, que a omissão inconstitucional ocorre quando o constituinte impõe um dever ao ofício do legislador, e este fica inerte. Há que se resguardar que o dever de legislar não é a simples função inerente ao Legislativo, de fazer as leis, mas sim da letargia que se instala diante das exigências de ações positivas para efetivar ordens constitucionais.

Salienta-se ainda que as ordens constitucionais devam ser expressas e específicas e que, quando não integradas por abstenção do legislador, agridem diretamente a Constituição. Mas diante de

preceitos constitucionais abstratos e/ou implícitos não que se falar omissão legislativa inconstitucional.

As normas constitucionais que disciplinam pontos específicos e trazem ordens expressas, mas que precisam de complementadas pela atividade legislativa ordinária, são as de eficácia. Pressuposto, então, de omissão inconstitucional é a inércia legislativa diante de normas de eficácia limitada.

O momento que caracteriza a inconstitucionalidade por omissão é uma questão que precisa ser identificado, porque além da omissão nos termos exigidos, também o *non facere* em tempo útil conspurca de inconstitucionalidade. Nessa perspectiva temporal da omissão legislativa, pode-se levar em conta duas situações, a primeira quando há tempo fixado pela Constituição Federal, a exemplo se tem os seguinte artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o código de defesa do consumidor.

Art. 50. Lei agrícola a ser promulgada no prazo de um ano disporá, nos termos da Constituição, sobre os objetivos e instrumentos de política agrícola, prioridades, planejamento de safras, comercialização, abastecimento interno, mercado externo e instituição de crédito fundiário.

Então basta que a inércia do legislador ultrapasse os prazos determinados para a existência da inconstitucionalidade omissiva.

A segunda situação é mais complexa, que é quando não há prazo estabelecido. Entende-se que a identificação temporal da omissão como inconstitucional seria analisada a partir de um prazo razoável, conforme salienta a jurista:

À luz, portanto, da razoabilidade e levando em conta este amplo elenco de elementos e fatores sociais, históricos e valorativos, se se conclui que o ato, ao longo do prazo decorrido, não só podia como deveria ser emitido ficará caracterizada a inconstitucionalidade. (PIOVESAN, 2003, p.95)

Por esse entendimento, infere-se que adstritas à razoabilidade temporal estão as circunstâncias históricas que evoluem e influenciam o universo da necessidade e da produção das normas jurídicas. A mora inconstitucional surge quando conjunturas políticas, sócias, econômicas e jurídicas exijam ações legislativas imediatas para regulá-las; e o legislador é inerte. Sob essa ótica, o momento identificativo da omissão inconstitucional decorre mais da necessidade e relevância da atividade legislativa do que prazos prefixados.

Diante à prognose da inconstitucionalidade omissiva, o Constituinte Originário, quando deixara normas que inexoravelmente devem ser integradas, disponibilizou instrumentos para exigir essa integração; isso para que haja meios de combater a negligência do legislador ordinário, sempre que ele recalitrar frente a essa imperatividade. No Direito Constitucional brasileiro, os institutos do

Controle de Constitucionalidade das omissões são a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção.

4. DO CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

O controle de constitucionalidade é a verificação da compatibilidade formal e material das normas infraconstitucionais com a Constituição. Esse instituto encontra seu fundamento em dois princípios que são da supremacia, o qual designa a posição da Constituição no ápice hierárquico do sistema jurídico escalonado; e o da rigidez, que resguarda a Constituição e lhe dá estabilidade, exigindo um procedimento mais solene e dificultoso na sua elaboração para que ela figure como parâmetro e fonte de validade das outras normas. Da amálgama desses princípios surge a necessidade de controlar constitucionalmente as normas infraconstitucionais, pois como explica o publicista:

Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental. (BONAVIDES, 2011, p. 297)

De fato a blindagem que se faz entorno da Constituição suprema e rígida com o controle de constitucionalidade é porque ela é o relicário o qual garante os institutos estatais e os direitos mais importantes que foram conquistados árdua e paulatinamente pelo povo.

4.1 Dos sistemas de controle de constitucionalidade

Pelas experiências jurídicas advindas com o controle de constitucionalidade, divide-se ele em controle difuso, sectorial do sistema norte-americano, e em controle concentrado, originário do sistema austríaco.

O sistema ianque de controle difuso tem sua origem no famoso caso *Marbury versus Madison* em 1803, que difundiu os fundamentos do controle judicial de constitucionalidade; no julgado deste caso se reafirmou a supremacia da constituição frente às leis comuns, o que deu destaque mundial ao controle de constitucionalidade feito pelo Judiciário.

Do controle difuso, resultou a possibilidade de qualquer juízo verificar a constitucionalidade de atos normativos. Por isso um órgão jurisdicional, singular ou colegiado, diante de um caso concreto, pode afastar aplicação de uma norma por entendê-la dissonante dos preceitos constitucionais.

O sistema austríaco, por sua vez, tem como seu mentor o jurista Hans Kelsen que influenciou a Constituição da Áustria de 1920 e outras constituições da Europa no século XX. Por esse sistema, o controle de constitucionalidade é feito por um órgão jurisdicional superior que realiza a fiscalização abstrata da norma em um processo objetivo cujo cerne é defender a ordem constitucional.

Compreende-se então que enquanto o controle constitucionalidade, no modelo difuso, é feito por todos os juízes que analisem um caso concreto; no modelo concentrado, há um juízo superior que analisa a compatibilidade das normas com a Constituição abstratamente, sem a necessidade de um caso concreto.

Comungando o controle difuso com o concentrado, gerou-se o modelo misto que é o adotado pelo Direito Constitucional do Brasil.

4.2 Do controle de constitucionalidade no Brasil

O controle de constitucionalidade no Brasil surge, com inspiração no direito norte-americano, com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Sob a égide dessa Constituição, fora estabelecido o controle difuso, atribuindo competência ao Supremo Tribunal Federal apreciar em definitivo a constitucionalidade de normas, veja-se o dispositivo da Constituição de 1891:

Art. 59 § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Com a Lei n. 221 de 1894, que organizara a Justiça Federal da República, houve um reforço à competência dos magistrados para proteger a Constituição, avançando assim o modelo judicial de controle difuso, porque essa lei dispunha que os juízos, singulares ou colegiados, poderiam deixar de aplicar a casos concretos leis e/ou regulamentos que entendesse inconstitucionais.

O controle por via de exceção é, pois, uma tradição que acompanha a trajetória constitucional desde o século XIX a até hoje, porque esteve consagrado em todas as constituições seguintes.

No tocante ao controle de constitucionalidade concentrado, por via de ação, foi com a vigência da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 que se instituiu, de modo ainda incipiente, ação direta de inconstitucionalidade interventiva que tinha como único legitimado o Procurador-Geral da República e visava evitar a intervenção federal nos Estados-Membros.

Malgrado retrocesso ocorreu ao controle de constitucionalidade quando da outorgada Constituição de 1937; a qual

assegurava que se uma lei julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal fosse, no entendimento do Presidente da República, necessária ao bem estar do povo poderia ser submetida à apreciação do Parlamento e se este por um *quorum* de dois terços confirmasse a validade da norma, seria descartada a decisão do Poder Judiciário.

O controle de constitucionalidade retoma sua evolução sob o aparo da democrática Constituição de 1946, o controle por via de ação continuava a examinar a constitucionalidade de lei federal que tratasse de intervenção nos Estados-Membros; e ainda se manteve como legitimado a arguir a inconstitucionalidade apenas o Procurador-Geral da República. A mudança mais importante em relação à Constituição de 1934 foi a de que somente haveria a intervenção federal depois da apreciação do Pretório Excelso. Relevante também é a Lei n. 2.271 de 1954 que dispunha sobre o processo da arguição de inconstitucionalidade perante o Supremo tribunal Federal. Mesmo recuperando o desenvolvimento, o controle de constitucionalidade abstrato era, na percepção de Bonavides (2011, p.330), “[...] respeitante basicamente a leis federais num campo estreitíssimo.”

Não obstante, a Emenda Constitucional n. 16, que alterou a alínea *k* do art. 101, inciso I da Constituição de 1946, permitiu agora que Supremo Tribunal Federal pudesse julgar representação do Procurador-Geral da República contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa não só federal, mas também estadual.

A Constituição de 1967 apenas mantivera os institutos de controle de constitucionalidade da Constituição anterior. É relevante mencionar que a Emenda Constitucional n.1 de 1969 estabeleceu a possibilidade da verificação da constitucionalidade de lei municipal face às constituições estaduais com escopo de eventual necessidade de intervenção no município.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o sistema de controle de constitucionalidade evoluiu significativamente. Com a atual ordem constitucional, houve ampliação dos legitimados a propor as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade; permitiu a possibilidade de os Estados-Membros instituírem representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual; inaugurou-se o instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental(ADPF).

Um ponto que caracteriza bem avanço hodierno do controle de constitucionalidade no Brasil é possibilidade de defesa judicial frente à inconstitucionalidade por omissão tanto pela via de ação como pela via de exceção através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e do Mandado de Injunção respectivamente.

*DIE REGELUNG DER PFLICHT VON DER OMISSION
LEGISLATIVE VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT*

Zusammenfassung: Ausgehend von dem Standpunkt, dass gesetzgeberische Nachlässigkeit die konstitutionelle Ordnung verletzt, erscheint es notwendig, dass es eine effiziente Lösung zur Behebung Unterlassungsdelikte nicht verfassungsmässiger Natur gebe, da diese gelegentlich Grundrechte und garantien verletzen. Im Lichte des zeitgenössischen Konstitutionalismus ist die Bundesverfassung das höchste Recht welches weder aktiv, noch durch die Untätigkeit des Gesetzgebers verletzt werden darf. Wenn somit eine strenge Kontrolle zur Auslöschung verfassungsunmässiger Normen aus den juristischen Verfahren besteht, so muss auch gleichermassen eine unerbittliche Kontrolle zur Bekämpfung jeglicher Verzögerung der Pflicht zur Ausarbeitung der unerlässlichen Normen, die von den Verfassungsbestimmungen erfordert werden, bestehen.

Schlüsselbegriffe: Gesetzgebende Gewalt. Verfassungskontrolle. Verfassungsrecht.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil 1891**. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 16junho 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 05 abril 2013.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. **Revista Jurídica virtual**. Ano 01. v.01, mai. 1999. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm. Acesso em 04 junho. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.