

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

YURI SCHNEIDER

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Julia Maurmann Ximenes, Regina Vera Villas Boas, Yuri Schneider – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-183-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

Entre os dias 6 e 9 de julho o XXV Encontro Nacional do CONPEDI ocorreu em Brasília, com o tema Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

Diante da pertinência com esta temática, o grupo de trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas se reuniu em três diferentes salas, e a presente apresentação trata do primeiro grupo.

A histórica desigualdade social brasileira é o contexto da maioria das discussões, conduzidas ainda para o papel dos diferentes atores jurídicos na efetivação dos direitos sociais a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Inicialmente os trabalhos retomaram questões mais conceituais da relação entre Direito e Políticas Públicas como a judicialização, a dignidade da pessoa humana, o papel do Estado, do Poder Judiciário, o mínimo existencial e a reserva do possível.

Outra grande temática foi a judicialização da saúde: aqui sete trabalhos analisaram os desafios deste fenômeno, inclusive com a análise de casos específicos, da gestão orçamentária e da nova abordagem na problematização sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais – o estado de coisas inconstitucional.

O terceiro direito social debatido em vários trabalhos foi a educação. Aqui as pesquisas contribuíram com importantes reflexões a partir da análise de casos, como Belo Horizonte e Rio de Janeiro, dentre outras perspectivas.

Para finalizar, a discussão envolveu trabalhos relacionados com a corrupção como “mecanismo de esvaziamento das políticas públicas” e pesquisas sobre políticas públicas de alívio a pobreza no Brasil.

O debate continua, mas esperamos que mais uma vez a publicação dos trabalhos discutidos contribua para a pesquisa jurídica brasileira sobre a efetivação dos direitos sociais.

Boa leitura!!!

Julia Maurmann Ximenes – IDP/CONPEDI

Yuri Schneider – UNOESC

Regina Vera Villas Boas – UNISAL

A ANÁLISE PRÁTICA DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS LUSO-BRASILEIRA E SUA INEFICÁCIA QUANDO INTERPRETADA A LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PROPOSTAS PARA APRIMORAMENTO DO INSTITUTO.

A CRITICAL ANALYSIS OF OMISSIONS LAW UNCONSTITUTIONAL LUSO-BRAZILIAN AND ITS FAILURE WHEN INTERPRETED THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS. PROPOSALS FOR IMPROVEMENT OF THE INSTITUTE.

Jorge Rachid Haber Neto ¹

Resumo

Este artigo visa analisar criticamente o instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão luso-brasileira e demonstrar sua inefetividade jurídica e social. Explicaremos esta modalidade controle jurisdicional abstrato desde o início de suas primeiras ideias até a darmos uma nova abordagem mais enfática quanto aos efeitos das decisões que se limitam a dar mera ciência ao poder legislativo para a adoção das medidas necessárias com nenhum grau de coercibilidade.

Palavras-chave: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Inefetividade, Aprimoramento

Abstract/Resumen/Résumé

Search is to review the institute direct action of unconstitutionality by omission Luso-Brazilian and demonstrate their legal and social ineffectiveness. We will explain this abstract jurisdictional control mode from the start of his first ideas to give a new and more emphatic approach to the effects of the decisions which merely give mere science to the legislature to adopt the measures necessary with any degree of coercivity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Direct action of unconstitutionality by omission, Ineffectiveness, Upgrading

¹ Mestrando pela Escola Paulista de Direito -EPD. Tabela de Notas e Oficial de Registro Civil de Nova Guataporanga - São Paulo.

1. Introdução

Para o presente artigo as Constituições dirigentes, compromissárias e programáticas brasileira e lusitana serão entendidas como normas fundamentais e transcendentais de validade de todas as normas existentes nos respectivos ordenamentos jurídicos, ocupando, desse modo, o ápice da pirâmide lógica de Hans Kelsen, em que todos devem obedecer à constituição por sua hierarquia vertical.

Assim, todas as situações jurídicas deverão ser compatíveis com a Constituição, sob pena da negação de inserção normativa em respeito ao princípio básico da supremacia constitucional que, especificadamente, em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão é reconhecida no Brasil e em Portugal em únicos órgãos, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal-STF e o Tribunal Constitucional-TC, conforme tradição e influência tipicamente austríaca.

Nesse sentido, este artigo tem como finalidade dois macro-objetivos: (I) Demonstrar de forma qualitativa e quantitativa a inefetividade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão [ADI-O] no Brasil e em Portugal e (II) Reconstruir este remédio constitucional de modo a torná-lo compatível com a ideologia constitucional democrática da Constituição Federal de 1988 [CF/88] e da Constituição da República Portuguesa [CRP].

Faremos, de forma particular, uma análise empírica quantitativa do custo/benefício deste instrumento constitucional, pontuando dados concretos do STF e do TC onde iremos propor a modificação de interpretação de nossa corte constitucional para os próximos anos.

Enfatizaremos, ainda, outro aspecto qualitativo desta investigação, acareando a opinião de membros dos poderes judiciário e legislativo, com visões de jornalistas e doutrinadores sobre esta temática.

Portanto, verificaremos a relevância e necessidade de se mitigar o princípio da separação dos poderes nas hipóteses de ADI-O e, ao final, faremos reflexões sobre algumas possíveis propostas de aprimoramento e aperfeiçoamento do controle jurisdicional luso-brasileiro das omissões inconstitucionais.

2 Análise prática das decisões sobre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão no Brasil e em Portugal.

A análise empírica entre os custos das decisões judiciais constitucionais (*judicial review*)¹ da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil e em Portugal são plenamente demonstrativas de que não existe uma postura verdadeiramente democrática do direito em nosso país.

Cada vez mais, a produção da ciência, a qual o direito é apenas mais uma espécie, está pautada na contenção dos gastos públicos até porque como se sabe todos os direitos tem os seus encargos a serem suportados, custos que na maioria das vezes acabam por desequilibrar a “balança da igualdade” e atingir arditosamente a camada social que mais precisa.

Quanto menor o número de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, menos processo se terá, menos jurisdição constitucional de produzirá, mais jurisprudência constitucional permanecerá nociva pela descontextualização da norma ao cenário social inserido, incorrendo na ineficácia do instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Ademais, é importante expor dados estatísticos para corroborar este nosso entendimento. Entre os anos de 2008 a 2011, houveram 12 (doze) ações diretas de inconstitucionalidade por omissão distribuídas no STF, sendo 1 (uma) improcedente (8,3%) e 2 (duas) não conhecidas (16,7%), totalizando 3 (três) ações com decisão final (25%). As 9 (nove) demais ADI-O encontram-se pendentes de julgamento (75%)².

Do rol dos legitimados, 1 (uma) ação (8,3%), foi proposta por Governador de Estado ou do Distrito Federal, 4 (quatro) ações (33,3%) foram propostas por partido

¹ O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado *judicial review* nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidades de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais. Da Silva, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. ed. Malheiros, São Paulo, 2011, p. 49. Foi nesse sentido que nasceu o instituto, em 1803, por meio da decisão elaborada pelo jurista e Presidente da Suprema Corte norte-americana, Judge Marshall, para o caso Madison *versus* Marbury, que admitiu explicitamente, pela primeira vez, a supremacia constitucional em face de qualquer norma ou ato jurídico que colida com a Constituição. LEITÃO, Manuela Prado. **Omissão legislativa e o poder judiciário: "Um legislador positivo"? Boletim de Direito Administrativo**. Doutrina, Pareceres e Atualidades. V.25, n.º 11, novembro, 2009, p. 1260.

² BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=ado> > Acesso em 19 abr. 2011. Dados de 2011, atualizados até 31 mar. 2011.

político com representação no Congresso Nacional e as 7 (sete) ações restantes (58,3%), foram propostas por Confederação Sindical e Entidade de Classe de Âmbito Nacional³.

No Tribunal Constitucional Português, tem-se nos Acórdãos do Tribunal Constitucional por espécie entre os anos de 1983-2008, o valor de 4% (quatro por cento) das ações de inconstitucionalidade por omissão, isto porque está incluído na investigação a fiscalização preventiva e a fiscalização “*abstracta*” sucessiva. No ano de 2009, no total de 1159 ações propostas ao TC português, nenhum acórdão ou decisão em ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi produzido, sendo propostas 3 (três) ações em sede fiscalização preventiva e 16 (dezesseis) em sede de fiscalização abstrata sucessiva⁴.

Desse modo, estes dados empíricos e quantitativos demonstram a ineficácia dos institutos em ambos os países, cujas constituições programáticas não foram capazes de alcançar os objetivos aos quais se propunham.

Ademais, apesar de não haver norma constitucional expressa que institua a fiscalização do silêncio legislativo em outros Tribunais Constitucionais alienígenas, pensamos, neste tocante, que a importação de qualquer outro modelo estrangeiro de fiscalização de controle de constitucionalidade por omissão para o Brasil não é o melhor caminho em face da existência de soluções materiais peculiares em nosso ordenamento jurídico pátrio para resolver tal problemática conforme será visto adiante.

3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Inefetividade e Ineficácia.

O que se busca de fato com a propositura de uma ADI-O é a eficiência das normas constitucionais inconstitucionais. O conceito de eficiência pouco se confunde com o de

³ BRASIL, STF. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adolegitimado> >. Acesso em 19 abr. 2011. Dados de 2011, atualizados até 31 mar. 2011.

⁴ PORTUGAL, TC. Disponível em < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-estatisticas.html> >. Acesso em 19 abr. 2011. Ademais, a Lei nº 28/82 do Tribunal Constitucional Português remete a ação de inconstitucionalidade por omissão para o rito de fiscalização abstrata sucessiva da inconstitucionalidade por ação, salvo quanto aos efeitos nos termos do artigo 67º, em que estes efeitos nunca poderão ter caráter preventivo, assim como no Brasil, porque o TC e o STF não interferem na formação de quaisquer atos e só podem agir em consequência de uma omissão juridicamente relevante a cujo reconhecimento tem que proceder. Além disso, também não tem caráter sucessivo, porque não há lei vigente a ser declarada inconstitucional, nem substitutivo, porque as Cortes Constitucionais não podem adotar as medidas que repute necessárias, ainda quando o órgão competente, ao qual tenha sido comunicada, não supra a omissão.

efetividade já que a primeira está atrelada a consciência dos direitos somada a vontade de exercê-los de acordo com a cultura de cada país e a segunda delimita o resultado que a norma almeja.

Outrossim, colacionando a teoria da tridimensionalidade exposta por Miguel Reale em que o direito deve ser entendido simultaneamente como fato, valor e norma, a ADI-O da forma como é encarada hoje, jamais terá a aproximação da regulação social à regulação jurídica da forma como esperamos, ou seja, entre o comportamento social e a positivação empírico-racional das normas e princípios institutivos ou organizativos de nossa Carta Federal.

A dependência por um posicionamento mais agudo das decisões do STF fortifica o total descaso do Poder Legislativo, sobretudo porque o Poder Judiciário opta por não se auto-reconhecer explicitamente como legislador positivo por mais de duas décadas, através das decisões já proferidas, colocando-se, também, em mora com a sociedade.

Nossa Corte Maior prefere o eufemismo de um Estado (Neo)democrático macrocefálico que almeja uma economia em ascensão, relacionado-a a estabilidade política, mas que a contrário senso, por exemplo, possui déficit de direitos fundamentais em saúde e educação, tem índices de violência cada vez maiores e sequer regulamenta o sistema financeiro nacional privado, dentre outros contrastes mercadológicos pendentes e imunes de intervenção jurisdicional por conta do escudo do princípio da separação dos poderes, do princípio da reserva do possível e das supostas implicações utilitaristas de cunho orçamentário.

Em outras palavras, com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ineficaz, na prática, existe o nivelamento de uma situação menos favorável pior que estágio inicial de sua propositura devido a expectativa de efetividade que foi frustrada do jurisdicionado. O país não pode parar à espera de necessárias leis que não chegam. Legislar é preciso. Tiros de advertência são soluções antiquadas.

É por este motivo, em corrente contrária e diametralmente oposta que Elísio Bastos chegou a ser incisivo ao propor a extinção da ADI-O, observe-se:

Considerando a ineficácia normativa e jurisprudencial da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, bem como a existência atual de meio processual apropriado para produzir provimento jurisprudencial eficaz no que concerne às omissões normativas, faz-se necessária a extinção da ADI por omissão. A alteração sugerida deveria ser

veiculada por Emenda Constitucional que suprimirá o parágrafo terceiro do artigo 103 da CF/88.⁵

Outro ponto bastante interessante quanto à legitimidade para a criação de leis em um regime democrático e de separação de poderes é levantado por Falcão e Arguelhes:

Quem é mais legítimo para criar leis num regime democrático e de separação dos poderes? O STF – não eleito pelo povo – ou o Legislativo – eleito pelo povo? Essa é a pergunta da teoria democrática liberal. Mas a história, às vezes, tem outras perguntas e urgências. A democracia representativa, que tem como único critério de legitimidade política o voto (ou a sua ausência), faz com que percamos de vista inéditas perguntas de hoje. Segundo a fórmula liberal, entre um Legislativo que não faz as leis que deveria e um Judiciário que faz as leis que não deveria, quem age com mais legitimidade? Quem respeita mais os fins da separação dos poderes? Qual está avançando no território constitucional do outro? Claramente, as estratégias judiciais e legislativas dos últimos meses nos levam a mais conflituoso terreno. O fim da autocontenção do Supremo e a continuidade da paralisia do Congresso são faces da mesma moeda. Nesse contexto, o ideal de harmonia e independência dos Poderes explica e molda pouco. Se o ideal constitucional é a harmonia entre os Poderes, como não se preparar para a guerra?⁶

Ainda assim, não é novidade que os parlamentares se preocupam mais com emendas orçamentarias e distribuição de cargos do que legislar e o STF passa a exercer cada vez mais o papel dos deputados e senadores.

Segundo Nicacio em publicação na revista ISTO É:

Só este ano o STF determinou que casais do mesmo sexo podem unir-se legalmente e que a Lei da Ficha Limpa só vale a partir do ano que vem, temas de extrema importância que deveriam ser decididos democraticamente pelo Congresso. E nada indica que a situação vai mudar a médio prazo. O presidente do STF, ministro César Peluso, adianta que ainda este ano o tribunal pretende dar sua posição sobre a criação de novas regras para o aviso prévio, a permissão de aborto para fetos anencéfalos e a demarcação de área de quilombolas. O ex-presidente do STF ministro Gilmar Mendes concorda que o Supremo não pode substituir o Congresso, mas afirma que há "paralisia institucional" e falta "agenda legislativa". "As forças políticas se digladiam e não encontram solução para os temas". O Congresso tem condições mais democráticas para legislar, com audiências públicas, mas na ausência é preciso decidir⁷.

⁵ BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A garantia jurisdicional da Constituição Brasileira**, análise e propostas para seu aprimoramento. São Paulo, Editora: Método e CESUPA, p. 207.

⁶ FALCÃO, Joaquim; e ARGUELHES, Diego Werneck. Em artigo jornalístico, transparecem indignação com o STF ao relatarem a inclusão de seção intitulada “**Omissões legislativas inconstitucionais**” disponível em:<

<http://acervo.folha.com.br/resultados?q=omiss%C3%B5es+inconstitucionais&site=&periodo=acervo>>. Folha de S. Paulo, Primeiro Caderno, 16 nov. 2008, p. 3, acesso em 27 jul. 2011.

⁷ NICACIO, Adriana, Revista ISTO É, Brasil, **Supremo legislador federal**, edição 20 jul. 2011, acesso em 30 jul. 2011.

Ademais, muitas vezes o Congresso Nacional se queda a beira de um colapso por trancamento de pauta por conta de medidas provisórias a serem votadas pelas crises do Executivo.

Dessa forma, o STF vem se tornando o Supremo legislador federal, ficando nas mãos de 11 ministros a tarefa de criação e reedição de leis e atos normativos e os parlamentares, por sua vez, viraram os despachantes do orçamento da União.

Preocupado com isto, o senador Pedro Taques (PDT-MT) reclama: "Estamos caminhando para o ativismo judicial, em que 11 deuses decidem o que é bom. Não é legítimo numa democracia . Eles não foram eleitos".

Temos um diagnóstico, porém a farmacologia jurídica ainda não conhece a cura da ineficácia da ADI-O, ou, em outras palavras, tem os remédios paliativos estritamente jurídicos e abstratos para as omissões inconstitucionais.

Neste quadro clínico, nos resta, então, esperança do desenvolvimento cômico e natural do estágio de maturação do legislador para oferecer a solução a todas as questões suscitadas pela inconstitucionalidade por omissão.

Portanto, administrar a delonga desta doença com o tratamento dado atualmente, além de ineficaz é indigno ao ser humano, menosprezando os anseios sociais e deveres fundamentais que o Estado tem a obrigação constitucional de atestar. Posto isto, propomos o princípio constitucional, de caráter específico, da inafastabilidade do dever constitucional de legislar.

4 O mito da separação dos poderes e as cláusulas pétreas ou superconstitucionais, artigo 60, § 4º, CF/88.

O princípio da separação de Poderes - ou da divisão de Poderes caracteriza o fenômeno da desconcentração, oposta à centralização verificada na origem dos Estados Modernos, assinala Nelson Saldanha, quando ocorreu de um lado a unificação territorial e de outro a concretização ou enfeixamento de poderes nas mãos de governante - ideia que se firma a partir de Locke⁸ e Montesquieu, sobretudo deste último no *Espírito das Leis*⁹.

⁸ O jus filósofo John Locke, já observa a submissão e a obediência do povo ao poder legislativo. Tradicionalmente, os parlamentos europeus possuem uma posição privilegiada, pois foram hipertrofiados com relação aos demais poderes políticos. No Estado idealizado por John Locke, que era liberal e

Celso Bastos, ressalta, contudo, que:

A doutrina de Montesquieu jamais pregou 'uma divisão absoluta de funções' e, dado que inexitem no Estado três órgãos que se ignorem reciprocamente e sejam bastante em si mesmos, 'é perfeitamente lícito afirmar-se que nos dias atuais enunciar a função legislativa como sendo própria do Poder Legislativo é uma verdade tão somente relativa - sendo próprio deste poder desempenhar também funções administrativas e judiciárias, sendo do mesmo modo verdadeiro o fato de o Poder Executivo e Judiciário legislarem ainda que em pequena escala. Esta a razão, explica, de o nome da função de cada um dos poderes ser o daquela que ele exerce preponderantemente sobre as outras, cumpridas a título minoritário e que não correspondem ao modelo e alocação feitos por Montesquieu. A estas dá-se o nome de funções atípicas'. O mesmo autor exemplifica a questão no caso de o Poder Judiciário elaborar seus regimentos internos, nos moldes do art. 96, I, "a", da CF/88"¹⁰.

Assim sendo, iremos mensurar cuidadosamente o enfoque tradicionalista acerca do princípio da tripartição dos poderes, no sentido de viabilizar a implementação constitucional, privilegiando o princípio da prevalência constitucional.

sobre esta temática, Moreira é enfático:

De uma atuação forte do Poder Judiciário depende o sucesso dos meios jurídico-processuais específicos do controle de constitucionalidade por omissão e, conseqüentemente, do próprio controle judicial das omissões inconstitucionais. Há necessidade de uma mudança na concepção clássica do princípio da separação dos poderes, de modo a estabelecer a prioridade da realização constitucional e o respeito à vontade do Poder Constituinte por meio de uma reformulação teórica na dinâmica das relações entre os poderes constituídos¹¹.

protecionista de sua classe (burguesia), a separação dos poderes era subdividida em um trinômio, ramificado nos poderes legislativo, executivo e federativo. O poder legislativo era composto pela burguesia, que era fortalecida economicamente e buscava a emancipação política. Esta classe almejava a perpetuação do liberalismo, bem como a manutenção de um Estado Abstencionista, individualista e comodista, que pouco regulava e era carente de efetividade e eficácia em suas normas, onde o indivíduo era egoísta. Exaltava-se a lei/norma a *status* de certeza e justiça, não se tinha um sentimento de empatia social (se colocar no lugar do próximo) e o povo, descrente, aceitava todas as decisões do Estado, pois somente se preocupava com a sua liberdade negativa (pessoal) e não positiva (pública). O poder executivo era responsável pela administração dos bens públicos e pela supressão das necessidades sociais. Por fim, o poder federativo administrava as relações externas do Estado nos casos guerra, paz, conflitos políticos, econômicos e sociais, em suma, as relações internacionais.

⁹ Pequeno Dicionário da Teoria do Direito e Filosofia Política, Fabris, 1987, p. 96 In GARCIA, Maria. - Professora de Direito Constitucional da PUC-SP Acessora Jurídica da Reitoria da USP. Membro do IBDC - **Os efeitos do Mandado de Injunção e o Princípio da Separação de Poderes**. Publicado na RDCI, 3/80., pp. 2 e ss.

¹⁰ BASTOS, Celso. **Comentários a Constituição do Brasil**. Saraiva, 1988, pp. 164 e ss. In Maria Garcia - Professora de Direito Constitucional da PUC-SP Acessora Jurídica da Reitoria da USP. Membro do IBDC -, **Os efeitos do Mandado de Injunção e o Princípio da Separação de Poderes**, Publicado na RDCI, 3/80, pp. 2 e ss.

¹¹ MOREIRA, Adriano Jannuzzi. **Responsabilidade Civil por Omissão Legislativa**. Revista Síntese Direito Administrativo. São Paulo. ed. Síntese. V.6, nº 62, fev. 2011, p. 103.

Já para a doutrina de Flávia Piovesan:

Exigir uma nova dinâmica entre os Poderes Constituídos não é uma tarefa das mais fáceis, mas o sucesso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão condiciona uma atuação renovada e crítica do Poder Judiciário, que há de se assumir como agente autêntico de poder, nos moldes de uma justiça de equidade, distributiva e condizente com a complexidade das questões a serem enfrentadas. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem como finalidade o máximo preenchimento de todas as lacunas inconstitucionais da ordem constitucional. Trata-se, pois, de instrumento voltado a preencher, de forma geral e abstrata, as lacunas inconstitucionais do ordenamento. A finalidade última é colmatar todas as lacunas inconstitucionais, para que, algum dia, todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena e possam irradiar, com máxima eficácia, efeitos normativos. O silêncio legislativo frustra a aplicabilidade de inúmeros preceitos constitucionais que dependem de regulamentação, ou seja, sem que se controle a tarefa de regulamentação da Constituição, permite-se que avanços importantes da Carta de 1988 permaneçam tolhidos e sem efetividade. É nesse cenário que o instrumento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão surge como fator de estabilização da ordem constitucional e, especialmente, do Estado Social que ela buscou estabelecer e resguardar. Assim, em face das lacunas inconstitucionais, caberá ao poder Judiciário declarar a omissão inconstitucional e dar ciência ao órgão competente para que adote as providências necessárias, a fim de viabilizar a efetividade constitucional¹².

Feita esta análise, penso que este debate é resolvido no exercício de competência atípica ou irregular, posto que o juiz contemporâneo tem a função de criador do direito e pode elaborar uma norma em concreto em juízo, desde que sua decisão tenha como pressuposto de validade a racionalidade motivada e o respeito aos direitos fundamentais.

O juiz só assume o papel de legislador quando deixa suas convicções pessoais discricionárias operarem em desconformidade com direitos como a liberdade ou a igualdade e obsta, assim, a possibilidade de concretizabilidade das lacunas normativas.

O magistrado deixou de ser juiz-pacificador dos litígios para transformar-se em juiz-agente transformador do direito capaz de estabelecer a isonomia concreta material das relações sociais. Dizer que existe um Poder Judiciário politicamente neutro seria uma utopia ou uma falácia.

A credibilidade da justiça exige uma postura mais ativa do julgador. Nem se pense que esse novo perfil do Poder Judiciário viola o princípio da separação dos poderes. A verdade é que este fenômeno mundial da judicialização da política reflete o

¹² PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. 2. ed. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2003, p. 97.

papel do direito e do Estado como instrumentos de definição de qual é a melhor vida para se viver.

Por outro lado, para Lima:

É lógico que, ao chamar para si tamanha responsabilidade, o Judiciário pode vir a cometer erros e injustiças, especialmente porque não é de nossa tradição jurídica levar as discussões sócio-políticas para a esfera judicial, ao contrário do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos e em outros países de maior maturidade democrática, nas quais o papel político do Judiciário, há bastante tempo, já é reconhecido e estimulado. Além disso, é inegável que o Judiciário, no Brasil, sofre de um certo déficit de legitimidade, na medida em que seus membros não são eleitos pela população, nem passam por uma constante e efetiva avaliação popular – afora outros problemas de índole estrutural e processual que dificultam uma atuação judicial de maior qualidade. Daí porque é fundamental que a magistratura tenha humildade para ter consciência de suas limitações e fraquezas. Afinal, o juiz não é superior a qualquer outro cidadão e, por isso, não pode querer ser, isoladamente, uma espécie de 'super-herói constitucional', capaz de salvar todas as normas da Constituição com sua 'caneta mágica'. Estar consciente de suas limitações é um ponto fundamental para legitimar a atuação do juiz nesse novo cenário que se desenha, especialmente porque o papel político que hoje desempenha o Judiciário exige do juiz uma sensibilidade social e um leque de conhecimentos muito maior do que se exigia dele em outros tempos”¹³.

Outrossim, para Souza Neto:

Faz parte da prerrogativa do Judiciário concretizar os direitos fundamentais quando da inércia dos demais Poderes Públicos como real atuação democrática, de modo que a mera não-regulamentação que afete a concretização de direito fundamental por si só justifica a atuação normativa Judiciária. Ou seja, ao conferir aplicação imediata aos direitos fundamentais, o constituinte retirou da discricionariedade do legislador os juízos de conveniência e oportunidade sobre esses direitos, buscando a sua máxima eficácia. Daí não existir violação da separação dos Poderes¹⁴.

Desse modo, à semelhança das medidas provisórias emanadas pelo Poder Executivo, Leitão influi que:

A atuação jurisdicional nesse caso é feita em situação de excepcionalidade - quando o legislador não produziu a norma que deveria; também em caráter de urgência, pois há um direito

¹³ LIMA, George Marmelstein. **Papel Social da Justiça Federal**: Garantia de Cidadania, TRF 5ª Região - 1º Lugar no Concurso de Monografia - jun. 2004, p. 52-3.

¹⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência, *In* BDA - Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, NDJ, jul. 2007, *In* LEITÃO, Manuela Prado.

Omissão legislativa e o Poder Judiciário: um "legislador positivo"? Boletim de Direito Municipal, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 95-109, fev. 2010. Disponível em:

<http://dspace.xmlui/bitstream/item/13163/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 out. 2014, p. 1268-1269.

fundamental que deve ter aplicação imediata, mas que não pôde ser exercido por inação do legislador, há um controle legislativo também, ainda que não expressamente previsto na Constituição: basta que o órgão competente para a criação da norma cumpra o seu dever de legislar e a nova lei fará com que a decisão judicial que previa seu termo com o advento da lei, perca sua força jurídica automaticamente. Não há fundado receio, portanto, de um Judiciário legislador positivo permanente¹⁵.

Ademais, quanto a esta crescente judicialização da política no Brasil, é notória a discussão entre escolas aqui, os positivistas *versus* os pós-positivistas e esta é, a meu ver, a grande dicotomia do debate. Não pode ocorrer a exacerbada judicialização da política, pois se transformaria o judiciário em um 'mega-poder' e que tudo pode já que a última palavra é sua, mas, por outro lado, a omissão judicial frente a feição programática de uma Constituição como a brasileira de 1988 vai de encontro com os próprios objetivos constitucionais almejados pelo constituinte originário, considerando, sobretudo, o número de normas com eficácia limitada e não exequíveis por si mesmas.

Com toda convicção, no direito constitucional do século XXI, interpretar a missão republicana unitária do Estado e os ideais do modelo tripartidarista atual a luz do princípio da separação dos poderes (que é cláusula pétrea, artigo 60, § 4º, III, CF/88 e não pode ser abolido nem por Emenda Constitucional) é bem complicado, porém quando estamos frente à ineficácia de direitos fundamentais em que sua aplicabilidade imediata nos é assegurada constitucionalmente, ao menos no plano formal, tendo a seguir a corrente de intervenção do judiciário como último instrumento de garantia e acesso material dos cidadãos tanto a justiça como às próprias políticas públicas estatais, obviamente tendo transcorrido tempo razoável para os demais poderes enfrentarem suas competências constitucionais. É a forma de restabelecer a supremacia da Constituição.

Portanto, pôde ser analisado que o controle de constitucionalidade por omissão realizado pelas decisões judiciais exaradas pelo STF e pelo TC têm um perfil político enorme, pois visam à diminuição da cognição e racionalidade em torno de litígios

¹⁵ LEITÃO, Manuela Prado. Omissão legislativa e o Poder Judiciário: um "legislador positivo"? Boletim de Direito Municipal, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 95-109, fev. 2010. Disponível em: <http://dspace.xmlui/bitstream/item/13163/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 out. 2014, p. 1269.

levados às suas jurisdições constitucionais¹⁶, com soluções e argumentações dogmáticas cujas supostas verdades produzidas buscam a diminuição do número de demandas levadas ao poder judiciário, pelo que, cumulativamente, com o cálculo da análise econômica permite-se concluir que a jurisprudência constitucional de ambos os países tende a gerar a maximização das desigualdades e dos custos políticos, sociais, econômicos e culturais a toda a sociedade, sobretudo por conta da inefetividade dada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

5 Considerações Finais.

Como devidamente demonstrado, no decorrer deste artigo, de forma qualitativa e quantitativa, há fatídica inefetividade e ineficácia da ADI-O no Brasil e em Portugal.

Vejamos, então, cinco possíveis desfechos e reflexões fundamentadas sobre esta ação constitucional abstrata: (I) a extinção da ADI-O, por ser uma questão política discricionária e sem solução, onde se aguardaria passivamente o grau de maturação legislador para criação da norma ou importação de outro remédio constitucional alienígena, proposta esta antagônica ao objetivo desta monografia.

Se extingíssemos a ADI-O ou se importássemos um modelo constitucional estrangeiro, não resolveríamos as vicissitudes decorrentes da pouca efetividade desta ação ou nenhuma maturação da atividade legisferante luso-brasileira.

Pelo contrário, fomentaríamos um ideal absoluto e intangível do legislador para com suas atividades constitucionais, onde este poderia tudo quando certa questão versasse sobre o plano da existência das omissões inconstitucionais, pois se retirássemos nosso verdadeiro instrumento de acesso à justiça e combate as desigualdades jurídicas e sociais, engessaríamos, ainda mais, os princípios da separação e independência dos poderes.

(II) Devido ao problema de inefetividade do voto de procedência de ADI-O, poder-se-ia adotar uma decisão judicial de natureza constitutiva (transformação da omissão normativa inconstitucional em constitucional e criação da norma mesmo que

¹⁶ O conceito de justiça constitucional é divergente do conceito de jurisdição constitucional, porquanto que este somente poderá ser efetivado pelo poder judiciário e aquele por qualquer dos três poderes independentes e harmônicos entre si, art. 2º, da CF/88.

por prazo determinado¹⁷) para possibilitar a mudança de *status quo* da relação jurídica mediante a elaboração da norma em abstrato e em caráter temporário no exercício de função atípica jurisdicional até que o poder legislativo ou o órgão competente se interessasse a regular em definitivo a matéria.

Esta decisão constitutiva que propomos teria efeito *erga omnes* similar às sentenças normativas do direito do trabalho, eis que regularia a relação jurídica pendente de atividade legislativa por certo prazo determinado.

Mesmo por lapso temporal determinado, tal medida geraria benefícios à população, pois não seria nem completamente eficaz, nem plenamente sancionatória ao poder legislativo.

A natureza declaratória de uma decisão em sede de ADI-O não é aconselhável pela ineficácia da mera declaração da omissão inconstitucional e comunicação ao poder ou órgão competente¹⁸ para a criação da norma.

Por outro lado, a natureza condenatória da decisão de procedência da ADI-O fere o princípio democrático da separação dos poderes, eis que o poder judiciário não pode ordenar a feitura da norma ao poder legislativo.

Contudo, outra questão que ainda merece nossa atenção é a seguinte: Tal sentença constitutiva poderia ser reconhecida como direito adquirido ao destinatário momentâneo desta?

Vejamos o seguinte exemplo, o parágrafo único do art. 23, da CF/88, aduz que cabe a lei complementar fixar as normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Só em dezembro de 2011 foi criada a lei complementar 140/2011 para discriminar tal competência comum ou material da administração pública em face das questões ambientais que são urgentes e devem ser reguladas imediatamente.

¹⁷ Flávia Piovesan sugere a fixação de um prazo provisório equivalente ao prazo de urgência constitucional do art. 64, § 2º, da CF/88, para o legislador suprir a omissão a fim de conferir efetividade a norma constitucional.

¹⁸ Como foi demonstrado, apesar de ser crime de desobediência, as autoridades competentes imaturas dos órgãos estatais podem não regulamentar a omissão normativa, ou seja, não é garantia de que a norma será criada.

Assim, preocupado com o direito meta-individual de "3ª dimensão", o CONAMA disciplinava desde a Resolução 237/1997 a competência executiva dos entes federativos por critério territorial na tentativa de melhor estruturar o poder de polícia estatal. Era admissível tal regulamentação?

Apesar do conflito doutrinário e jurisprudencial quanto à constitucionalidade formal da resolução para disciplinar as competências dos entes federativos, tal resolução era aplicada na prática forense. Todavia, poderia o poder judiciário disciplinar, no exercício de função atípica, tal matéria em caráter transitório em decisão de procedência de ADI-O?

Pensamos que sim aos três questionamentos realizados, haja vista este ser o ponto fundamental para a possível adoção desta solução, eis que satisfaz a camada social que necessita do amparo jurisdicional em detrimento do interesse legislativo. Seria uma sanção "indireta" ao legislador para a regular a feitura da lei complementar que a Constituição o obriga. Seria uma solução de inconstitucionalidade formal para supressão de uma inconstitucionalidade material.

(III) A estruturação mediante Emenda Constitucional de um quórum mínimo legislativo (inferior ao respectivo quórum de aprovação da correspondente lei (como por exemplo, lei ordinária [quórum inferior a maioria simples ou relativa] ou lei complementar [quórum inferior a maioria absoluta]) e outro quórum para os atos normativos para o Poder Legislativo, de modo a autorizar o Poder Judiciário a regulamentar de forma residual a criação de leis e atos normativos no âmbito político, social, cultural e econômico, no caso de efeito declaratório insubsistente da decisão de procedência da ADI-O.

A ideia aqui é a seguinte: O poder judiciário julgaria o feito normalmente e em caso de procedência, daria ciência (decisão declaratória) ao poder legislativo ou órgão omissor.

Caso o sujeito passivo da ADI-O não providenciasse a elaboração da norma e a omissão inconstitucional subsistisse, haveria um quórum inferior a respectiva norma constitucional a ser criada (porque se este quórum for igual ou superior a respectiva norma, o poder legislativo já regularia diretamente tal questão), estipulando expressamente no texto constitucional a delegação de competência funcional ao Poder

Judiciário autorizando diretamente o exercício temporário e atípico de função sem que isso signifique o rompimento do sistema de separação eis que devidamente aprovado pelo Poder Legislativo.

Buscamos congregar, nesta proposta, uma espécie de lei delegada temporária atribuída pelo Poder Legislativo ao Poder Judiciário mediante um quórum baixo, proporcional e semelhante ao necessário para a instauração das comissões parlamentares de inquérito.

Ressalve-se que em nossa proposta os direitos adquiridos dos destinatários da norma ficariam preservados com a futura edição definitiva da norma por parte do Poder Legislativo.

(IV) Trancamento de pauta do Congresso Nacional como passo necessário antes da normatização positiva temporária da questão pelo STF. Tal inserção ocorreria por meio de Emenda Constitucional que “sancionaria” o Congresso Nacional com o travamento de pauta das casas legislativas, nos termos do art. 64, da CF/88, até a atuação do Congresso Nacional sobre a matéria. Esta proposta pode ser extraída por analogia às medidas provisórias emanadas pelo Poder Executivo.

Nesta proposta, nossos ministros do STF votariam, com o quórum de 2/3, pelo caráter urgente e relevante da regulamentação do item em análise. Caso o juízo de valor acerca da ADI-O seja positivo, o Poder Judiciário julgaria a ADI-O e estabeleceria um prazo razoável para que o Poder Legislativo editasse a norma faltante por rito simplificado, sob pena de haver travamento de pauta do Congresso Nacional até normatização positiva temporária da questão pelo STF.

Esta medida jurídico constitucional possui uma moderada densidade coercitiva, mas considerável grau de eficácia na implementação de direitos em busca de atender as circunstâncias específicas do caso concreto e o interesse público envolvido.

(V) Intervenção Federal, como hipótese subsidiária, nos termos do art. 34, incisos VI, 3ª figura, combinado com os incisos VII, 'a', 1ª figura e inciso VII, 'b' do mesmo artigo, combinado com o art. 35, inciso IV, todos da CF/88.

Esta proposta de fato atende a expectativa depositada na força da CF/88 pois tem o maior nível de engajamento e coercitividade atribuível a um autêntico Estado

Democrático de Direito. Deve ocorrer somente em última análise e respeitar o princípio da proporcionalidade/razoabilidade sob pena de excesso de poder jurisdicional.

Portanto, partindo da premissa de que sempre será melhor uma ação do que uma omissão, as omissões inconstitucionais são sim passíveis de soluções e de controles viáveis, bastando moldarmos o constitucionalismo social pregado por nosso constituinte originário com as diretrizes, os objetivos e os programas almejados pela ordem jurídica, a fim de resguardarmos o epicentro axiológico dos Estados Democráticos luso-brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88).

6. Referências

BASTOS, Celso. Comentários a Constituição do Brasil. Saraiva, 1988, pp. 164 e ss. *In* GARCIA, Maria - Professora de Direito Constitucional da PUC-SP Acessora Jurídica da Reitoria da USP. Membro do IBDC -, **Os efeitos do Mandado de Injunção e o Princípio da Separação de Poderes**, Publicado na RDCI, 3/80.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A garantia jurisdicional da Constituição Brasileira**, análise e propostas para seu aprimoramento. São Paulo, Editora: Método e CESUPA.

BOHNENBERGER, Alan. **O silêncio legislativo na constituição da república portuguesa, na constituição da república federativa do brasil e na constituição européia**. Tese de Mestrado em Direito, orientador de dissertação Prof. Dr. José Carlos Vieira de Andrade, Coimbra, outubro de 2004.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 19 abr. 2011.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Werneck. Em artigo jornalístico, transparecem indignação com o STF ao relatarem a inclusão de seção intitulada “**Omissões legislativas inconstitucionais**” no endereço eletrônico: < <http://acervo.folha.com.br/resultados?q=omiss%C3%B5es+inconstitucionais&site=&periodo=acervo> >. Folha de S. Paulo, Primeiro Caderno, 16.11.2008, p. 3. Acesso em: 27 jul. 2011.

GARCIA, Maria. - Professora de Direito Constitucional da PUC-SP Acessora Jurídica da Reitoria da USP. Membro do IBDC - **Os efeitos do Mandado de Injunção e o Princípio da Separação de Poderes**. Publicado na RDCI, 3/80.

LEITÃO, Manuela Prado. Omissão legislativa e o Poder Judiciário: um "legislador positivo"? Boletim de Direito Municipal, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 95-109, fev. 2010. Disponível em: <http://dspace.xmlui/bitstream/item/13163/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 out. 2014.

LIMA, George Marmelstein. **Papel Social da Justiça Federal**: Garantia de Cidadania, TRF 5ª Região - 1º Lugar no Concurso de Monografia - Junho, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 3. ed., Coimbra, Editora: Coimbra, 1991.

MIRANDA, Jorge, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

MOREIRA, Adriano Jannuzzi. **Responsabilidade Civil por Omissão Legislativa**. Revista Síntese Direito Administrativo. São Paulo. ed. Síntese. V. 6, nº 62, fev. 2011.

NICACIO, Adriana. Revista ISTO É, Brasil, **Supremo legislador federal**. edição 20/07/2011, acesso em 30 jul. 2011.

PEREIRA DA SILVA, Jorge. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão**. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Protecção Judicial contra Omissões Legislativas**. 2. ed. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2003.

PORTUGAL, Tribunal Constitucional: Disponível em: <
<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em 19 abr. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Editora: Malheiros, São Paulo, 2011.