

Coleção  
Eduardo Espínola

**Eric Baracho Dore Fernandes**

**OMISSÕES  
INCONSTITUCIONAIS  
E SEUS INSTRUMENTOS  
DE CONTROLE**

**Contribuições para o  
aprimoramento institucional**



2017

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Como ponto de partida do debate que se pretende empreender, a delimitação conceitual do que seja a inconstitucionalidade por omissão envolve alguns cuidados de natureza metodológica. Pretender exaurir todo e qualquer tema relativo à jurisdição constitucional que deva servir de pressuposto à compreensão da ideia de inconstitucionalidade é uma tentação que deve ser evitada não somente pelo risco de absoluta ilimitação do objeto do trabalho, mas também pelo fato de que outros autores já o fizeram de forma satisfatória. Por outro lado, faz-se inevitável delimitar pontos capazes de nortear as premissas necessárias para, enfim, responder ao seguinte questionamento: o que é a inconstitucionalidade por omissão?

O caminho escolhido para uma possível resposta partirá de uma análise prévia de aspectos normativos e teóricos cuja compreensão seja fundamental para o debate proposto. Pretende-se trabalhar, enquanto marcos teóricos, tipologias clássicas, como constitucionalismo dirigente e força normativa da Constituição, na exata medida em que se faça necessário para debater o objeto desta dissertação. Da mesma forma, a contraposição entre marcos normativos no direito brasileiro pós-88 e as experiências existentes no direito comparado podem auxiliar o intérprete a identificar de forma mais precisa soluções para nossa realidade, com os cuidados metodológicos que se fazem necessários para uma análise comparada que se pretenda útil e adequada para a realidade jurídica em discussão.

Superadas tais questões, a etapa seguinte dirá respeito a uma compreensão mais aprofundada do tema quanto a seus aspectos técnico-jurídicos no direito brasileiro. Primeiramente, serão delimi-

tados quais os pressupostos para que se identifique, em concreto ou em abstrato, eventual inconstitucionalidade por omissão. A seguir, serão trabalhadas as classificações até então convencionadas em doutrina e jurisprudência a respeito dos diferentes tipos de inconstitucionalidade por omissão, sem que se furte de uma análise crítica quando esta se fizer necessária. Após essa etapa, os principais casos de omissões inconstitucionais sob a vigência da Constituição de 1988 serão agrupados e sistematizados em categorias que possibilitem identificar e debater as particularidades de cada uma das hipóteses à luz das premissas até então fixadas.

Ao final deste capítulo espera-se, então, ter enfrentado todos os pontos fundamentais e controvérsias que permitam arriscar uma conceituação satisfatória do fenômeno jurídico da inconstitucionalidade por omissão, partindo-se, em seguida, ao estudo de seus instrumentos de controle e dos problemas a eles inerentes.

## 2.1. MARCOS TEÓRICOS

Apropriar-se de marcos teóricos específicos e dizer, peremptoriamente, que eles sejam capazes de explicar de forma exauriente determinado fenômeno ou instituto jurídico parece, na melhor das hipóteses, reducionista. Todavia, a escolha de cada uma das questões propostas a seguir, ainda que pautada por alguma medida de discricionariedade, parece capaz de aprimorar de alguma forma a compreensão do tema principal desta dissertação e das ideias fundamentais nela defendidas.

Feitas as ressalvas necessárias, cinco foram os marcos teóricos escolhidos como pertinentes para a análise proposta: (i) a ideia tradicional de *força normativa da Constituição*; (ii) o *constitucionalismo dirigente* ou *Constituição dirigente* enquanto tipologia apta ou não a descrever a realidade brasileira; (iii) as releituras impostas por concepções doutrinárias contemporâneas, como o *neoconstitucionalismo* e a *doutrina da efetividade*; (iv) a influência do processo de ascensão institucional do Poder Judiciário sobre o controle de constitucionalidade por omissão; e, por fim, (v) uma perspectiva de *diálogos constitucionais* enquanto postura de enfrentamento dos problemas teóricos e práticos no âmbito da jurisdição constitucional.

A ideia de *força normativa da Constituição*, como ponto de partida, parece indissociável do estudo do tema, conforme alertado pelo professor Gilmar Ferreira Mendes<sup>1</sup>. A aptidão de uma Constituição para produzir efeitos jurídicos e conformar a realidade jurídico-política a ela subjacente há muito constitui um dos debates centrais na teoria constitucional e na aplicação do direito constitucional positivo. De fato, parece razoável afirmar que a ideia de constitucionalização, em qualquer de suas concepções, é insuficiente para a solução dos problemas a que se propõe se dissociada do estudo da *normatividade constitucional*. Sejam as garantias de estabilidade e limitação do poder trazidas pelo constitucionalismo *liberal*, ou até mesmo as promessas de igualdade substancial trazidas pelo constitucionalismo em seu paradigma *social*, é certo que a realização de qualquer tarefa atribuída ao Estado por meio de um projeto político contido em um texto constitucional somente será possível a partir da compreensão das possibilidades, limites e exigibilidade de suas normas.

A ideia de *constitucionalismo dirigente* ou *Constituição dirigente*, por sua vez, mostra-se essencial para estruturar uma compreensão adequada das tarefas atribuídas aos poderes constituídos e as consequências do inadimplemento de tais obrigações, debatendo em que medida a concepção hoje predominante na prática da jurisdição constitucional brasileira se aproxima ou se afasta das teorizações clássicas a respeito do tema, mormente na obra do professor José Joaquim Gomes Canotilho. Apesar de ser incontroversa em doutrina a inserção da Constituição de 1988 sob a tipologia em questão, a importação de uma visão normativa da teoria e a concretização dos programas constitucionais por meio da jurisdição constitucional parece não corresponder ao que foi proposto por seu principal idealizador, que chegou a afirmar que “a Constituição dirigente estaria morta”, se assim concebida. No entanto, parece pertinente discutir se a visão clássica de dirigismo constitucional português realmente parece

---

1. “Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição.” MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1152. Vide também BAZAN, Víctor. *Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 53 e seguintes.

capaz de descrever a realidade brasileira e contribuir para a solução de seus problemas constitucionais no caso da inconstitucionalidade por omissão.

Da mesma forma, parece relevante debater e questionar a influência de teorias contemporâneas no tema objeto do trabalho, notadamente o que se convencionou chamar de *neoconstitucionalismo* e *doutrina da efetividade das normas constitucionais*, tendo como ponto de partida o conjunto de ideias desenvolvidas pelo professor Luís Roberto Barroso nas últimas décadas<sup>2</sup>. Pretende-se questionar a inserção da ideia de força normativa da Constituição enquanto marco exclusivo do neoconstitucionalismo, fenômeno que não encontra consenso doutrinário quanto aos elementos que efetivamente o compõem. Por outro lado, a ideia de efetividade das normas constitucionais enquanto uma dimensão social de realização das normas constitucionais em sua correspondência com a realidade parece estar em consonância com preocupações que surgem como centrais para o estudo da inconstitucionalidade por omissões.

Superadas tais questões, torna-se inevitável compreender de que forma a *ascensão político-institucional do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal* influenciaram o desenvolvimento do tema no Brasil. Com o intuito de evitar uma digressão temporal demasiadamente extensa, optou-se por uma abordagem da questão em recortes temporais específicos na história recente do Supremo Tribunal Federal. Três períodos paradigmáticos têm sido identificados em pesquisas sido desenvolvidas no âmbito da Universidade Federal Fluminense, estudando a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil através de ministros que incorporam características fundamentais

---

2. Apesar de tal conjunto de ideias normalmente designar os trabalhos desenvolvidos pelo professor Luís Roberto Barroso a partir da obra “Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas”, a expressão “doutrina da efetividade” parece ter sido cunhada a partir de escritos do professor Cláudio Pereira de Souza Neto. Vide por exemplo SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 268 e ss.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: uma Reconstrução Teórica à Luz do princípio Democrático. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 195-203; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 198-200.

da jurisdição constitucional do seu tempo: as “cortes” “Victor Nunes Leal”, “Moreira Alves” e “Gilmar Mendes”.

Por fim, de fundamental importância para uma perspectiva propositiva e de aprimoramento do atual desenho institucional, pretende-se debater os problemas relativos ao controle de constitucionalidade por omissão sob uma perspectiva de *diálogos constitucionais* entres os poderes constituídos, partindo-se das perspectivas recentemente compartilhadas na obra do professor Rodrigo Brandão em tese de doutorado<sup>3</sup>, influência principal a partir da qual o debate passou a ser incorporado também em obras de autores como Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento<sup>4</sup>. Conforme já dito na introdução desta dissertação, vive-se um momento de valorização da soberania popular e reflexões sobre o papel contramajoritário do Poder Judiciário e os limites de sua interferência legítima no espaço decisório tipicamente político. Dessa forma, não é possível se debruçar sobre os problemas jurídicos envolvendo um tema tão sensível sob a ótica da separação de poderes sem que sejam estabelecidas premissas básicas capazes de resolver as tensões da jurisdição constitucional sob uma perspectiva de cooperação entre as esferas políticas e sociais envolvidas.

Ao final da análise teórica proposta, serão sintetizadas conclusões preliminares extraídas da reflexão conjunta sobre os cinco temas descritos acima, firmando as premissas básicas e concepções prévias a partir das quais se pretende enfrentar o objeto proposto para a dissertação.

### 2.1.1 A ideia de força normativa da Constituição.

Falar em *força normativa da Constituição* normalmente conduz a dois planos possíveis de debate. Talvez da maneira mais intuitiva possível para o jurista, a palavra “norma” traduza uma concepção da Constituição em sentido jurídico, sendo relevantes conceitos

---

3. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.

4. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão da “Última Palavra” e Alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPodvm, 2013, p. 125-160.

como vigência, validade, eficácia, aplicabilidade, revogação e outros institutos formais típicos da interpretação jurídica tradicional. Outro plano possível de análise reside na efetiva capacidade de a Constituição atuar como elemento conformador, controlador e condutor da realidade política, jurídica e social a ela subjacentes, discutindo-se a relação entre a normatividade jurídica e a realidade fática e os eventuais conflitos entre as mesmas. São planos distintos, mas indissociáveis para uma compreensão mais ampla da ideia de força normativa da Constituição.

Uma das reflexões mais lembradas sobre a natureza da Constituição diz respeito ao discurso proferido por Ferdinand Lassalle em 16 de abril de 1862, em Berlim, “*a essência da Constituição*”<sup>5</sup>. Segundo o autor, questões constitucionais seriam predominantemente questões *políticas*, não propriamente *jurídicas*. A Constituição não seria capaz de controlar as forças e poderes dominantes, mas, ao contrário, expressa as relações de poder existentes na sociedade. A soma dessas relações – ou *fatores reais de poder* – é o que verdadeiramente representaria a Constituição *real* de determinada sociedade. Caso a Constituição formalmente em vigor não corresponda a tais fatores reais de poder, será tão somente uma mera “folha de papel”, incapaz de subordinar a realidade social. Percebe-se em Lassalle uma concepção predominantemente sociológica da Constituição, em detrimento de uma visão jurídica do fenômeno constitucional.

Uma visão unicamente sociológica da norma constitucional, tal qual apregoado por Lassalle, torna-se o ponto de partida das preocupações de Konrad Hesse, décadas mais tarde. Em “A Força Normativa da Constituição”, Hesse considera que uma concepção tal qual a defendida por Lassalle representaria a própria negação do fenômeno constitucional em sentido jurídico, na medida em que a Constituição jurídica sucumbiria cotidianamente em face dos fatores reais de poder que representariam a Constituição real. Tal contradição não parecia aceitável para o autor diante da concepção de Direito Constitucional enquanto ramo da ciência jurídica, que se distingue autonomamente

---

5. É importante notar que o título em questão vem sendo traduzido para o português tanto como “a essência da Constituição” quanto como “o que é uma Constituição?”. Cf. LASSALLE, Ferdinand Johann Gottlieb. **O que é uma constituição?** (trad. Ricardo Rodrigues Gama). Campinas: Russel Editores, 2009.

das demais ciências sociais não somente pelo objeto e método próprios, mas também, em especial, pela natureza *normativa* do próprio Direito. Esta inquietação existente na negação de qualquer papel jurídico do Direito Constitucional seria o ponto de partida para as reflexões do autor sobre o problema da *força normativa da Constituição*<sup>6</sup>.

Tais reflexões, contudo, não representam uma ruptura ou posição de antagonismo direto às ideias de Ferdinand Lassalle, eis que ao enfrentar o problema e tentar identificar os elementos fundamentais sobre os quais deve residir a normatividade constitucional, Hesse não ignora a realidade político-social e, em alguma medida, considera seu condicionamento mútuo com a Constituição jurídica. Ao contrário, uma tentativa de resposta deveria ter como ponto de partida (i) o *condicionamento recíproco* entre a Constituição jurídica e a realidade político-social; (ii) os *limites e possibilidades* de atuação da Constituição jurídica; (iii) os *pressupostos de eficácia* da Constituição<sup>7</sup>.

Quanto ao *condicionamento recíproco*, Hesse entende que não se pode almejar uma resposta satisfatória ao problema da normatividade considerando somente o plano social, o “ser”, ou somente o plano normativo “dever ser”. Quaisquer visões extremas inevitavelmente resultariam em “norma despida de qualquer elemento da realidade ou uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo”. Mas, a despeito de ser importante considerar a situação real sobre a qual a norma deverá incidir, a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização. A Constituição é mais que simples reflexo das condições fáticas, não podendo ser ignorada em seu aspecto normativo. A despeito de não ignorar a matriz sociológica como inerente à análise do fenômeno constitucional, Hesse atribui maior preponderância à dimensão normativa da Constituição<sup>8</sup>. De fato, tal concepção prévia é essencial para que se possa conceber que uma Constituição possa impor de forma legítima quaisquer tarefas de cunho positivo aos poderes constituídos.

---

6. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (trad. Gilmar Ferreira Mendes). In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123-146.

7. HESSE, Konrad., *Op. Cit.*, p. 126-127.

8. *Idem*, p. 127-129.



Da mesma forma, acerca das *possibilidades e limites* da Constituição em sua pretensão normativa em face da realidade, a norma constitucional deve de fato considerar as condicionantes históricas e sociais para que possa alcançar os projetos por ela almejados. Todavia, mais uma vez parece adquirir preponderância a dimensão normativa, uma vez que Hesse afirma que mais do que simplesmente se adaptar ao presente, a Constituição pode, ela própria, converter-se em força ativa e impor tarefas futuras. Nesse sentido, essa força normativa de imposição de tarefas e condicionamento do meio social dependeria de determinados *pressupostos de eficácia*, que seriam, em síntese: a) quanto mais o conteúdo de uma Constituição corresponder à natureza singular do presente, mais seguro será o desenvolvimento de sua força normativa; b) o ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do conteúdo, mas da práxis de todos os participantes da vida constitucional<sup>9</sup>.

Dessa forma, parece pertinente reconhecer que qualquer tentativa de instituir um controle de constitucionalidade por omissão que se pretenda efetivo deve considerar os limites da realidade fática sobre a qual deverá incidir as determinações constitucionais de cunho positivo que servirão de parâmetro desse tipo de controle. Assim, é certo que uma Constituição repleta de normas programáticas que digam respeito a matérias em relação às quais seja difícil mobilizar a vontade política dos poderes constituídos resultará em tensões mais frequentes a serem resolvidas pela jurisdição constitucional.

O que se pode sintetizar de mais relevante do pensamento de Hesse nessa obra, é que não se trata, em absoluto, de uma contraposição ou superação das ideias de Lassalle em “a essência da Constituição”. Ao contrário, Hesse não ignora a relação entre o social e o jurídico na compreensão da ideia de força normativa da Constituição. Ainda que aparentemente atribua peso maior para a Constituição em um sentido jurídico, não sociológico, Hesse não ignora que a máxima realização dessa força normativa depende do concurso de fatores que se encontram fora do espectro do Direito, mas sim do social e político. Não se pode dizer também que só a partir do pensamento de Konrad Hesse é que se passou a considerar a Constituição como

---

9. *Ibidem*, p. 127-136.

norma jurídica, mas sim que Hesse contribuiu com uma nova visão de como tais aspectos normativos se relacionaram à realidade que ela deverá regular.

É certo que o debate não se encerra com os dois autores mencionados acima. Para uma compreensão exauriente do tema, seria preciso trabalhar autores como Hans Kelsen, Rudolf Smend, Carl Schmitt e Herman Heller, com suas respectivas formas de compreender o fenômeno constitucional em seu aspecto normativo. Todavia, tais esforços tornariam o escopo do trabalho demasiadamente amplo. O que se pretende, a seguir, é debater de que forma essas ideias de normatividade foram incorporadas pela ideia de “Constituição dirigente” e de que forma tal teoria contribuiu para uma forma distinta de compreender a força normativa da Constituição. Teriam essas ideias sido importadas de forma precisa pelo direito constitucional brasileiro? É o que se pretende debater adiante.

### 2.1.2 Constitucionalismo dirigente.

Ao se falar em “Constituição dirigente”, o adjetivo “dirigente” refere-se a um tipo específico de Constituição ou, segundo alguns, *um tipo específico de normatividade*<sup>10</sup>. Uma Constituição que estabelece programas, metas e diretrizes que vinculariam a atuação estatal (e, em alguma medida, a própria conduta dos cidadãos) rumo à realização de um projeto político específico, normalmente identificado através de normas constitucionais ditas *programáticas*<sup>11</sup>. A definição

---

10. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 12.

11. É necessário certo cuidado na contextualização do termo “norma programática”, eis que ora o mesmo é empregado como designando uma espécie de norma materialmente constitucional, ora designando uma espécie de norma constitucional de eficácia limitada, na acepção tradicional de José Afonso da Silva. Na primeira acepção, Luís Roberto Barroso destaca que as normas materialmente constitucionais, ou seja, que possuam conteúdo típico de normas constitucionais, podem ser (i) de organização (estruturam e disciplinam o exercício do poder político); (ii) definidoras de direito (geram direitos subjetivos para os jurisdicionados); (iii) programáticas (atribuem fins a serem alcançados pelo Estado). Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 202. Na segunda hipótese, cuida-se de classificar as normas constitucionais quanto a sua aptidão para produzir efeitos jurídicos, sendo possível classifica-las, na visão de José Afonso, em normas de eficácia plena (possuem aptidão imediata para produção de todos os seus efeitos), contida (da mesma forma que as de eficácia plena, possuem aptidão imediata

dada pelos autores à ideia de Constituição dirigente normalmente é apresentada em contraposição a chamada “*Constituição garantia*”<sup>12</sup>, ou ao modelo “*utilitarista, negativo, neutro*”<sup>13</sup>. A ideia de Constituição dirigente normalmente surge associada ao intervencionismo estatal na ordem econômica típico do Estado Social de Direito que surge após as Constituições do México (1917) e Weimar (1919), impondo a participação ativa do Estado na concretização de direitos fundamentais de natureza prestacional.

Que a Constituição brasileira de 1988 é dirigente na acepção acima descrita parece não haver controvérsia acadêmica significativa entre os autores contemporâneos. Até mesmo o grande idealizador da tipologia em análise, o professor português José Joaquim Gomes Canotilho, admite que o texto constitucional brasileiro atual seja de natureza dirigente<sup>14</sup>. De fato, não somente o art. 3º da Constituição enumera como *princípios fundamentais* uma série de objetivos sociais da República Federativa do Brasil<sup>15</sup>, como também diversos outros dispositivos constitucionais revelam a imposição de diretrizes e projetos voltados ao legislador para concretizar direitos fundamentais<sup>16</sup>.

---

para produzir todos os seus efeitos, mas admitem restrição ao seu conteúdo por norma infraconstitucional) e limitada (para a produção de todos os seus efeitos, dependem de ato normativo infraconstitucional). As normas de eficácia limitada, por sua vez, podem ser de princípio institutivo ou organizador ou programáticas, estabelecendo metas a serem perseguidas por meio do ato normativo integrador. Vide SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 164.

12. Dentre outros: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p; 73; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 57-59.
13. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Apud OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**, *Op. Cit*, p. 13.
14. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. VIII (prefácio).
15. “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”
16. Alguns exemplos podem ser identificados no dever constitucional de proteção legal ao consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V da Constituição, bem como art. 48 do ADCT); no dever constitucional de legislar para garantir o direito de greve dos servidores públicos