

Dirley da Cunha Júnior

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

no Brasil e no Direito Comparado

14^a
edição
revista
atualizada
ampliada

2026

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

1. ORIGEM E GENERALIDADES

Já se afirmou neste trabalho que o desrespeito à Constituição não se limita à atuação inconstitucional. Disse-se que tão grave quanto atuar em desconformidade com o texto supremo, é omitir-se em face de uma determinação nele contida. Assim, é tão inconstitucional uma ação normativa estatal em contraste com a Constituição, como uma omissão indevida em face desse mesmo diploma. Há, pois, omissão inconstitucional quando, devendo agir para tornar efetiva norma constitucional, o poder público cai inerte, abstendo-se indebitamente. Mas essa omissão pressupõe o não cumprimento de uma norma constitucional individualizada, ou seja, certa e determinada.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, sob marcada influência da Constituição portuguesa de 1976, criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para resolver, em sede abstrata, o grave problema da inatividade do poder público, o que se reconduz a solucionar, em última instância, a própria inação dos órgãos estatais que ameaça comprometer a efetividade da Constituição.

Com efeito, no art. 103, § 2º, a Constituição dispõe que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. É evidente que esse dispositivo definidor da ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve ser interpretado conjuntamente com outros preceitos constitucionais, que revelam, segundo defendemos, um direito fundamental à efetivação da constituição¹.

Partindo dessa perspectiva, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve ser compreendida como um efetivo instrumento de controle concentrado-principal das omissões do poder público, destinado a suprir, de

¹ Vide o nosso *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 2004.

forma geral e abstrata, a inércia inconstitucional dos órgãos de direção política, em débitos na atividade de realização das imposições constitucionais. Assim, deve-se ter em conta que, com essa ação de controle abstrato das omissões, o constituinte quis superar, em favor da supremacia e efetividade da Constituição, o estado de inconstitucionalidade decorrente das omissões do poder público.

2. NATUREZA, FINALIDADE E PROCEDIMENTO

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem a mesma natureza da ação direta de inconstitucionalidade por ação. Assim, por meio dela, instaura-se um **processo objetivo** de controle abstrato de constitucionalidade, com todas as consequências daí decorrentes, e já examinadas anteriormente.

Cuida-se, a nosso ver, de uma *ação específica* vocacionada ao controle abstrato da constitucionalidade da omissão de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional, a despeito de ter sido instituída em simples parágrafo de artigo que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade². É verdade que o legislador constituinte não foi feliz ao disciplinar, com parcimônia, essa nova e importante ação constitucional. Mas daí supor que não foi criada uma ação especialmente voltada a combater os abusos decorrentes da omissão inconstitucional dos órgãos do Estado, não se nos afigura uma opinião escorreita e consentânea com o espírito que animou o constituinte brasileiro, fortemente inspirado pela Carta portuguesa.

Tanto isso é verdade que foi elaborada a **Lei nº 12.063**, de 27 de outubro de 2009, que acrescentou à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o **Capítulo II-A**, que **estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão**. Desse modo, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, com o advento da novel Lei nº 12.063/2009, passou a dispor do processo e julgamento das seguintes ações diretas: a ADI por ação, a ADI por omissão e a ADC.

A finalidade desta ação direta de controle da omissão inconstitucional é, igualmente, a defesa objetiva da Constituição, visando à preservação da integridade normativo-constitucional. Não se destina, portanto, à defesa de direitos subjetivos, mas à tutela da própria completude do ordenamento constitucional.

² Não concordamos, neste particular, com a posição de Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 338-339, que nega à ação direta de inconstitucionalidade por omissão a natureza de ação específica: “Não há lugar para sustentar-se a existência, no Brasil, de uma ação constitucional especial voltada para, em sede de fiscalização abstrata, esse tipo de questão constitucional”. No sentido do texto, parece ser a opinião de Roque Carrazza, op. cit., p. 347: “(...) com o advento da Carta de 1988, passou a ser possível, no Brasil, o controle da inconstitucionalidade por omissão. Ele é levado a cabo por meio de uma ação específica: a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*”.

O procedimento é semelhante ao da ação direta de inconstitucionalidade por ação, traçado na Lei nº 9.868/99, salvo naquilo em que for incompatível com a natureza e a finalidade da ação de inconstitucionalidade por omissão. Assim, nos exatos termos do novo art. 12-E da Lei nº 9.868/99, *Aplicam-se ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II desta Lei* (que tratam do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação).

Assim, conforme o novo art. 12-A, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Nos termos do art. 12-B, a petição indicará: I – a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; e II – o pedido, com suas especificações. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão. Segundo o art. 12-C, a petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que não poderá ser objeto de desistência, o relator notificará os órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional para prestarem informações no prazo de 30 dias. Conforme o § 1º do art. 12-E, os demais requerentes referidos no art. 2º da Lei poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

Nos termos do § 2º do art. 12-E, o relator *poderá* solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias. Na verdade, o dispositivo fala em *poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União*, porque em tese não há, na ADI por omissão, a manifestação do Advogado-Geral da União. Isto porque, consoante o art. 103, § 3º, da Constituição Federal, ele somente será citado para o fim de defender o “ato ou texto impugnado”, na qualidade de curador da presunção da constitucionalidade das leis ou atos normativos do poder público³. Ocorre, todavia,

³ ADIN 23-3, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 01.09.89 (RTJ 131:463): “A audiência do Advogado-Geral da União, prevista pelo art. 103, § 3º, da CF de 1988, é necessária na ação direta de inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou texto impugnado (já existentes), para se manifestar sobre o ato ou texto impugnado – não, porém, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no § 2º do mesmo dispositivo, pois nesta se pressupõe, exatamente, a inexistência da norma legal ou ato normativo”.

que na ação de inconstitucionalidade por omissão não há ato inquinado de inconstitucionalidade para ser defendido, mas sim um não-ato inconstitucional.

Esse entendimento, entretanto, deve ser ressalvado na hipótese de ação de inconstitucionalidade por *omissão parcial*. Isso porque, de recordar-se, neste tipo de omissão há *atuação parcial* do poder público. E nessa parte, cabe ao Advogado-Geral da União fazer a defesa da lei ou ato normativo impugnado⁴. Essa é a razão, portanto, de o § 2º do novo art. 12-E autorizar o relator a solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União.

Após a manifestação do AGU, se for o caso, ou após o decurso do prazo para as informações, o relator notificará o Procurador-Geral da República, que deverá ser ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, ainda que figure no pólo ativo da ação. O PGR terá o prazo de 15 (quinze) dias para manifestar-se na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Porém, registro que o § 3º do art. 12-E prevê que o Procurador-Geral da República terá vista do processo nas ações em que não for autor. A meu ver, tal condição é inconstitucional, pois bate de frente com a regra constitucional do § 1º do art. 103 da Constituição, que determina a oitiva prévia do Procurador-Geral da República nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Vencidos os prazos, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

Contudo, com base no art. 9º da Lei 9.868/99, aplicável à presente ação, entendemos que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Sublinhe-se, outrossim, que não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, podendo ocorrer a intervenção de *terceiro especial* na condição de *amicus curiae*, de modo que, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá o relator da ação admitir, no prazo que assinalar, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

⁴ Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 342: “(...) pretende-se que o Advogado-Geral da União produza defesa, como curador da norma impugnada, nos casos de omissão parcial. Sim, porque em semelhantes situações há um ato normativo que ou descumpre o princípio da isonomia (omissão relativa) ou não atende satisfatoriamente uma imposição constitucional concreta (omissão absoluta parcial)”.

Nos termos do novo art. 12-H, declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22 (presença na sessão de pelo menos oito Ministros), será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

Em face do § 2º do art. 12-H, aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei.

2.1. Possibilidade de medida cautelar

Entendia o Supremo Tribunal Federal que, em face de a ação direta de inconstitucionalidade por omissão destinar-se a dar ciência da mora ao poder omisso para a adoção das providências necessárias, era incompatível com o instituto a concessão de medida cautelar⁵.

Sucedo que, por força da Lei nº 12.063/2009, foi acrescentado o art. 12-F na Lei nº 9.868/99, prevendo a possibilidade de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Assim, em face do novo art. 12-F, em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal. O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias.

⁵ ADIN 361-5, Rel. Min. Marco Aurélio, RT 668/212: “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Liminar. É incompatível com o objeto mediato da referida demanda a concessão de liminar. Se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, o que se dirá quanto ao exame preliminar”; ADIN 267-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19.05.95, p. 13.990: “A suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que esta em mora constitucional”. No mesmo sentido: ADIN 1387-DF, Rel. Min. Carlos Velloso e ADIN 1458-DF (Medida Cautelar), Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 20.09.96.

No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

3. LEGITIMIDADE AD CAUSAM E COMPETÊNCIA

A legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a mesma conferida pela Constituição para a ação de inconstitucionalidade por ação. Desse modo, podem propô-la o Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa do Estado ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional, consoante rol taxativo do art. 103, da Constituição de 1988.

Impende reconhecer que, não obstante legitimados para a promoção da ação de inconstitucionalidade por omissão, os órgãos legislativos (Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal) dificilmente figurarão entre os proponentes desta ação, haja vista que, em geral, tal ação é proposta em decorrência da omissão destes próprios órgãos em expedir as medidas regulamentadoras da norma constitucional carente de regulamentação.

A mesma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que exige, para certos legitimados, o requisito da pertinência temática, aplica-se à ação de inconstitucionalidade por omissão.

A legitimidade passiva nesta ação recai sobre os órgãos ou as autoridades omissas responsáveis pela elaboração da medida necessária para tornar efetiva norma constitucional. Cumpre recordar que tanto os legitimados ativos como os legitimados passivos não são partes, pois a ação de inconstitucionalidade por omissão também se destina a instaurar um *processo objetivo* de controle abstrato de constitucionalidade, onde não há partes, nem controvérsia.

Quanto à competência, entende-se que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade proposta em face de omissão de *medida para tornar efetiva norma da Constituição Federal*, pouco importando que essa medida seja de incumbência dos Municípios, dos Estados ou da União. Essa posição se coaduna com o ideal que inspirou o constituinte de tornar o Supremo Tribunal Federal o órgão guardião da Constituição Federal.

Importa ressaltar, no entanto, que os Estados, ao organizarem o seu Poder Judiciário, podem instituir o controle de constitucionalidade da omissão em face

de suas Constituições. Nesse caso, cumprirão aos Tribunais de Justiça processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade proposta em face de omissão de *medida para tornar efetiva norma da Constituição Estadual*.

4. PARÂMETRO E OBJETO

De um modo geral, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por parâmetro todas as normas constitucionais que careçam de medidas de efetivação. Por óbvio, se a norma constitucional não depende de qualquer medida para efetivar-se, podendo ser aplicada imediatamente, ela não é parâmetro para o controle de constitucionalidade por meio da ação em tela. Assim, em conformidade com a classificação apresentada por José Afonso da Silva⁶, só as normas constitucionais de **eficácia limitada** podem servir de parâmetro para a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Quanto ao objeto, só as omissões inconstitucionais podem ser impugnadas pela ADIN por omissão. De referência ao conceito de omissão inconstitucional e outros pormenores, cumpre tecer as considerações que se seguem.

4.1. A omissão inconstitucional: conceito e características

A Constituição brasileira, como, aliás, a maioria das Constituições contemporâneas, contém normas de diversos tipos, função e natureza, por apresentarem-se vocacionadas a finalidades díspares e exercerem papéis diferentes no sistema normativo, embora coordenadas e relacionadas entre si, compondo uma unidade sistêmica. Por essa razão, diversificam-se quanto ao grau de eficácia, algumas delas tendo eficácia plena; outras, eficácia contida e ainda outras, eficácia apenas limitada⁷. Não obstante, todas as normas são aplicáveis na medida em que, se necessário, sejam integradas por via legislativa, administrativa ou judicial.

Para uma delimitação conceitual de omissão inconstitucional, é preciso que se deixe claro, desde logo, que só haverá essa omissão no domínio das chamadas normas constitucionais de *eficácia limitada*, pois são as únicas que dependem ora de providências normativas do Poder Legislativo, ora de prestações positivas do Poder Executivo⁸. Vale dizer, a omissão inconstitucional está relacionada com as normas constitucionais de eficácia limitada. Isso significa que, por óbvio, se

⁶ *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁷ José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, op. cit., p. 47.

⁸ Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 322, quando afirma, em nota de rodapé, que a norma de eficácia limitada, ou seja, a norma não auto-executável é aquela que demanda complementação normativa. Entretanto, leciona o autor que, em se tratando de normas programáticas, além da integração legislativa, reclamam também atuação material dos poderes públicos (v. g., construção de uma escola).

todas as normas detivessem eficácia plena, não haveria lugar para a omissão inconstitucional. É preciso, não obstante, relativizar essa afirmação, na medida em que, embora plenamente eficazes, há normas que contemplam direitos (ex.: sociais) e carecem de providências normativas e materiais do poder público, dando lugar ao reconhecimento, em caso de omissão, da inconstitucionalidade.

Sob uma perspectiva histórica, o reconhecimento das omissões inconstitucionais deveu-se ao advento do Estado Social. Com efeito, com as Constituições Dirigentes, o Estado foi elevado a uma condição de maior responsável pela promoção do bem-estar social, a ele sendo confiadas múltiplas tarefas e atividades voltadas à realização dos fins sociais constitucionalmente estabelecidos. Visando garantir a realização destes fins, o que corresponde, em última análise, a assegurar a efetividade da Constituição Dirigente, a ordem jurídica viu-se compelida a instituir novas categorias jurídico-constitucionais. Cria-se, assim, a inconstitucionalidade por omissão, como uma sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos do Estado pelo silêncio transgressor da Constituição e destinada a evitar a erosão da força normativa da Constituição Dirigente. E a Constituição brasileira de 1988, como demonstrado, é uma Constituição Dirigente e aberta, que contém um universo considerável de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas. Daí concluir-se que a inconstitucionalidade por omissão é uma consequência jurídica da própria postura da Constituição de 1988 que vincula, com sua força imperativa e dirigente, todos os órgãos do poder constituído.

A inconstitucionalidade por omissão, portanto, opera no campo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, em especial daquelas que demandam integração legislativa ou material dos órgãos de direção política, entre as quais figuram as normas programáticas definidoras de direitos sociais, muito comuns nas Constituições Dirigentes. Essa categoria jurídica da inconstitucionalidade por omissão, presente no direito brasileiro desde a vigente Constituição Federal (1988), reforça significativamente a imperatividade da Lei Fundamental, conferindo-lhe força normativa e prevalência mesmo em face das omissões indevidas do poder público, circunstância que justifica seu efetivo controle judicial nos moldes aqui defendidos.

Feitos os esclarecimentos necessários, dedicar-nos-emos, doravante, ao conceito de inconstitucionalidade por omissão.

Com efeito, não é apenas a ação normativa do poder público que pode violar a Constituição. A abstenção indevida do poder também pode desrespeitar o texto supremo, dando ensejo ao reconhecimento da chamada *inconstitucionalidade por omissão*. Noutro sentido, pode-se afirmar que a necessidade de respeitar a Constituição não se satisfaz apenas com a atuação positiva em conformidade com os seus preceitos. Hodiernamente, exige-se mais, pois omitir, total ou parcialmente, a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional.

É necessário enfatizar que não é toda e qualquer omissão do poder público que a Constituição conduz à inconstitucionalidade. Não haverá omissão inconstitucional, *v. g.*, se a medida omitida não for indispensável à exequibilidade da norma constitucional. Por outro lado, o conceito de omissão não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples “não fazer”.⁹ Omissão inconstitucional somente é aquela que consiste numa abstenção *indevida*, ou seja, em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado¹⁰ a fazer, por imposição de norma “certa e determinada”. De observar-se que a inconstitucionalidade por omissão não se afere em face do sistema constitucional em bloco, mas sim em face de uma *certa e determinada* norma constitucional, cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da constituição¹¹. Ademais disso, não basta o simples dever geral de legislar ou atuar, sendo necessária a existência de uma *imposição constitucional ou ordem de legislar*¹², seja ela, porém, abstrata ou concreta¹³, mas

⁹ Idem, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 967.

¹⁰ Sobre obrigações na Constituição, ver Rafael de Asís Roig, *Deberes y Obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

¹¹ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, p. 518-519: “Antes de mais, somente é de ter por relevante o não cumprimento da Constituição que se manifesta através do não cumprimento de uma das suas normas, devidamente individualizada. (...) A inconstitucionalidade por omissão (...) não se afere em face do sistema constitucional em bloco. É aferida em face de uma norma cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da Constituição. A violação especifica-se olhando a uma disposição violada, e não ao conjunto de disposições e princípios”.

¹² Canotilho distingue as *ordens de legislar* das *imposições constitucionais*, embora sustente que o não cumprimento de ambas caracteriza uma omissão inconstitucional. Assim, para o autor, enquanto as “imposições constitucionais” são determinações *permanentes* (ex.: fixação e atualização do salário mínimo; garantia de um ensino básico universal, obrigatório e gratuito, etc.), as “ordens de legislar” são determinações *únicas* (ex.: criação de uma nova instituição, como uma Corte Constitucional, uma vez que essa imposição se esgota logo ocorra a publicação da lei sobre a organização e funcionamento deste Tribunal) (*Direito Constitucional...*, op. cit., p. 968).

¹³ Canotilho – em sentido contrário ao texto – exclui do conceito de omissão inconstitucional o não cumprimento dos deveres ou imposições abstratas de legislação. Segundo o autor, além de o simples dever geral de emanar leis não fundamentar uma omissão inconstitucional, as *ordens constitucionais gerais de legislar*, isto é, as imposições constitucionais que contêm deveres de legislação abstratos (ex.: as normas programáticas, os preceitos enunciadores dos fins do Estado), de igual modo, também não caracterizam dita omissão. Vale dizer, essas imposições abstratas, “embora configurem deveres de acção legislativa, não estabelecem concretamente aquilo que o legislador deve fazer para, no caso da omissão, se poder falar de silêncio legislativo inconstitucional. Aqui reside, quanto a nós, a diferença fundamental entre as *imposições abstractas* e as *imposições constitucionais concretas*: a não realização normativa das primeiras situa-nos no âmbito do ‘não cumprimento’ das exigências constitucionais, e eventualmente, no terreno dos ‘comportamentos ainda constitucionais’ mas que tenderão (no caso de sistemático não actuar legislativo) a tornar-se ‘situações inconstitucionais’. (...) No caso das imposições constitucionais em sentido estrito, o não cumprimento é um verdadeiro caso de inconstitucionalidade: o legislador viola, por acto omisso, o dever de actuar concre-

forçosamente, reitere-se, definida em norma certa e determinada. Por tudo isso, anuncia-se, com acerto, que a omissão, para ser relevante, deve guardar conexão com uma exigência constitucional de ação: a Constituição determina uma atuação do poder público, que simplesmente não se realiza ou não se realiza a contento. Logo, só há falar em omissão inconstitucional quando há o dever constitucional de ação.

Em suma, são pressupostos da inconstitucionalidade por omissão: *a*) que a violação da Constituição decorra do não cumprimento de “certa e determinada” norma constitucional; *b*) que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma (normas constitucionais de eficácia limitada), e *c*) que, na circunstância concreta da prática legislativa, faltem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma constitucional¹⁴. Ademais disso, a inconstitucionalidade por omissão também pressupõe um juízo sobre o decurso do “tempo razoável” para a edição da medida omitida, pressuposto este que será analisado em tópico à parte.

Ainda em Jorge Miranda colhe-se o entendimento de que a omissão inconstitucional pode existir em face de quaisquer funções do Estado, podendo se falar em: *a*) inconstitucionalidade por omissão de atos normativos, que ocorre quando o legislador não edita os atos legislativos necessários à exequibilidade das normas constitucionais não exequíveis por si mesmas (as chamadas normas constitucionais de eficácia limitada); *b*) inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo, que existe quando, por exemplo, não se nomeiam os titulares de cargos constitucionais ou não se promulgam as leis do parlamento; *c*) inconstitucionalidade por omissão de revisão ou reforma constitucional, quando a Constituição, explícita ou implicitamente, requeira a modificação de algum dos seus preceitos ou dos seus institutos; *d*) inconstitucionalidade por omissão de medidas administrativas, e *e*) inconstitucionalidade por omissão de decisão judicial, que equivale à própria denegação da justiça¹⁵.

4.2. Momento em que ocorre a omissão inconstitucional

Ao cuidar da inconstitucionalidade por omissão, a Constituição brasileira não determinou o momento preciso de sua ocorrência. Qual seria, portanto, esse momento? Segundo Jorge Miranda, a omissão é relevante sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato

tamente imposto pelas normas constitucionais” (*Constituição Dirigente...*, op. cit., p. 332). Em conformidade com o texto: Clèmerson Merlin Clève (op. cit., p. 325) e Anna Cândida da Cunha Ferraz (*Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte*, p. 52).

¹⁴ Jorge Miranda, op. cit., p. 518.

¹⁵ Jorge Miranda, op. cit., p. 507-509.

ou certa atividade, nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos e *não o faça em tempo útil* ¹⁶. Vê-se, portanto, que a apreciação da omissão não pode ser separada da apreciação do fator tempo, pois o juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo ¹⁷, dentro do qual podia e devia ser produzida a medida necessária para conferir exequibilidade à norma constitucional. Ante esse elemento temporal, pode-se afirmar que a inconstitucionalidade por omissão, para ser reconhecida, pressupõe também um juízo sobre o decurso do tempo.

Evidentemente que, quando há fixação de prazo pela própria Constituição, a inconstitucionalidade por omissão ocorrerá no momento em que esse prazo finda. Todavia, quando tal prazo não é fixado, como ocorre na maioria das vezes, é necessária uma cuidadosa e ponderada avaliação sobre o tempo decorrido, levando em conta a “razoabilidade” conformada pela realidade social e histórico-concreta do mundo no qual opera o Direito. Desse modo, sopesadas todas as circunstâncias envolvidas com a situação concreta, se se dessumir que a medida reclamada, ao longo do tempo escoado, não só podia como devia ter sido produzida, em razão de sua importância e indispensabilidade para dar operatividade prática às normas constitucionais, restará ocorrida e caracterizada a inconstitucionalidade por omissão. Assim, é necessário verificar-se, em cada caso concreto, a fluência de “tempo razoável” para a edição da medida faltante.

Observa-se, portanto, quão importante é a determinação do tempo para a caracterização da inconstitucionalidade por omissão, pois, como bem anota Regina Maria Macedo Nery Ferrari, se não houvesse a definição de um limite temporal para a elaboração dos atos necessários à efetivação dos preceitos constitucionais, “haveria inteira liberdade por parte dos poderes constituídos na realização de atos integrativos, o que acabaria por tornar ineficazes as imposições constitucionais.” ¹⁸

4.3. A omissão inconstitucional e suas modalidades

A omissão inconstitucional, caracterizada como um não fazer o que era devido, em tempo razoável, para integrar uma norma constitucional certa e determinada inexequível ou de eficácia limitada, pode se manifestar sob variadas modalidades ou espécies. Assim, a omissão inconstitucional pode ser: *a) total e parcial; b) formal e material; c) absoluta e relativa.*

Vejamo-las.

¹⁶ *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 507.

¹⁷ Jorge Miranda, op. cit., p. 521.

¹⁸ *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 227.

4.3.1. *Omissão inconstitucional total e parcial*

Viu-se que a omissão, para ser reconhecida como inconstitucional, deve guardar conexão com uma exigência constitucional de ação. Vale dizer, a Constituição determina uma atuação do poder público, que simplesmente não se realiza ou não se realiza a contento. É precisamente neste aspecto – atuação devida do poder público que *não se realiza* ou *não se realiza a contento* – onde se identificam as duas modalidades de omissão inconstitucional conhecidas como: *omissão total* e *omissão parcial*. Será total, quando a indevida abstenção é integral, consistindo, pois, na absoluta falta de ação. Será parcial, quando o censurável silêncio transgressor do poder público ocorre somente em parte, ou seja, o poder público atua, mas de forma incompleta ou deficiente, sem atender fielmente aos termos exigidos pela Constituição¹⁹.

Quanto à omissão total, inexistente qualquer dificuldade para sua identificação, pois a simples ausência do atuar, quando devido, a caracteriza. O mesmo não ocorre, porém, na omissão parcial que, não raro, pode consistir em inconstitucionalidade por ação, haja vista que no caso de uma omissão parcial há também uma conduta positiva²⁰. Essa confusão pode ocorrer em face da violação

¹⁹ “Desrespeito à Constituição – modalidades de comportamentos inconstitucionais do poder público. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.” (ADI 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30/05/03). No mesmo sentido: ADI 1.458-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20/09/96.

²⁰ Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, p. 315.

ao princípio da igualdade, que se verifica sempre quando omissões derivadas de atos concretizadores de imposições constitucionais favorecem certas pessoas ou certos grupos de pessoas ou situações, esquecendo outras pessoas ou outros grupos de pessoas ou situações que preencham os mesmos pressupostos de fato e que, por isso mesmo, deveriam ser também contempladas pela medida.

No mesmo sentido, André Ramos Tavares, op. cit., p. 304.

Essa situação foi abordada na ADIn 526²¹, proposta contra a Medida Provisória nº 296/91, que concedeu aumento de remuneração a expressiva categoria de servidores estatais, em alegada ofensa ao disposto no art. 37, X, da Constituição Federal, por haver excluído do benefício outros servidores. Conforme o voto do Relator, o Min. Sepúlveda Pertence, o órgão de controle da constitucionalidade, nesses casos, se depara com um dilema cruciante: a declaração da inconstitucionalidade por ação, em virtude de violação ao princípio da isonomia e consequente nulidade de vantagem que não traduz privilégio, o que conduziria a iniquidades; ou a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a simples comunicação da decisão ao órgão legislativo competente, para que supra a omissão.

Noutro caso, discutido na ADIMC 1458-DE, já não especificamente em virtude de violação ao princípio da isonomia, mas em relação ao insuficiente valor fixado para o salário mínimo, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela configuração da inconstitucionalidade por omissão parcial²², não avançando,

²¹ “III. Medida Provisória 296/91: reavaliações aparentemente legítimas de carreiras e cargos específicos (arts. 2 e 6); suspeita plausível de dissimulação abusiva de mero reajuste geral da expressão monetária da remuneração do funcionalismo com exclusões discriminatórias (art. 1). IV. Isonomia: dilema da caracterização do vício de legitimidade da lei por “não favorecimento arbitrário” ou “exclusão inconstitucional de vantagem.” inconstitucionalidade por ação ou por omissão parcial: consequências diversas da correspondente declaração de inconstitucionalidade, conforme a caracterização positiva ou negativa da inconstitucionalidade argüida, que, em qualquer das hipóteses, induzem ao indeferimento da liminar requerida. No quadro constitucional brasileiro, constitui ofensa à isonomia a lei que, à vista da erosão inflacionária do poder de compra da moeda, não dá alcance universal à revisão de vencimentos destinada exclusivamente a minorá-la (cf. art. 37, X), ou que, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, fixa vencimentos dispares (cf. art. 39, par-1). Se, entretanto, admitida a plausibilidade da arguição assim dirigida ao art. 1 da Mprov. 296/91, se entende ser o caso de inconstitucionalidade por ação e se defere a suspensão do dispositivo questionado, o provimento cautelar apenas prejudicaria o reajuste necessário dos vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem nenhum benefício para os excluídos do seu alcance. Se, ao contrário, se divisa, no caso, inconstitucionalidade por omissão parcial, jamais se poderia admitir a extensão cautelar do benefício aos excluídos, efeito que nem a declaração definitiva da invalidade da lei poderá gerar (cf. art. 103, par-2)” (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/12/91 e DJ 05/03/93).

²² Vale a pena reproduzir, na íntegra, a ementa do acórdão do STF, pelas ricas considerações expendidas pelo seu Relator Min. Celso Mello, que lastreiam, em parte, o presente traba-

porém, quanto à providência a ser tomada, a não ser aquela ineficaz medida de dar ciência da decisão ao órgão parcialmente omissor, para que supra a inércia.

É evidente que – como defende Gilmar Ferreira Mendes – a declaração da inconstitucionalidade por ação, com a pronúncia de nulidade do ato incompleto, não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional

lho, por tratar de delineamentos conceituais da omissão inconstitucional. Eis a ementa: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. SALÁRIO MÍNIMO – SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS – GARANTIA DE PRESERVAÇÃO DE SEU PODER AQUISITIVO – A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política – para além da proclamação da garantia social do salário mínimo – consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. – O legislador constituinte brasileiro delineou, no preceito consubstanciado no art. 7º, IV, da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público – e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV) –, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório. SALÁRIO MÍNIMO – VALOR INSUFICIENTE – SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL – A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados

nos casos de omissão inconstitucional parcial. Uma cassação agravaria, segundo o autor, o estado de inconstitucionalidade²³. Eis sua opinião:

*“Evidentemente, a cassação da norma inconstitucional (declaração de nulidade) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio lícitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados”*²⁴(grifado no original).

Portanto, a opção pela nulidade do ato normativo é injustificada e incongruente, não só porque a ilegitimidade não está no que é expresso, mas naquilo que é omissivo, e também porque uma omissão não razoável do legislador não pode conduzir a uma declaração de inconstitucionalidade, com pronúncia de nulidade de outras normas, em si razoáveis²⁵.

Coerente com seus argumentos, Gilmar Mendes propõe, na linha da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, a adoção no Direito brasileiro da técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*. Consoante o autor, a introdução de um sistema para o controle da omissão inconstitucional e a constatação de que a omissão transgressora deve ser suprida pelos próprios

e princípios da Lei Fundamental. – As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. – A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. – Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir providimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente” (J. 23/05/96 e DJ 20/09/96, p. 34531).

²³ *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 317.

²⁴ *Ibidem*, p. 318.

²⁵ Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 334, onde cita decisão da Corte Constitucional italiana.

órgãos legiferantes, são os pressupostos necessários para o desenvolvimento dessa técnica no Brasil²⁶.

O que se deve entender, entretanto, é que, quando essa omissão parcial ou concretização incompleta resultar de uma *deliberada intenção* do legislador em conceder vantagens só a certas pessoas, ou a determinados grupos de pessoas, ou a contemplar certas situações em detrimento de outras, há de ser reconhecida, *in casu*, a inconstitucionalidade por ação. Se a omissão, porém, decorrer apenas de uma equivocada apreciação das situações de fato, sem que exista o propósito deliberado de arbitrária e unilateralmente se favorecerem só certas pessoas, ou grupos, ou situações, teremos, aí sim, uma inconstitucionalidade por omissão²⁷.

Na primeira hipótese, e compartilhando com o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, a declaração de inconstitucionalidade por ação deve vir sem a pronúncia de nulidade, salvo se se constatar que a concessão da vantagem consistiu num privilégio inadmissível e não permitido pela Constituição, caso em que deverá haver a nulidade. E assim deve ser porque, nesta primeira situação, está claro que o legislador não quis contemplar o restante do grupo, não podendo o Judiciário outra coisa fazer senão a declaração de inconstitucionalidade por ação (mas sem a pronúncia de nulidade). Na segunda hipótese, já não se comunga com a posição do citado autor, uma vez que, como houve apenas um “esquecimento” ou “equívoco”, sem o qual o legislador também atenderia o restante do grupo, pode o Judiciário perfeitamente, em face da parcial omissão inconstitucional, corrigir o equívoco e estender a vantagem ao grupo involuntariamente esquecido²⁸. Essa providência vem sendo adotada pela Corte Constitucional italiana, através das chamadas sentenças *aditivas*, proferidas para colmatar a falta da previsão legislativa.

Através dessas sentenças aditivas, o Tribunal “corrige uma situação normativa que impede a aplicação de um determinado tratamento a uma categoria de situações homogêneas que dela resultam excluídas por efeito do texto legislativo impugnado”.²⁹ Na Alemanha, entre declarar a inconstitucionalidade por ação da lei incompleta ou estender diretamente a incidência da norma aos casos não expressamente previstos, adota-se, consoante informa Clèmerson Merlin Clève,

²⁶ Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 319.

²⁷ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 969.

²⁸ No mesmo sentido, ver Eduardo Appio, *Controle de Constitucionalidade no Brasil*, p. 122: “Concluindo, o Poder Judiciário poderá atuar como legislador positivo em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, à vista do texto constitucional, sendo que as omissões parciais poderão ser resolvidas à luz da aplicação da interpretação conforme à Constituição, de molde a ampliar o âmbito de abrangência de determinado benefício previsto em lei”.

²⁹ Giustino D’Orazio, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*. Revista Trimestrale di Diritto Pubblico 1, Milano, 1992, *apud* Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 334.