

Omissões administrativas e controle concentrado de constitucionalidade

Reinaldo Pereira e Silva

Sumário

1. Introdução. 2. A natureza jurídica do controle concentrado de constitucionalidade. 3. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988. 4. As omissões inconstitucionais. 4.1. As omissões normativas e as omissões não normativas. 4.2. As omissões relativas como conduta comissiva. 4.3. A diferenciação entre omissões relativas e omissões parciais. 5. As omissões inconstitucionais no Brasil. 5.1. As omissões administrativas. 5.2. A natureza jurídica das omissões administrativas. 5.3. Omissão do Poder Executivo e omissão administrativa. 5.4. A configuração das omissões administrativas. 5.5. Inconstitucionalidade direta e inconstitucionalidade indireta. 5.6. Medida concreta de alcance geral. 5.7. O prazo de 30 dias. 6. Conclusão.

1. Introdução

De acordo com a versão tradicional da teoria normativa da Constituição¹, o princí-

¹ A teoria normativa da Constituição admite dois sentidos complementares, mas de configuração não necessariamente simultânea ao longo da história contemporânea. No sentido amplo, a teoria normativa corresponde a uma “ideologia da interpretação jurídica”. No sentido restrito, a teoria normativa corresponde à distinção entre legalidade e constitucionalidade, pressupondo a existência de um sistema de controle do princípio da supremacia constitucional. Em análise do sentido restrito da teoria normativa, Georg Jellinek esclarece que “a nota jurídica essencial das Constituições radica na superioridade de sua força normativa. As Constituições que não se distinguem, nem por sua origem, nem por seu meio de modificação, da atividade legislativa, carecem de toda significação prática na vida

Reinaldo Pereira e Silva é Doutor em Direito. Professor de Direito Constitucional na Universidade Federal de Santa Catarina. Secretário da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2007/2009).

pio da supremacia constitucional impõe-se pragmaticamente como uma concepção hierarquizada das normas que integram o ordenamento jurídico. De maneira bastante simplificada, pode-se dizer que, na hierarquia normativa geral², a posição mais alta é ocupada pela criação do poder constituinte originário, expressão da vontade do povo, e a mais baixa, sobretudo pela criação dos órgãos legislativos, compostos pelos representantes eleitos pelo povo. O controle de constitucionalidade, que é um corolário do princípio da supremacia da Constituição, apresenta-se então como o procedimento que torna possível condicionar a validade de uma norma de posição hierarquicamente inferior à compatibilidade com uma norma de posição hierarquicamente superior³.

Para cumprir seus propósitos, o controle de constitucionalidade, de acordo com a versão tradicional da teoria normativa, institucionalizou-se amparado na convicção de que “a dignidade da pessoa humana não é violada apenas por atos contrários à lei, mas também pela injustiça na forma da lei”⁴ (NEUNER apud SARLET, 2003, p. 251). Para a defesa da Constituição, “a técnica ofereceu dois corpos: o Tribunal Constitucional, qualquer que fosse o nome que se lhe desse (controle concentrado);

do direito” (JELLINEK, 2005, p. 658-9). Cf., também, PACTET; MÉLIN-SOUCRAMANIEN. 2004, p. 73; CADOUX, 1995, p. 173 e 208-288; ZAGREBELSKY, 1992, p. 49-50; MATHIEU; VERPEAUX, 2004, p. 711-714; CADART, 1990, p. 165-166; VEDEL, 1949, p. 117.

² Como se trata de uma afirmação simplificada acerca do princípio da supremacia da Constituição, não é demais esclarecer que nela não estão sendo consideradas as normas jurídicas ditas individuais, apenas as gerais. Mesmo porque, de acordo com Hans Kelsen (1984, p. 325), “por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e dos costumes; e, em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas (...) A aplicação do direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma”.

³ Cf. EMERI; BIGÉGARAY, 1997, p. 133; DEBBASCH; RICCI, 1990, p. 573-574; HESSE, 1992, p. 21; MAURER, apud ÁVILA, 2004, p. 172 e 182.

⁴ Cf. HÄBERLE, 2003, p. 43-45.

e os demais tribunais, na aplicação do princípio geral de que a lei superior corta a inferior (controle difuso)” (MIRANDA, 1979, p. 51). Condicionando o exercício da conduta do legislador, o controle de constitucionalidade, a partir da Constituição de 1891, definiu-se como um procedimento de fiscalização que o Poder Judiciário exerce do respeito pela Constituição por parte do Poder Legislativo.

O desenvolvimento da teoria normativa, após a Segunda Guerra Mundial, não se fez sentir apenas na análise da validade normativa, em cujo âmbito a defesa dos direitos fundamentais tornou-se uma condição substancial (RUGGERI, 2005, p. 8), mas alcançou igualmente os âmbitos de análise da eficácia e da efetividade normativa. Com efeito, a compatibilidade do exercício da função legislativa com a ordem constitucional passou a demandar não apenas o “respeito aos cânones da Constituição, mas também a atualização dos valores nela consagrados, realizando os direitos fundamentais” (VARI, 2005, p. 727). Envolto com a função de atualizar os valores constitucionais, o legislador termina incorrendo em desrespeito à Constituição não apenas quando age comissivamente, mas também omissivamente⁵. Vital Moreira e J. J. Gomes Canotilho (1991, p. 46) asseveram que a violação da ordem constitucional ocorre tanto quando as ações estatais estão em contrariedade ou desconformidade com suas regras e princípios como quando as normas constitucionais não são dinamizadas pelos órgãos estatais que constitucionalmente estão vinculados a assegurar-lhes operatividade prática. Em outras palavras, no atual estágio da teoria normativa, “a Constituição impõe-se não só quando se faz o que ela proíbe, mas também quando não se faz o que ela impõe que seja feito”⁶.

⁵ Cf. PEREDO, 2002, p. 65-67; MENÉNDEZ, 1996, p. 3963-3970.

⁶ Antes ainda da Constituição de 1988, Celso Antônio Bandeira de Mello (1982, p. 179-180) já alertara que “há a violação da Constituição tanto quando se

Caso não se perca de vista que o controle de constitucionalidade sempre foi uma decorrência da separação do poder constituinte originário dos poderes constituídos⁷, o fato é que não só o Poder Legislativo, também o Poder Executivo, a Administração Pública e o próprio Poder Judiciário podem atentar contra a ordem constitucional tanto comissiva quanto omissivamente. Não obstante já seja uma grande conquista do desenvolvimento da teoria normativa a possibilidade do controle de constitucionalidade da inatividade do Poder Legislativo, não se pode deixar de acentuar que o controle de constitucionalidade no Brasil revela-se, com a Constituição de 1988, ainda mais adiantado em termos institucionais, haja vista a igual possibilidade não só de controle das omissões dos demais Poderes, mas também de controle das omissões administrativas.

2. A natureza jurídica do controle concentrado de constitucionalidade

Considerando que a norma incompatível com a Constituição é uma nulidade e que a omissão em relação a uma imposição constitucional é um vício material de inconstitucionalidade, pode-se afirmar, como regra geral, que a atuação da jurisdição constitucional, especificamente na esfera do controle concentrado de constitucionalidade⁸, possui natureza jurídica de função interpretativa, seja em seu sentido restrito, seja no sentido de integração normativa⁹.

faz o que ela inadmitte como quando se omite fazer o que ela impõe. E se omissão houver, ficará configurada uma inconstitucionalidade". Cf., também, FREIRE, 1997, p. 219.

⁷ Cf. ZOLLER, 1999, p. 99.

⁸ A jurisdição constitucional pode possuir outras atribuições além do controle do princípio da supremacia constitucional. No Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal também é competente para processar e julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, além de possuir várias outras atribuições. Cf. artigo 102, da Constituição de 1988.

⁹ "O poder específico da jurisdição constitucional reside em sua prerrogativa de interpretação" (STAR-

No entanto, em circunstâncias excepcionais – muito embora variadas –, a natureza jurídica da atuação da jurisdição constitucional no controle concentrado de constitucionalidade pode ser identificada com a função de legislador positivo, ou seja, com uma função propriamente normativa¹⁰. Segundo Ernst-Wolfgang Böckenförde (2000, p. 195), é razoável que "as transformações do âmbito normativo, isto é, das circunstâncias do objeto regulado, das condições vitais, etc., afetadas pelo programa da norma,

CK, 1995. p.70-1). Cumpre esclarecer, para evitar confusões terminológicas, que a função interpretativa no sentido amplo abrange três distintas atividades: a interpretação no sentido restrito, a integração normativa (analogia *legis* e redução teleológica) e a atividade de legislador positivo (analogia *juris*). Entre as três atividades, existe uma diferença de grau de criatividade. A interpretação no sentido restrito, de todas as atividades do intérprete, é a menos criativa; o preenchimento de lacunas, quer por meio da analogia *legis*, quer por meio da redução teleológica, é atividade de maior criatividade do que a interpretação no sentido restrito; e a atividade de legislador positivo é a mais criativa das atividades do intérprete. De acordo com Karl Larenz, o limite da interpretação no sentido restrito é o "sentido literal possível" da norma interpretada. Uma interpretação que se projete para além desse limite, mas que permaneça no quadro das possibilidades lógicas da norma, ou seja, "uma interpretação imanente à norma", delimita o âmbito de atuação da integração normativa. Por sua vez, a interpretação que se projete para além do quadro das possibilidades lógicas da norma, situando-se, no entanto, dentro do "quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base", caracteriza a atividade de legislador positivo. Cf. LARENZ, 1997. p. 520 e 588.

¹⁰ Não se deve confundir a teoria normativa da Constituição, cujo significado consta das notas de rodapé 2 e 92, com o agir normativo da jurisdição constitucional. O agir normativo da jurisdição constitucional, da mesma forma que as duas atividades menos criativas da função interpretativa, é um dos muitos meios possíveis de implementação da teoria normativa da Constituição. Diferentemente das duas atividades menos criativas da função interpretativa, cuja justificação de seu exercício é passível de controle por parte da sociedade, o grande problema do agir normativo – que não deve ser subestimado – diz respeito à ausência de uma disciplina pública que delimite as hipóteses e fundamente as condições da intervenção excepcional da jurisdição constitucional como legislador positivo. Cf. MARCENÒ, 2000, p. 1985-1987, 2013-2014.

levem à modificação do efeito ordenador da norma". No que concerne ao domínio da função interpretativa em seus dois sentidos assinalados, "o decisivo é que o programa da norma constitucional não se transforme, mas que se descubra seu conteúdo dado ou fixado". Caso a atuação da jurisdição constitucional transforme o programa da norma constitucional, estar-se-á diante de um domínio distinto, o da função propriamente normativa¹¹.

De acordo com Peter Häberle (2007, p. 265), os destinatários das normas constitucionais "participam mais vigorosamente do procedimento de interpretação do que se admite". Em consequência, os denominados "intérpretes autênticos" da Constituição¹² não são seus únicos intérpretes, muito menos são seus primeiros. A rigor, a responsabilidade que compete à jurisdição constitucional, como intérprete autêntico da Constituição, é de "intérprete

¹¹ "Dentre os fatores que dão motivo a uma revisão e, com isso, freqüentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa (...) Qualquer norma está, como fato histórico, em relação atuante com seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude (...) A nova interpretação, para continuar a ser interpretação, tem de manter-se ainda nos quadros do sentido literal (de então ou, se este possibilitar antes uma interpretação ajustada ao tempo, do atual) e também no contexto significativo da norma, não lhe sendo lícito sobrepor-se ao escopo da norma" (LARENZ, 1997, p. 495).

¹² Para usar uma metáfora kelseniana, a interpretação autêntica deve ser definida como a interpretação que os órgãos do Estado realizam dentro da moldura de possibilidades de sentido da norma a interpretar. No entanto, a definição do que aqui se entende por interpretação autêntica só em parte é tributária da obra de Hans Kelsen, porquanto, segundo o autor, pela via da interpretação autêntica, não somente se realizam as possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da norma, como também se pode criar um sentido "que se situe completamente fora da moldura" (Cf. KELSEN, 1984, p. 471). Neste estudo, a criação de um sentido "que se situe completamente fora da moldura", ou seja, inclusive para além do quadro das possibilidades lógicas da norma, não se insere no âmbito da interpretação autêntica. Em outras palavras, interpretação autêntica, para este estudo, não abrange a atividade de legislador positivo da jurisdição constitucional.

de última instância". Mas qual é o objeto de interpretação no controle concentrado de constitucionalidade: a Constituição ou a produção normativa infraconstitucional? Tanto uma quanto outra. Com efeito, no controle de constitucionalidade, é possível identificar, ao menos, duas distintas situações interpretativas. Na primeira, as normas constitucionais são o objeto exclusivo de interpretação, como ocorre no controle das omissões inconstitucionais. Na segunda, a Constituição é interpretada como condição de validade da produção normativa infraconstitucional, e a produção normativa infraconstitucional, como texto compatível ou incompatível com a Constituição¹³. Nessa segunda situação, o recurso à "interpretação conforme a Constituição" tem assumido posição de relevo¹⁴, na medida em que impede a declaração de inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional se ela puder ser interpretada conforme a Constituição¹⁵.

¹³ "Somente após ter interpretado a norma constitucional ou sobreordenada, e após ter igualmente interpretado a norma infra-constitucional ou subordinada, à qual é imputada uma transgressão da primeira, pode-se concluir o exame com um juízo de qualificação da segunda norma como inconstitucional ou como compatível com o ordenamento constitucional" (BETTI, 1971, p. 102).

¹⁴ Artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

¹⁵ Como consequência da implementação da "interpretação conforme a Constituição", uma norma infraconstitucional é declarada compatível com a Constituição naquele específico sentido definido pela jurisdição constitucional; em todos os demais sentidos, ela é inconstitucional. A "interpretação conforme a Constituição" é um recurso legítimo do controle de constitucionalidade, "não apenas porque existe em favor da produção normativa infra-constitucional uma presunção de compatibilidade com a Constituição, mas porque esta presunção exige, em caso de dúvida, uma interpretação da norma infra-constitucional conforme a Constituição" (SCHEFOLD, 2006, p. 1-5). Cf., também, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.684 (medida cautelar), rel. Ministro Cezar Peluso, DJU de 03 ago. 2007. Apenas a título de registro, sem, necessariamente, expressar concordância, vale destacar uma provocação de Lúcio Bittencourt: "a lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei - não

A função de legislador positivo, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, é exercida em circunstâncias variadas pela jurisdição constitucional. Por um lado, o caso das omissões relativas, que corresponde a um âmbito específico de controle de constitucionalidade de conduta comissiva, como se verá adiante, eventualmente pode propiciar à jurisdição constitucional o exercício da função de legislador positivo. Por outro lado, o caso da aplicação direta dos princípios constitucionais pela jurisdição constitucional, sobretudo quando existentes regras constitucionais ou infraconstitucionais pertinentes ou diante do “silêncio eloquente do legislador”¹⁶ acerca do assunto em questão, também pode propiciar-lhe tal exercício. Casos, no entanto, que sempre identificam, no Brasil, o agir normativo são as declarações parciais de inconstitucionalidade sem redução de texto e as manipulações de efeitos das declarações de inconstitucionalidade (PELICIOLO, 2007, p. 35-46). Nas declarações parciais de inconstitucionalidade sem redução de texto¹⁷, a jurisdição constitucional, regra geral, encontra-se envolvida com o caso das omissões relativas, e, nas manipulações de efeitos das declarações de inconstitucionalidade, encontra-se autorizada a “restringir os efeitos daquelas declarações ou decidir que elas só tenham eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”¹⁸.

se presume lei” (BITTENCOURT, 1968, p. 95). Por fim, cumpre dizer que a “interpretação conforme a Constituição”, para continuar sendo interpretação, deve observar os limites da interpretação; caso não observe tais limites, a atuação da jurisdição constitucional tende a escapar do âmbito da interpretação, podendo identificar até mesmo uma outra hipótese de exercício da função de legislador positivo.

¹⁶ “Lacuna e silêncio da lei não são pura e simplesmente o mesmo. A lacuna faz referência ao caráter incompleto da lei”, o “silêncio eloquente do legislador” diz respeito a uma deliberada intenção normativa. Cf. LARENZI1997, p. 524-526.

¹⁷ Artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

¹⁸ Artigo 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal está

Para melhor clareza acerca da natureza jurídica de função interpretativa da atuação da jurisdição constitucional no controle concentrado de constitucionalidade, convém distinguir a interpretação diretamente voltada à concretização da Constituição da interpretação indiretamente voltada à sua concretização. Antes, porém, é preciso dizer que o controle concentrado de constitucionalidade, em quaisquer de seus formatos, identifica um verdadeiro processo objetivo¹⁹. Diferentemente dos processos de índole subjetiva²⁰, o processo objetivo se volta à salvaguarda da supremacia da ordem constitucional em si mesma considerada²¹.

autorizado por lei a manipular os efeitos das declarações de inconstitucionalidade, fundamentado em argumentos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, e desde que assim o decida por maioria de dois terços de seus membros.

¹⁹ “Tal como a ação direta de inconstitucionalidade tradicional, o controle abstrato de omissão inconstitucional não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas. Não pressupõe, portanto, a configuração de um interesse jurídico específico. Os órgãos ou entes incumbidos de instaurar este processo de defesa da Constituição agem não como autores, no sentido estritamente processual, mas como advogados do interesse público ou, para usar a expressão de Kelsen, como advogados da Constituição. Tem-se aqui, para usar a expressão de Triepel, típico processo objetivo” (Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682-3, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJU de 06 set. 2007).

²⁰ O objeto de discussão nos processos de índole subjetiva são situações individuais.

²¹ Ainda que a atuação da jurisdição constitucional, no controle concentrado de constitucionalidade, seja delimitada pelo pedido expressamente deduzido na inicial, ela não se encontra vinculada à correspondente causa de pedir. O que significa dizer que, nos processos objetivos, a causa de pedir é aberta, já que a jurisdição constitucional está autorizada a confrontar a impugnação de constitucionalidade/inconstitucionalidade com todos os aspectos formais e materiais da Constituição, não restringindo sua atuação aos fundamentos constantes da inicial. A rigor, a delimitação da atuação da jurisdição constitucional pelo pedido deduzido na inicial também não impede eventual declaração de inconstitucionalidade de normas que, muito embora não expressamente impugnadas, guardam relação de dependência com as normas expressamente impugnadas.

Ainda que não possibilite a discussão de situações individuais, não lhe é estranha a interpretação diretamente voltada à concretização da Constituição. É o que ocorre, por exemplo, no caso das omissões administrativas, em que o controle concentrado de constitucionalidade não apenas admite, mas exige tal tipo de interpretação, uma vez que o propósito do controle, no caso, é tornar efetiva uma determinada norma constitucional²². No entanto, o que de fato assinala a atuação do controle concentrado de constitucionalidade, como regra geral, é a interpretação indiretamente voltada à concretização da Constituição, quer quando a Constituição é interpretada como condição de validade da produção normativa infraconstitucional, e a produção normativa infraconstitucional, como texto compatível ou incompatível com a Constituição, quer quando as normas constitucionais são o objeto exclusivo de interpretação, como ocorre no controle das omissões inconstitucionais de natureza normativa e de natureza não normativa sob a responsabilidade do Poder na condição de Poder.

3. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

A exemplo do que ocorre em Portugal²³, no Brasil também vigora, desde a Emenda

²² É importante distinguir, no processo de índole objetiva, a impossibilidade de discussão de situações individuais da possibilidade de discussão de medidas concretas, especificamente de alcance geral.

²³ Em Portugal, por força do artigo 204, da Constituição de 1976, “não podem os tribunais, nos feitos submetidos a seu julgamento, aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. Em verdade, desde a Constituição de 1911, todos os juizes portugueses possuem o dever de fiscalizar a constitucionalidade das matérias submetidas a sua apreciação, na esteira do modelo norte-americano. “A intervenção do Tribunal Constitucional, no campo do controle concreto de constitucionalidade, tem lugar por meio do recurso de constitucionalidade para si interposto das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade (decisões de desaplicação), bem como das decisões que

Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946, um sistema de controle de constitucionalidade de natureza mista, no qual se conjugam, com as adaptações consideradas pertinentes pelo poder constituinte, os modelos norte-americano e austríaco (BONAVIDES, 1997, p. 293; VELLOSO, 2000, p. 9; STRECK, 2004, p. 455-456). Embora mantendo o sistema de controle de constitucionalidade de natureza mista, a Constituição de 1988 reduziu a importância do controle difuso tradicional, sobretudo no que concerne à impugnação por incompatibilidade com as normas da Constituição em vigor; e o fez mediante a ampliação da legitimidade para a proposição da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual²⁴. Na prática, a ampliação da legitimidade para a proposição da ação direta favorece a sujeição de grande parte das controvérsias constitucionais por conduta comissiva ao controle concentrado do Supremo Tribunal Federal. Segundo o artigo 102, inciso I, letra “a”, da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originalmente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação

apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (decisões de aplicação).” No campo do controle abstrato de constitucionalidade, a intervenção do Tribunal Constitucional independe da aplicação da norma a um caso concreto, seguindo, assim, o modelo austríaco de controle concentrado, acessível por via de ação. Cf. MORAIS, 2002, p. 345-346; CORREIA, 2003, p. 66-67.

²⁴ “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (...): o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador do Estado ou do Distrito Federal; o Procurador Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” (artigo 103, *caput* e incisos).

declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Uma novidade da Constituição de 1988 é a inclusão do controle concentrado de conduta omissiva ao lado do tradicional controle concentrado de conduta comissiva (SILVA, 1993, p. 51-53; MARTINS; MENDES, 2001, p. 62-65). Segundo o § 2º, de seu artigo 103: “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, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Desse modo, a Constituição de 1988 prevê quatro modalidades de controle concentrado: a) por representação interventiva²⁵; b) por ação direta de inconstitucionalidade por conduta comissiva²⁶; c) por ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva²⁷; e d) por ação declaratória de constitucionalidade²⁸. Também é novidade da Constituição de 1988 a previsão de um controle difuso de conduta omissiva. Trata-se do mandado de injunção, que se constitui em garantia individual de natureza instrumental a ser oposta “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”²⁹. Outra novidade: a Constituição de 1988 prevê, em seu artigo 102, § 1º, que, na forma da lei³⁰, o Supremo Tribunal Federal pode apreciar arguição de descumprimento de preceito fundamental; o que, na prática, corresponde a uma quinta modalidade de controle concentrado, muito embora, por expressa determinação legal, de natureza subsidiária³¹. Por fim, cumpre

ressaltar que as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, tanto nas ações diretas de inconstitucionalidade quanto nas ações declaratórias de constitucionalidade³², por força da redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, ao § 2º, do artigo 102, produzem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas três esferas federativas³³.

4. As omissões inconstitucionais

De todas as novidades da Constituição de 1988, talvez a mais importante – e, paradoxalmente, a menos aprofundada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – seja o controle das omissões inconstitucionais. Antes, porém, de discorrer sobre o atual estágio da jurisprudência excelsa, cumpre definir o fenômeno da inconstitucionalidade por conduta omissiva.

A definição de omissão inconstitucional de J. J. Gomes Canotilho (1994, p. 331-332),

³² “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória” (Artigo 24, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999).

³³ Antes da publicação da Emenda Constitucional nº 45, o Supremo Tribunal Federal iniciara a construção do entendimento majoritário segundo o qual o efeito vinculante das decisões definitivas, em sede de controle concentrado, não se restringe à sua parte dispositiva, igualmente alcançando “os motivos que as embasaram e os princípios por elas consagrados”. Cf. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1.987-0, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJU de 21 maio 2004. Votos divergentes dos Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Britto e Marco Aurélio. No voto que acompanha o relator, Gilmar Mendes afirmou que “o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados fundamentos determinantes”. E, citando doutrina de Klaus Vogel, propôs que “a coisa julgada ultrapasse os estritos limites da parte dispositiva, abrangendo a ‘norma decisória concreta’, que seria aquela idéia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso em apreciação, mas a decisão de casos semelhantes”.

²⁵ Artigos 34, inciso VII e 36, inciso III.

²⁶ Artigo 102, inciso I, letra “a”.

²⁷ Artigo 103, § 2º.

²⁸ Artigo 102, inciso I, letra “a”.

²⁹ Artigo 5º, inciso LXXI.

³⁰ Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

³¹ “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade” (artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999).

por força de sua conformidade à Constituição portuguesa de 1976, é bastante restrita; não obstante isto, ela apresenta alguns elementos necessários para a compreensão do fenômeno. Segundo o autor, “a omissão inconstitucional significa que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela Constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo não fazer; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”. Em consequência, “o simples dever geral de emanção de leis não fundamenta uma omissão inconstitucional, isto é, as normas constitucionais que contêm deveres de legislação abstratos, embora configurem deveres de ação legislativa, não estabelecem concretamente aquilo que o legislador deve fazer para, no caso de omissão, se poder falar de silêncio legislativo inconstitucional”. Deve-se ressaltar, para a melhor compreensão do fenômeno, que o silêncio legislativo configurador da omissão inconstitucional pode ser total ou parcial. Desse modo, “a omissão existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas destinadas a atuar as imposições constitucionais”³⁴.

Mais ampla – e, nesse sentido, mais conforme a Constituição de 1988 – é a definição de Jorge Miranda (2005, p. 292-295), para quem “a omissão inconstitucional verifica-se sempre que, mandando a norma regula-

dora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem conseqüências mais ou menos adequadas”. Admitem-se, assim, tanto omissões inconstitucionais totais quanto parciais. Segundo o autor, “relativamente a quaisquer funções do Estado objeto de disciplina pela Constituição não custa surpreender manifestações possíveis de comportamentos omissivos, sejam omissões de atos normativos, sejam de atos de conteúdo não normativo. Sucede isto com a função legislativa e com a função política ou de governo; sucede isto com a função administrativa e pode suceder até com a função jurisdicional”. Em consequência, pode haver inconstitucionalidade por omissão de atos legislativos quando, perante normas constitucionais não exequíveis por si próprias, o legislador não edita as leis necessárias a conferir-lhes exequibilidade. Pode haver inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo: “pense-se na não designação de titulares de cargos constitucionais”. Pode-se ainda configurar hipóteses de omissões de atos administrativos: “omissões de atos administrativos de execução de leis impostas pela Constituição”. Omissão na função jurisdicional é especificamente “a denegação da justiça”. Tudo isto “sem esquecer ainda a possibilidade de omissões do próprio Tribunal Constitucional, não decidindo ou não decidindo no tempo fixado na Constituição”.

Também ampla é a definição de Anna Cândida da Cunha Ferraz, para quem a omissão inconstitucional “caracteriza-se pela não aplicação intencional, provisória mas prolongada, das disposições constitucionais pelos Poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução”. A grande diferença da definição de Anna Cândida da Cunha Ferraz em relação à de J. J. Gomes Canotilho e de Jorge Miranda é a ênfase no caráter intencional da inércia. Com

³⁴ No Brasil, semelhante concepção restritiva é adotada por Nelson Saldanha: “o termo omissão, passível de diversas acepções, funciona aqui num sentido específico: à idéia de omitir-se, ou não fazer, agrega-se outro componente. Ou seja, trata-se de deixar de fazer algo devido, algo constitucionalmente prefigurado como exigível. Exige-se do legislador que complete o trabalho normativo esboçado na ordem constitucional vigente, chegando-se em certos casos a tomar como inconstitucional o desatendimento a essa expectativa. Aqui se introduz um novo sentido para a noção de inconstitucionalidade, não mais referente a normas positivas que são incompatíveis com a Constituição, mas à falta de positividade normativa necessária à concreção dos propósitos constitucionais” (SALDANHA, 1992, p. 256).

feito, as omissões só devem qualificar-se como inconstitucionais quando, havendo expressa determinação constitucional de conduta comissiva, deixa-se de fazer o determinado sem impedimento real para tanto, isto é, intencionalmente. As omissões inconstitucionais, segundo a autora, “embora não alterem a letra constitucional, alteram-lhe o alcance, na medida em que paralisam a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte originário, é de ser tida como inconstitucional. As omissões inconstitucionais afetam, também, o sentido da Constituição. Destinada esta à aplicação efetiva, qualquer obstáculo que se lhe anteponha desvirtua sua finalidade, resultando em uma inconstitucionalidade”³⁵.

As omissões inconstitucionais – o plural justifica-se porque não se trata de fenômeno singular – consistem na não adoção intencional de conduta comissiva imposta pela Constituição. O conceito jurídico de omissão constrói-se então a partir da justaposição de três elementos: um material, um formal e um intencional. O elemento material corresponde à inércia do órgão ou da autoridade competente para agir, seja normativa, seja não normativa; o elemento formal, à violação da imposição constitucional de conduta comissiva; e o elemento intencional, à real possibilidade de agir do modo imposto. Quanto ao elemento

intencional, Jorge Pereira da Silva (2003, p. 11-12) recorda sua gênese “no velho princípio jurídico segundo o qual *ad impossibilia nemo tenetur*”. Ora, como “as contingências da realidade econômica e social podem tolher a capacidade de atuação”, nenhum órgão ou autoridade deve ser considerado obrigado à realização de coisas impossíveis (BOROWSKI, 2003, p. 170).

4.1. *As omissões normativas e as omissões não normativas*

As omissões inconstitucionais, consistentes na não adoção de conduta comissiva imposta pela Constituição, compreendem as omissões normativas e as omissões não normativas. A configuração das omissões normativas pressupõe a não edição (omissão total) ou a edição insuficiente (omissão parcial) de medida normativa quando a Constituição expressamente a impõe como condição de exequibilidade de específicas normas constitucionais. As omissões não normativas, por outro lado, configuram-se mediante a não realização (omissão total) ou a realização deficiente (omissão parcial) de medida de efeito concreto considerada pela Constituição necessária para dar efetividade às normas constitucionais de exequibilidade direta ou às já completadas pela intervenção normativa das fontes infraconstitucionais. Como não poderia deixar de ser, a inconstitucionalidade, em ambas as hipóteses omissivas, está condicionada à possibilidade real de atuação do Poder Público do modo constitucionalmente imposto.

4.2. *As omissões relativas como conduta comissiva*

Apesar do nome, as omissões relativas não se enquadram na análise das omissões inconstitucionais. As omissões relativas são o resultado da violação ao princípio da isonomia e configuram duas diferentes hipóteses: a) a “exclusão arbitrária de benefícios”, que implica a concessão de benefícios, mediante lei, a um certo grupo,

³⁵ “O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e sua efetiva aplicação sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando se efetivar, dê à Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma constitucional. Como modalidade de mutação constitucional, a inércia é processo pernicioso, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados. De um lado, porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. Na maioria das vezes serve como instrumento exatamente para evitar tal adaptação. De outro lado, porque a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição” (FERRAZ, 1986, p. 230-232).

excluindo dos mesmos benefícios outro grupo em iguais circunstâncias; e b) a “lei formalmente discriminatória”, que implica a imposição de encargos a um certo grupo, excluindo do gravame outro grupo em iguais circunstâncias. Nas duas hipóteses, a inconstitucionalidade não diz respeito à disciplina legal do ponto de vista de seu conteúdo, ou seja, não diz respeito à ausência de normatividade ou à insuficiência normativa; a inconstitucionalidade refere-se à violação ao princípio da isonomia na disciplina legal, ou seja, refere-se ao tratamento não isonômico dos sujeitos da disciplina legal. Em consequência, nas duas hipóteses, deve-se falar de inconstitucionalidade por conduta comissiva do legislador, não em omissão legislativa inconstitucional. Na prática, o enquadramento ora realizado só é relevante quando o controle de condutas omissivas é menos amplo que o controle de condutas comissivas, como é o caso brasileiro.

4.3. *A diferenciação entre omissões relativas e omissões parciais*

A diferenciação entre omissões relativas e omissões parciais é bastante relevante. Conforme antes demonstrado, as omissões relativas são definidas a partir de um critério subjetivo, já que se referem ao tratamento não isonômico dos sujeitos da disciplina legal; as omissões parciais, a partir de um critério objetivo, qual seja, a insuficiência normativa da disciplina legal (caso das omissões normativas) ou a deficiência da medida de efeito concreto (caso das omissões não normativas). Tanto umas quanto outras podem identificar condutas inconstitucionais, devendo-se acrescentar às omissões parciais a ausência de impedimento real para agir. As omissões inconstitucionais relativas configuram-se quando a Constituição expressamente impõe a edição de medidas normativas e sua disciplina viola o princípio da isonomia. Por sua vez, as omissões inconstitucionais parciais possuem dois modos de configuração: 1) quando a Constituição expressamente im-

põe a edição de medidas normativas e sua disciplina, do ponto de vista do conteúdo, ocorre de maneira insuficiente; e 2) quando a Constituição expressamente impõe a edição de medidas de efeitos concretos e sua realização ocorre de maneira deficiente. É importante reiterar, no concernente às omissões parciais, que sua configuração como conduta inconstitucional pressupõe a possibilidade real de agir comissivamente de maneira suficiente ou completa. Caso não se observe essa condição, as decisões da jurisdição constitucional perderão em termos de convencimento público, eis que, desacompanhadas de dados objetivos, soarão inconsequentes à realidade a que se voltam.

5. *As omissões inconstitucionais no Brasil*

Conforme já se disse, uma grande novidade da Constituição de 1988 é a inclusão do controle concentrado de conduta omissiva ao lado do tradicional controle concentrado de conduta comissiva³⁶. Cumpre agora dizer que, no Brasil, as omissões inconstitucionais não se restringem às omissões normativas, menos ainda às omissões de natureza legislativa, alcançando sua configuração também as omissões não normativas, sendo as omissões administrativas uma espécie do gênero. Partindo do pressuposto de que as omissões inconstitucionais decorrem da não adoção intencional de conduta comissiva imposta aos Poderes do Estado pela Constituição, a configuração das omissões normativas pressupõe a não edição ou a edição insuficiente de medida normativa quando a Constituição expressamente a prevê como condição de exequibilidade de específicas normas constitucionais, e as omissões não

³⁶ Segundo o § 2º, do artigo 103, da Constituição de 1988: “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, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

normativas configuram-se mediante a não realização ou a realização deficiente de medida concreta considerada necessária para dar efetividade às normas constitucionais de exequibilidade direta ou às já completadas pela intervenção normativa das fontes infraconstitucionais.

5.1. As omissões administrativas

Como se pretende demonstrar, a inércia da Administração Pública implica um novo expediente de esvaziamento do significado das imposições constitucionais. Com efeito, as omissões administrativas são um fenômeno estranho à teoria tradicional que funda “a legitimidade dos atos administrativos na preexistência de decisões legislativas obrigatórias”. Para a teoria tradicional, existe uma diferenciação entre a elaboração e a implementação da vontade política, de modo que, no processo de decisão, há etapas de legitimação e etapas legitimadas (BLANKENBURG, 1986, p. 76-77). De acordo com René Capitant (1982, p. 214), “os atos administrativos têm um valor jurídico inferior à lei, na medida em que não podem revogá-la. Eles somente devem conter prescrições compatíveis com as prescrições legislativas, ou seja, não devem intervir senão *intra legem*” (BLANKENBURG, 1986, p. 86). Em outras palavras, uma vez elaborada uma política pública, a teoria tradicional entende que sua implementação não deixa margem para a discussão da decisão. No entanto, como se percebe no fenômeno das omissões administrativas, as etapas de legitimação da decisão e as etapas ditas legitimadas não se encontram separadas, nem se sucedem de maneira mecânica. Desse modo, tendo como consequência “o declínio da influência do Parlamento sobre os resultados da política”, as omissões administrativas podem ser definidas como uma violação da Constituição por meio da não adoção ou da adoção deficiente de medidas concretas de alcance geral consideradas necessárias para a efetividade de suas normas.

5.2. A natureza jurídica das omissões administrativas

Há grande discordância na doutrina brasileira sobre a natureza jurídica das omissões administrativas. Alguns autores entendem que as omissões administrativas são um fenômeno relacionado à inexecutabilidade de certas normas constitucionais, inserindo-as no âmbito de análise da eficácia constitucional³⁷; outros compreendem as omissões administrativas a partir do fenômeno da não aplicação dessas mesmas normas, inserindo-as no âmbito de análise da efetividade constitucional³⁸. Para quem

³⁷ A eficácia das normas constitucionais diz respeito a um âmbito de análise da Constituição – também denominado de eficácia jurídica – no qual se investigam as condições de sua exequibilidade. Entende-se por condição de exequibilidade a aptidão das normas constitucionais para gerar, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, na exata medida da necessidade, ou não, da intervenção normativa por parte das fontes infraconstitucionais. Em outras palavras, a análise da eficácia das normas constitucionais é a análise das condições que as tornam aplicáveis aos casos concretos. Neste âmbito de análise, as normas constitucionais podem ser classificadas em normas de exequibilidade direta e normas de exequibilidade indireta. As normas constitucionais de exequibilidade direta são aquelas cuja estrutura é suficientemente completa para poder gerar efeitos jurídicos, não necessitando da intervenção normativa por parte das fontes infraconstitucionais; as normas constitucionais de exequibilidade indireta são aquelas cuja estrutura requer a intervenção normativa por parte das fontes infraconstitucionais, sem a qual elas não se tornam aptas a gerar todos os efeitos jurídicos programados. A rigor, as normas constitucionais de exequibilidade indireta possuem eficácia incompleta no que concerne à possibilidade de execução positiva de seu conteúdo material; no que diz respeito à possibilidade de execução negativa (revogação de normas antecedentes com elas incompatíveis e controle de constitucionalidade de normas a elas sucessivas), tais normas não possuem nenhuma diferença em relação às normas constitucionais de exequibilidade direta.

³⁸ A efetividade das normas constitucionais diz respeito a um âmbito de análise da Constituição – também denominado de eficácia social – no qual se investigam, partindo do pressuposto da exequibilidade normativa, os efeitos gerados mediante sua aplicação. Se a norma juridicamente eficaz é a norma que preenche as condições que a tornam aplicável ao caso concreto, a norma socialmente eficaz é a norma concretamente aplicada. Denomina-se aplicação a observância espontânea, a verificação vinculante e a realização forçada da norma.

entende que as omissões administrativas se relacionam ao âmbito de análise da eficácia constitucional, sua natureza não pode ser outra senão normativa. Por outro lado, para quem as compreende a partir do âmbito de análise da efetividade constitucional, como é o nosso caso, a natureza que lhes corresponde não é normativa; em outras palavras, as omissões administrativas não decorrem da ausência de medidas abstratas, mas da não realização de medidas de efeitos concretos.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins (2000, p. 271) adotam a orientação doutrinária mais abrangente acerca do assunto, na medida em que admitem que as omissões administrativas podem tanto manifestar-se pela não edição de normas infraconstitucionais (fenômeno

Caso se pretenda conferir à efetividade um sentido rigorosamente apropriado, impõe-se reservar-lhe o uso tão-somente para identificar, na aplicação de uma norma, a eficácia social legítima, ou seja, a correspondência entre efeitos gerados e efeitos planejados. Daí se infere que nem toda aplicação necessariamente gera efetividade, uma vez que é possível a ocorrência da eficácia social ilegítima. Não basta, em termos de Constituição, que suas normas sejam exequíveis e aplicadas a casos concretos, gerando efeitos, quaisquer que sejam; é necessário que a aplicação de suas normas gerem os efeitos constitucionalmente planejados. Somente neste último caso é apropriado falar-se de efetividade. Ainda que o mais evidenciado, em termos de efetividade, seja a análise do grau de realização dos valores incorporados nas normas constitucionais, o que concerne à área de investigação dos efeitos gerados mediante a aplicação legítima da Constituição, um nível de análise da efetividade menos evidenciado – não obstante conexo com o mais evidenciado – diz respeito ao fenômeno da não aplicação das normas constitucionais, o que corresponde à análise de uma das muitas formas de funcionamento ilegítimo do ordenamento. Este nível de análise da efetividade – ou melhor, da não efetividade – compreende, ao menos, duas distintas situações: a das normas constitucionais de exequibilidade direta e a das normas constitucionais de exequibilidade indireta já completadas pela intermediação legislativa. Ao expressar-se mediante a não realização de medidas de efeitos concretos de alcance geral consideradas necessárias pela Constituição para sua efetividade, a não aplicação das normas constitucionais, em ambas as situações, caracteriza uma disfunção. É neste específico nível de análise que ganha relevo o controle das omissões administrativas.

da inexecuibilidade), como também pela não realização de medidas de efeitos concretos, que tornem as normas constitucionais realmente efetivas (fenômeno da não aplicação). De orientação doutrinária mais restrita é a posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 518), que relaciona as omissões administrativas ao fenômeno da não aplicação. Segundo o autor, as omissões administrativas apenas têm lugar em face de normas constitucionais já completadas pelo legislador infraconstitucional (ou de normas de exequibilidade direta). Roque Antônio Carrazza (1993, p. 123), alinhando-se à mesma posição doutrinária restrita de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, lembra que o pouco caso com a Constituição, “muitas vezes, decorre não propriamente da falta de leis, mas da não aplicação das leis existentes”. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 1136), “não há como deixar de admitir que, a despeito da existência de lei, a omissão das autoridades na adoção de diferentes providências administrativas pode dificultar ou impedir a concretização da vontade constitucional”. Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 544-546), a exemplo de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Roque Antônio Carrazza e Gilmar Ferreira Mendes, também relaciona as omissões administrativas ao fenômeno da não aplicação. Segundo o autor, declarada a inconstitucionalidade pela omissão de certas providências de cunho administrativo, o Supremo Tribunal Federal mandará que o órgão administrativo competente as supra no prazo máximo de 30 dias.

Exemplo de orientação igualmente restrita, mas em sentido oposto, é a doutrina de Anna Cândida da Cunha Ferraz (2005, p. 167-168), Regina Maria Macedo Nery Ferrari (1999, p. 221-229) e Clèmerson Merlin Clève (1995, p. 233), que identifica as omissões administrativas com o fenômeno da inexecuibilidade, não com o da não aplicação. Para eles, as omissões administrativas alcançam apenas a ausência de expedição de medidas, em quaisquer dos Poderes, de cunho estri-

tamente normativo³⁹. Zeno Veloso (1999, p. 277-278), Nagib Slaibi Filho (2006, p. 149) e Luís Roberto Barroso (2006, p. 149) também entendem que a inconstitucionalidade por conduta omissiva se refere apenas à inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização das imposições constitucionais⁴⁰. De maneira indireta, essa também parece ser a posição doutrinária de Eros Roberto Grau (2006, p. 380), Oswaldo Luiz Palu (1999, p. 242-244) e Paulo Napoleão Nogueira da Silva (1992, p. 113).

Apesar da dissonância doutrinária, a identificação das omissões administrativas com o fenômeno da inexecução hoje é prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O acórdão que consagrou essa orientação, publicado em 23 de fevereiro de 1989, versava sobre a omissão do Poder Legislativo do Estado de Alagoas de implementar medida administrativa para o fim de dar efetividade à norma constitucional e à correspondente regulamentação infraconstitucional que dispunham sobre o limite remuneratório máximo de seus servidores públicos, de acordo com a redação original do artigo 37, inciso XI, da Constituição de 1988. Naquela oportunidade, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva “não é de ser proposta para que seja praticada determinada medida concreta, mas sim visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado”⁴¹. A

mesma orientação se confirmou em outras oportunidades. No julgamento do caso da revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas, prevista no artigo 20, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁴², o Supremo Tribunal Federal entendeu que, “por ser auto-aplicável o mencionado dispositivo constitucional”, ou seja, por não demandar “complementação normativa para sua eficácia”, “não há necessidade de edição de atos normativos centralizados”, motivo pelo qual não se conheceu da ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva. Em outras palavras, “como as medidas almejadas são de natureza concreta”, entendeu o Supremo Tribunal Federal de não conhecer da ação porque “o pressuposto de sua procedência seria a falta (no caso, não denotada) de texto normativo necessário ao exercício do direito conferido na Constituição”⁴³.

A orientação do Supremo Tribunal Federal, conforme visto, firmou-se no sentido da identificação das omissões administrativas com o fenômeno da inexecução das normas constitucionais. No entanto, as omissões administrativas identificam-se com o fenômeno da não aplicação, direta ou indireta, das normas constitucionais. Por essa razão, sua configuração não depende da falta de texto normativo necessário ao exercício do direito conferido na Constituição, mas sim da ausência de medida concreta de alcance geral considerada necessária para tornar efetiva a norma constitucional. De acordo com a Constituição de 1988, “declarada a inconstitucionalidade por omis-

³⁹ No caso do segundo autor, a orientação é reticente; no caso do primeiro e do terceiro autores, a orientação é explícita.

⁴⁰ “O termo ‘normativo’ tem alcance mais amplo do que ‘legislativo’, porque nele se compreendem atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes e não apenas daquele ao qual cabe, precipuamente, a criação do direito positivo” (BARROSO, 2006, p. 229).

⁴¹ “A medida a que alude o § 2º, do artigo 103, da Constituição de 1988, e cuja omissão deve ser suprida, há de se compreender como de caráter normativo e não referente à prática de ato em caso concreto” (Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Incons-

titucionalidade 19-5, rel. Ministro Aldir Passarinho, DJU de 14 abr. 1989).

⁴² “Dentro de 180 dias, proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição”.

⁴³ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 297-0, rel. Ministro Octávio Gallotti, DJU de 08 nov. 1996. No mesmo sentido é o julgamento do caso do piso de um salário mínimo para qualquer benefício previdenciário: Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 480-8, rel. Ministro Paulo Brossard, DJU de 25 nov. 1994.

são de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias”⁴⁴. Ora, se a própria Constituição distingue medidas a cargo de Poder e medidas a cargo de órgão administrativo, obviamente que ela não está dispondo de medidas de igual natureza. Mesmo a expedição de atos normativos secundários de caráter geral, a exemplo dos decretos e regulamentos⁴⁵, caracteriza-se como atribuição de Poder – no caso, atribuição do Poder Executivo –, não de órgão administrativo. Medidas a cargo de órgão administrativo são medidas de natureza não normativa.

No julgamento de uma reclamação, no ano de 2005, o Supremo Tribunal Federal apontou para uma mudança de sua orientação, na medida em que admitiu a usurpação de sua competência em decorrência de uma “ação popular que, pela causa de pedir e pelo pedido de provimento mandamental, configura hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medidas administrativas”. No caso, o autor popular pleiteara a imediata observância do teto remuneratório dos servidores públicos por parte dos Presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998⁴⁶. Em sua fundamentação,

⁴⁴ Artigo 103, § 2º, da Constituição de 1988.

⁴⁵ Artigo 84, inciso IV, da Constituição de 1988.

⁴⁶ “A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandatos eletivos e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou qualquer outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal” (artigo 37, inciso XI). “A fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal dar-se-á por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos

argumentou o Supremo Tribunal Federal que “não pretende o autor popular o suprimimento de omissão de iniciativa legislativa a eles reservada para a fixação dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. A omissão imputada é outra, de caráter iniludivelmente administrativo: a das providências, que o autor entende incumbir-lhes, para fazer observar, de logo, o teto constitucional que afirma já vigor, até sua fixação definitiva por lei futura. Ora, à obtenção dessa sentença mandamental – cujo objeto é a prática de medida administrativa necessária para tornar efetiva uma norma constitucional –, o instrumento adequado é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão”⁴⁷.

Em que pese o respaldo majoritário do Supremo Tribunal Federal à doutrina da inexequibilidade, a orientação doutrinária que melhor explica a natureza jurídica das omissões administrativas é a relativa ao fenômeno da não aplicação das normas constitucionais. Diferentemente da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição venezuelana de 1999⁴⁸, os atentados

Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal (...)” (artigo 48, inciso XV).

⁴⁷ Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1.017-1, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, informe de 07 abr. 2005.

⁴⁸ A Constituição portuguesa de 1976 atribui ao Tribunal Constitucional apenas competência para verificar o não cumprimento da Constituição “por omissão de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”. Verificada a inconstitucionalidade por omissão, a única consequência prática de sua declaração pelo Tribunal é a comunicação da inércia ao órgão legislativo para a adoção das providências de sua exclusiva competência. A Constituição venezuelana de 1999, por sua vez, também atribui à Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça apenas competência para “declarar a inconstitucionalidade das omissões dos Poderes Legislativos municipal, estadual ou nacional, quando tenham deixado de ditar as normas ou medidas indispensáveis para garantir o cumprimento da Constituição ou as tenham ditado de forma insuficiente”. Diversamente do disciplinado na Constituição portuguesa, a Constituição venezuelana ainda atribui à Sala Constitucional competência para “estabelecer prazo e, se necessário, os lineamentos para a correção da omissão”.

omissivos contra a ordem constitucional, no Brasil, não se reduzem à ausência de medidas normativas, menos ainda à inércia do Poder Legislativo. Desse modo, a ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva necessariamente engloba dois distintos objetos: por um lado, as omissões de natureza normativa e as omissões de natureza não normativa sob a responsabilidade de quaisquer dos Poderes do Estado atuando na qualidade de Poder, ou seja, as omissões que envolvem uma margem de ação política própria; e, por outro lado, as omissões administrativas, ou seja, as omissões de natureza não normativa sob a responsabilidade de quaisquer dos Poderes do Estado atuando como administrador público⁴⁹. O primeiro objeto da ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva está definido na primeira parte, do § 2º, do artigo 102; o segundo objeto, na segunda parte. De acordo com essa segunda parte, a quaisquer dos Poderes do Estado, no âmbito de suas competências de natureza administrativa, podem ser atribuídas omissões administrativas; a única condição para sua configuração é que a inércia declarada corresponda à ausência de medida concreta de alcance geral para tornar efetiva norma constitucional.

Previdente, o poder constituinte originário sabia que, em maior ou menor tempo, a redação original da Constituição de 1988 seria normativamente completada, mas as omissões administrativas persistiriam, como atentado à concretização da ordem constitucional. Cauteloso, o poder constituinte originário concebeu então uma ação direta com dois distintos efeitos, capaz de

⁴⁹ (...) a letra do dispositivo constitucional condiciona essa sentença de acentuada carga mandamental a que a omissão se atribua a 'órgão administrativo': parece iniludível, porém, que, a esse fim, o predicado administrativo do órgão advirá da natureza administrativa da medida de efetivação constitucional omitida, nada importando o Poder que integre ou a hierarquia que ostente a autoridade tachada de omissa" (Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1.017-1, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, informe de 07 abr. 2005).

enfrentar tanto as omissões normativas e não normativas dos Poderes do Estado (ação declaratória) quanto as omissões não normativas do administrador público (ação mandamental). O Supremo Tribunal Federal, poder constituído que é, mal orientou-se ao enquadrar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão administrativa, temeroso, talvez, do poder que lhe fora chancelado. Demonstrado, com o passar dos anos, o desserviço prestado, espera-se que a natureza jurídica das omissões administrativas seja reavaliada pelo Supremo Tribunal Federal, na trilha do voto de Sepúlveda Pertence, e que a ação direta ganhe em cobertura e profundidade⁵⁰.

5.3. Omissão do Poder Executivo e omissão administrativa

Porque as omissões do Poder Executivo podem ser de natureza normativa e não normativa, e as omissões administrativas sempre são de natureza não normativa, nem todas as omissões de natureza não normativa do Poder Executivo identificam as omissões administrativas. A bem dizer, apenas as omissões de natureza não normativa do Poder Executivo como administrador público as configuram, pois as omissões de natureza não normativa do Poder Executivo na condição de Poder, na medida em que envolvem uma margem de ação política própria, não as caracterizam. Desse modo, uma omissão de Poder, uma vez declarada em sede de ação direta de inconstitucionalidade, rende ensejo à ciência judicial para que o próprio Poder adote as providências necessárias para suprir a omissão de medida que torne efetiva a

⁵⁰ "O tempo encarregar-se-á de mostrar aspectos novos, de mostrar que as construções agora recém-esboçadas apresentam tal ou qual lacuna, tal ou qual deficiência. É provável que isso venha a acontecer, porque as construções jurídicas não saem perfeitas e acabadas de uma só vez. Elas vão sendo complementadas, corrigidas, aditadas à luz das necessidades sociais, à luz dos fatos concretos" (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 107, voto do Ministro Paulo Brossard, ementário 1595-1, p. 80).

norma constitucional. Por outro lado, os órgãos administrativos, caso incorram em omissão inconstitucional, sujeitam-se a um prazo de 30 dias para supri-la. É certo que, à atividade administrativa do Estado, é reconhecida doutrinariamente certa margem de discricionariedade; contudo, não se lhe reconhece, em nenhum sentido da palavra, uma margem de ação política própria (MELO, 2000, p. 370; DIPIETRO, 2003, p. 205).

Conforme antes esclarecido, as omissões administrativas correspondem ao fenômeno da não aplicação das normas constitucionais que já estão normativamente completas; além disso, elas versam sobre omissão inconstitucional de natureza não normativa sob a responsabilidade de órgão meramente administrativo, não se identificando com a inércia de um ato de Poder. Um exemplo de omissão inconstitucional de natureza não normativa do Poder Executivo que não caracteriza a omissão administrativa é a inércia em nomear os Ministros para o Supremo Tribunal Federal⁵¹ (FERRAZ, 1986, p. 57-58); um exemplo de omissão inconstitucional de natureza normativa é a inércia do Poder Executivo em desencadear o processo legislativo de elaboração de lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos⁵².

⁵¹ Recusando tal hipótese, em sede de controle concentrado de constitucionalidade de conduta omissiva, é o voto proferido por Moreira Alves, no seguinte julgado: Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 267-8 (medida cautelar), rel. Ministro Celso de Mello, DJU de 19 maio 1995.

⁵² “A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º, do artigo 39, somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices” (artigo 37, inciso X, da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998). Cf. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.061-7, rel. Ministro Ilmar Galvão, DJU de 29 jun. 2001. Outro exemplo de omissão inconstitucional de natureza normativa é a inércia do Poder Executivo em desencadear o processo legislativo de elaboração de lei versando sobre o aproveitamento dos censores federais (artigo

Segundo o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva, “a fixação de prazo só tem cabimento em se cuidando de providência a cargo de órgão administrativo, o que não se verifica no caso, pois não se enquadra nas atribuições administrativas do chefe do Poder Executivo iniciativa que, caracterizadora de ato de Poder, desencadeia o processo legislativo”⁵³. Diferentemente da inércia de um ato de Poder, cuja declaração implica a cientificação judicial do próprio Poder para a adoção das providências necessárias⁵⁴, as omissões administrativas,

23, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Cf. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 889-7, rel. Ministro Marco Aurélio, DJU de 22 abr. 1994.

⁵³ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.061-7, rel. Ministro Ilmar Galvão, DJU de 29 jun. 2001. Em seu voto, Marco Aurélio questiona: “posso atribuir a autoria desta omissão a um órgão meramente administrativo?” E conclui: “a resposta é desenganadamente negativa, por mais que a minha visão no campo acadêmico seja pela efetividade do que se contém na Constituição de 1988. A iniciativa, no caso do projeto, não é de uma autoridade simplesmente administrativa; a mora no encaminhamento do projeto é do chefe do Poder Executivo”. Cf., também, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.504-0, rel. Ministro Ilmar Galvão, DJU de 19 abr. 2002.

⁵⁴ “Se os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação, ter-se-ia aqui uma omissão passível de vir a ser considerada inconstitucional no processo de controle abstrato de omissão? O Supremo Tribunal Federal tem considerado que, desencadeado o processo legislativo, não há que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador. Esta orientação há de ser adotada com temperamento. Não tenho dúvida em admitir que também a *inertia deliberandi* das Casas legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva. Dessa forma, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar, declarando, assim, a inconstitucionalidade da omissão. No caso em questão, apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei visando à regulamentação do artigo 18, § 4º, da Constituição, é possível, sim, constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar federal em referência” (Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682-3, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJU de 06 set. 2007).

uma vez declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, sujeitam o Poder Executivo como administrador público ao suprimento, no prazo de 30 dias, da falta de medida concreta de alcance geral para tornar efetiva a norma constitucional.

5.4. *A configuração das omissões administrativas*

As omissões administrativas, conforme demonstrado, não se identificam com as omissões normativas; além disso, elas também não se confundem com as omissões de natureza não normativa de quaisquer dos Poderes do Estado na condição de Poder. As omissões administrativas, como expressão da falta de medidas de efeitos concretos de alcance geral consideradas necessárias pela Constituição para a efetividade de suas normas, pressupõem a existência de normas constitucionais de exequibilidade direta, ou então de normas constitucionais de exequibilidade indireta já completadas pela intervenção normativa das fontes infraconstitucionais. Em pressupondo a exequibilidade das normas constitucionais, as omissões administrativas identificam-se com o fenômeno da não aplicação, direta ou indireta, das normas constitucionais.

Para a melhor compreensão do pressuposto da exequibilidade – condição imprescindível para a configuração das omissões administrativas –, não se pode perder de vista seu duplo grau de exigência. Dessa maneira, à exequibilidade de primeiro grau corresponde a disciplina das possibilidades de exercício dos direitos fundamentais consagrados nas normas constitucionais, e à exequibilidade de segundo grau, a disciplina orçamentária, ou seja, a definição de sua cobertura financeira (STARCK, 1995, p. 70-71). Caso a dupla exigência do pressuposto da exequibilidade não esteja atendida, não se pode cogitar da configuração das omissões administrativas, porquanto a violação à Constituição, caso existente, ainda se encontra no âmbito do Poder do Estado como Poder.

Tendo por pressuposto a natureza normativa de toda omissão inconstitucional, Nagib Slaibi Filho (2006, p. 149) afirma que somente se pode falar de inconstitucionalidade por conduta omissiva em relação aos direitos fundamentais de prestação. Nessa afirmação é possível identificar dois grandes problemas. O primeiro diz respeito ao já comentado posicionamento doutrinário restrito acerca da natureza jurídica das omissões inconstitucionais, incluídas as omissões administrativas. O segundo identifica uma dificuldade de percepção das múltiplas possibilidades de configuração do fenômeno da não aplicação das normas constitucionais. Se é verdade que as omissões administrativas, com maior frequência, estão relacionadas aos direitos fundamentais de prestação, suas possibilidades de configuração a eles não se reduzem. A não preservação do exercício do direito de voto por parte dos presos provisórios, por exemplo, também configura uma omissão administrativa, só que relacionada aos direitos fundamentais de participação, não aos direitos fundamentais de prestação.

O caso do direito de voto dos presos provisórios é um exemplo que bem ilustra as múltiplas possibilidades de configuração do fenômeno da não aplicação das normas constitucionais, entre outras razões, porque se trata de uma omissão inconstitucional atribuída ao Poder Judiciário na função de administrador público. Com efeito, o artigo 15, inciso III, da Constituição de 1988, dispõe que “é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará, dentre outros, nos casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”. Por sua vez, o Código Eleitoral, em seu artigo 136, determina que “deverão ser instaladas seções nas vilas e povoados, assim como nos estabelecimentos de internação coletiva, inclusive para cegos, e nos leprosários onde haja, pelo menos, 50 (cinquenta) eleitores”. E os procedimentos administrativos para

a instalação das seções eleitorais nos estabelecimentos prisionais, de acordo com a Resolução 22.190, de 18 de abril de 2006, do Tribunal Superior Eleitoral, estão afetos à competência dos Tribunais Regionais Eleitorais⁵⁵.

Como no caso do direito de voto dos presos provisórios encontra-se atendida a dupla exigência do pressuposto da exequibilidade, haja vista que já há tanto a disciplina das possibilidades de exercício do direito fundamental de participação quanto sua disciplina orçamentária, satisfeita está a imprescindível condição para a configuração da omissão administrativa, porquanto a inércia intencional dos Tribunais Regionais Eleitorais em adotar medidas de efeitos concretos de alcance geral para a instalação das seções eleitorais nos estabelecimentos prisionais resulta, ainda que parcialmente, no esvaziamento da imposição constitucional da soberania popular, que deve ser “exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”⁵⁶.

5.5. *Inconstitucionalidade direta e inconstitucionalidade indireta*

Para melhor explicar o porquê de as omissões administrativas identificarem-se com o fenômeno da não aplicação, direta ou indireta, das normas constitucionais (WRÓBLEWSKI, 2001, p. 103-104), importa superar, no caso específico, a distinção entre inconstitucionalidade direta e indireta. Com

⁵⁵ “O Tribunal Superior Eleitoral, a respeito da matéria, tem firmado posição no sentido de preservar o direito de voto por parte do preso provisório. Assim, diante das disposições legais e orientações dadas por esta Corte, entendo que cabem a cada Tribunal Regional Eleitoral as providências destinadas a viabilizar a instalação de seções eleitorais em estabelecimentos prisionais, alertando que, para tanto, devem ser observados os prazos que se referem, em especial, à transferência dos eleitores, de modo a possibilitar a confecção das folhas de votação e a geração dos arquivos destinados às urnas eletrônicas” (Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 22.190, rel. Ministro Caputo Bastos, decisão de 18 abr. 2006).

⁵⁶ Artigo 14, da Constituição de 1988.

rigor, a mencionada distinção é relevante sobretudo para o controle concentrado de medidas abstratas⁵⁷. Nesse contexto, possui relevância distinguir a inconstitucionalidade que ocorre em razão da imediata violação da Constituição por uma medida normativa e a inconstitucionalidade que ocorre quando a Constituição prescreve a subordinação de uma medida normativa a uma norma infraconstitucional e, portanto, a violação dessa norma – que se apresenta interposta em relação à Constituição – vem redundar em violação reflexa da Constituição. Exemplo típico de inconstitucionalidade indireta é a do regulamento executivo ao qual se atribua direta ofensa à lei por força da não observância dos limites constitucionais do poder regulamentar⁵⁸. Nessa hipótese, somente a inconstitucionalidade direta é uma inconstitucionalidade propriamente dita, a indireta é uma mera ilegalidade (MIRANDA, 1996, p. 328-508). Em relação às omissões administrativas, que se configuram pela ausência de edição, por parte do administrador público, de medidas de efeitos concretos para tornar efetiva norma constitucional – fenômeno de natureza jurídica não normativa –, a distinção entre inconstitucionalidade direta e indireta não é relevante. Em consequência, as omissões administrativas podem configurar-se tanto em relação a normas constitucionais de exequibilidade direta, que independem da intervenção normativa das fontes infraconstitucionais, quanto em relação ao complemento legislativo das normas cons-

⁵⁷ A distinção entre inconstitucionalidade direta e indireta também possui relevância no âmbito do controle concentrado de medidas concretas a cargo do Poder na condição de Poder, ou seja, no controle de constitucionalidade das omissões de natureza não normativa que não se identificam com as omissões administrativas.

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.007-2, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU de 24 set. 1999; Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.535-0, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU de 21 nov. 2003. Cf., MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. v. II. p. 326.

tucionais de exequibilidade indireta, ou seja, em relação às normas infraconstitucionais que confirmam densidade normativa às normas constitucionais (FERREIRA, 2000, p. 518; CUNHA, 2004, p. 544-545). Em ambos os casos, ou seja, também no caso de não aplicação indireta de norma constitucional, a não edição de medida administrativa implica violação direta da Constituição, dada a natureza não abstrata da medida constitucionalmente imposta⁵⁹.

5.6. Medida concreta de alcance geral

A resposta constitucional à omissão administrativa não demanda a constatação da falta de uma medida abstrata, de natureza propriamente normativa, mas requer a constatação da falta de uma medida concreta, já que, pressupondo a exequibilidade normativa, se destina a tornar efetiva a norma constitucional. Por outro lado, a medida concreta, cuja falta impossibilita a efetividade da Constituição, somente se converte em resposta constitucional à omissão administrativa se possuir alcance geral. É importante esclarecer que o alcance geral da medida concreta não se apresenta como resposta apenas às omissões totais, mas também às omissões parciais, a exemplo do caso do direito de voto dos presos provisórios. Desse modo, diferentemente das omissões sob a responsabilidade do Poder na condição de Poder, cuja resposta constitucional pode abarcar desde a declaração da falta de medida concreta de alcance individualizado – a hipótese da inércia do Presidente da República em nomear um Ministro para o Supremo Tribunal Federal⁶⁰ – até a de medida abstrata de alcance geral – a hipótese da inércia do Poder Le-

⁵⁹ Exatamente por não precisar a natureza jurídica do fenômeno, discorda-se da afirmação de Ronaldo Poletti, para quem “a omissão administrativa é difícil de concretizar-se pois a omissão de órgão administrativo geralmente se dá em relação a normas infra-constitucionais e não diretamente referida à Constituição” (POLETTI, 2000, p. 216).

⁶⁰ Artigo 84, inciso XIV, da Constituição de 1988.

gislativo em exercer sua função normativa⁶¹ –, a omissão administrativa somente se configura mediante a constatação da falta de medida concreta de alcance geral.

5.7. O prazo de 30 dias

Em razão da natureza jurídica da atividade administrativa do Estado, que não possui, em nenhum sentido da palavra, uma margem de ação política própria, determina a Constituição de 1988, diante do fenômeno da omissão administrativa, uma atuação satisfativa da jurisdição constitucional, de maneira a assegurar a efetividade de suas normas⁶². Daí o motivo da previsão no artigo 103, § 2º, última parte, do prazo de 30 dias, dentro do qual medidas concretas de alcance geral devem ser adotadas pelo administrador público. À diferença das omissões inconstitucionais sob a responsabilidade do Poder do Estado agindo na qualidade de Poder do Estado, cuja supressão não se sujeita a um prazo constitucionalmente imposto⁶³, as omissões inconstitucionais

⁶¹ Artigo 48, da Constituição de 1988.

⁶² “Impõe-se considerar de maneira menos rígida a separação entre a Administração e o Poder Judiciário, de modo a não excluir *a priori* a possibilidade de uma intervenção jurisdicional satisfativa” (SIRIANNI, 1991, p.18). Cf., CARLIN, 2007. p. 867.

⁶³ “A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º, do artigo 18, da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 anos, não foi publicada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do artigo 18, § 4º, da Constituição (...) A omissão em relação à regulamentação do artigo 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo artigo 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucio-

sob a responsabilidade do Poder como administrador público sujeitam-se a um prazo tendente a impedir o esvaziamento das imposições constitucionais⁶⁴.

Cumpra, no entanto, compreender o exato alcance das medidas que devem ser adotadas pelo administrador público dentro do prazo de 30 dias imposto pela Constituição de 1988. Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 1140), em *obiter dictum*, considera “algo ilusório o prazo fixado”. E, a título de esclarecimento, acentua que, “se se tratar de edição de ato administrativo de caráter regulamentar, muito provavelmente esse prazo há de revelar-se extremamente exíguo. Em outros casos, que demandem realização de medidas administrativas concretas (construção de escolas, hospitais, presídios, adoção de determinadas políticas complexas, etc.), esse prazo mostra-se ainda mais inadequado”⁶⁵.

A rigor, em se tratando de ausência de medida de caráter regulamentar, estar-se-á diante de uma omissão de Poder na função de Poder, não havendo, em consequência, a configuração da omissão administrativa. Nesse caso, a Constituição de 1988 nem cogita de impor prazo para a atuação do Poder omissivo. Por outro lado, em se tratando de ausência de medida concreta de alcance geral, capaz de configurar a omissão de Poder na condição de administrador público, a imposição constitucional do prazo de 30 dias implica variadas consequências práticas. Se a declaração da omissão admi-

nalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável” (Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682-3, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJU de 06 set. 2007).

⁶⁴ “Nas hipóteses em que se dirige a órgãos administrativos, e órgãos administrativos de quaisquer dos Poderes, a decisão (proferida em ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva) assume verdadeiro caráter de ordem judicial” (MODESTO, data, p. 185).

⁶⁵ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682-3, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJU de 06 set. 2007.

nistrativa visa à continuidade da prestação de serviços ou de programas públicos, os 30 dias são o prazo dentro do qual os recursos contingenciados devem ser liberados; se a declaração de omissão administrativa visa à contratação de pessoal, os 30 dias são o prazo dentro do qual o edital de concurso público deve ser lançado e o correspondente calendário apresentado em juízo; e, se a declaração de omissão administrativa visa à aquisição de equipamentos ou à realização de obras, os 30 dias são o prazo dentro do qual o edital de licitação deve ser lançado e o plano de ação subsequente apresentado em juízo. Como se percebe, a compreensão do significado do prazo de 30 dias pressupõe, a um só tempo, uma precisa configuração das omissões administrativas e a consciência das consequências constitucionais de sua declaração em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

6. Conclusão

A afirmação de que as omissões administrativas são uma ameaça real aos direitos fundamentais, sobretudo aos de prestação, adquire sentido prático se se pré-compreende a Constituição de 1988 a partir de uma teoria normativa, ou melhor, de uma nova teoria normativa⁶⁶. Somente

⁶⁶ Conforme já se disse, a teoria normativa da Constituição admite dois sentidos complementares. No sentido amplo, a teoria normativa corresponde a uma “ideologia da interpretação jurídica”. No sentido restrito, a teoria normativa corresponde à distinção entre legalidade e constitucionalidade, pressupondo a existência de um sistema de controle do princípio da supremacia constitucional. Em seu sentido amplo, Jerzy Wróblewski (1971, p. 63) esclarece que a teoria normativa, como ideologia da interpretação jurídica, apresenta-se como um sistema axiológico regente de toda interpretação e de toda justificação de uma escolha interpretativa. Nesse sentido amplo, tanto o antigo constitucionalismo da separação dos poderes quanto o contemporâneo constitucionalismo dos direitos fundamentais configuraram historicamente teorias normativas. Daí a necessidade de se elaborar uma “nova teoria normativa da Constituição” para dar conta dos compromissos do constitucionalismo dos direitos fundamentais com os valores da dignidade humana.

nessa perspectiva, o que outrora eram programas sem vinculação da conduta estatal, tornam-se imposições constitucionais, sujeitando, inclusive, as relações entre particulares. Da ideia de imposição constitucional, é possível deduzir, pelo menos, três necessárias orientações: a) os fins e programas constitucionais vinculam a conduta comissiva do Estado; b) não se admite conduta omissiva em relação a fins e programas constitucionais; e c) as medidas tendentes à realização de fins e programas constitucionais, uma vez estabelecidas, não devem retroceder, salvo mediante simultânea conduta substituta ou equivalente. Hoje se sabe que, em matéria de direitos fundamentais, o retrocesso pode configurar-se a despeito da manutenção dos níveis de disciplina já alcançados pela legislação. Com efeito, a inércia da Administração Pública também implica um perigoso meio de esvaziamento do significado das imposições constitucionais. Dessa forma, é necessário compreender o princípio da vedação ao retrocesso de maneira bem mais ampla, de modo a também voltar-se contra a inércia do administrador público que, omitindo-se de implementar a normatização vigente, torna sem efetividade as imposições constitucionais.

Duas das mais significativas contribuições da teoria normativa da Constituição para a investigação das omissões administrativas são: a) a pré-compreensão de que o Estado, na atualidade, além de obrigado a agir, deve fazê-lo vinculado pelas imposições que decorrem das normas constitucionais; e b) a identificação das omissões inconstitucionais como vício material de inconstitucionalidade. Como as imposições constitucionais são deveres de atuar para a realização de fins e programas constitucionais, as omissões inconstitucionais consistem na não adoção intencional de conduta comissiva imposta pela Constituição. O conceito jurídico de omissão, capaz de identificar um vício material de inconstitucionalidade, constrói-se então a

partir da justaposição de três elementos: um material, um formal e um intencional. O elemento material corresponde à inércia do órgão ou da autoridade competente para agir; o elemento formal, à violação da imposição constitucional de conduta comissiva; e o elemento intencional, à real possibilidade de agir do modo imposto.

No caso da inércia do administrador público, as imposições que decorrem das normas constitucionais devem relacionar-se, necessariamente, aos direitos fundamentais, em suas diversas categorias. Em consequência, para que se possa falar da violação aos direitos fundamentais por meio de uma conduta omissiva de natureza administrativa, é preciso que, a par da configuração constitucional, que afiança o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, haja sua conformação infraconstitucional. Em outras palavras, somente é possível falar de uma inconstitucionalidade por omissão administrativa pressupondo a existência de normas constitucionais de exequibilidade direta, ou então de normas constitucionais de exequibilidade indireta já completadas pela intermediação do legislador ou dos demais Poderes no exercício de atribuição normativa. Daí a razão por que as omissões administrativas, em pressupondo a exequibilidade das normas constitucionais, identificam-se com o fenômeno da não aplicação, direta ou indireta, do conteúdo da Constituição. Para a compreensão do pressuposto da exequibilidade, importa atentar para seu duplo grau de exigência: a) a existência de disciplina das possibilidades de exercício dos direitos fundamentais consagrados nas normas constitucionais; e b) a definição prévia de sua cobertura financeira. Caso a dupla exigência do pressuposto da exequibilidade não esteja atendida, não se pode cogitar de omissões administrativas.

As omissões administrativas não se identificam com as omissões normativas. Logo, não são expressão da falta de medidas de natureza normativa consideradas

necessárias para a exequibilidade das normas constitucionais. As omissões administrativas também não se confundem com as omissões de natureza não normativa sob a responsabilidade de quaisquer dos Poderes do Estado atuando na qualidade de Poder. Desse modo, as omissões que envolvam uma margem de ação política própria também não as caracterizam. As omissões administrativas são expressão da falta de medidas de efeitos concretos de alcance geral consideradas necessárias pela Constituição para a efetividade de suas normas. Dito de outra maneira, são omissões de natureza não normativa sob a responsabilidade de quaisquer dos Poderes do Estado atuando como administrador público. Segundo precedente já citado do Supremo Tribunal Federal, da lavra de Sepúlveda Pertence, “o predicado administrativo do órgão advirá da natureza administrativa da medida de efetivação constitucional omitida, nada importando o Poder que integre ou a hierarquia que ostente a autoridade tachada de omissa”.

O controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo que se faz incompatível com a Constituição e, mais recentemente, o de omissão do legislador que deixa de realizar as imposições constitucionais a que se encontra submetido rendem ensejo a amplo debate acerca da legitimidade democrática deste tipo de intervenção da jurisdição constitucional. Na hipótese do controle das omissões administrativas, ao contrário, a intervenção da jurisdição constitucional em nenhum sentido se enquadra nessa polêmica. Em configurando as omissões administrativas inclusive uma forma de exaurir o sentido da decisão do Parlamento, a intervenção da jurisdição constitucional não se constitui em risco ao processo democrático, mas em um meio de preservar a vontade política dos representantes eleitos pelo povo em face da possibilidade de a Administração Pública, a quem compete tão-somente implementá-la, esvaziar-lhe o significado

mediante conduta omissiva. As omissões administrativas são, em suma, a fronteira ainda inexplorada pelo controle concentrado de constitucionalidade. Oxalá este estudo possa ter contribuído para a percepção de um fenômeno que, por ser institucionalmente dissimulado, representa real ameaça aos direitos fundamentais, sobretudo aos de prestação.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BONAVIDES, Paulo et al. (Org.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 4. t. 3. São Paulo: Saraiva, 2000.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1971.

BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BLANKENBURG, Erhard. La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en oeuvre (le concept d'implementation). *Droit et société*. n. 2 Paris, 1986.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CADART, Jacques. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Economica, 1990.

CADOUX, Charles. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Cujas, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPITANT, René. *Écrits constitutionnels*. Paris: Éditions du C.N.R.S., 1982.

CARLIN, Volnei Ivo. *Liminares contra a Fazenda Pública*. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda

de (Org.). *Direito e processo. Estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CARRAZZA, Roque Antônio. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 3, abr./jun. 1993.

CASAL H., Jesús M. La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CORREIA, Fernando Alves. Os direitos fundamentais e a sua proteção jurisdicional efectiva. *Boletim da Faculdade de Direito*. v. 79, Universidade de Coimbra, 2003.

CUNHA Júnior, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DEBBASCH, Charles; RICCI, Jean-Claude. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Economica, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

EMERI, Claude; BIGÉGARAY, Christian. *La Constitution en France*. Paris: Armand Colin, 1997.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. *Revista de informação legislativa*. Brasília, Senado Federal, ano 23, n. 89, jan./mar. 1986.

_____. *Processos informais de mudança da Constituição*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1986.

_____. Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos Poderes locais. *Revista do mestrado em direito*. Osasco, ano 5, n. 5, 2005.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Fierro. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

_____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos. Montevideo: BdeF, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARCENÒ, Valeria. *La Corte Costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*. Giurisprudenza costituzionale, Milano, fasc. 3, anno 95, mag./giu. 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

MAURER, Hartmut. *A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional federal*. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 9., 1982, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis, 02 a 06 maio 1982.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. *L'incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore*. *Giurisprudenza costituzionale*. Milano, fasc. 6, anno 41, nov./dic. 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. v. 2. Coimbra, 1996.

_____. *Manual de direito constitucional*. v. 4. Coimbra, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. São Paulo: Saraiva, 1979.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. t. 1. Coimbra, 2002.

- MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991.
- NEUNER, Jörg. O BGB e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.
- PACTET, Pierre; MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. *Institutions politiques: droit constitutionnel*. Paris: Armand Colin, 2004.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PELICLIOLI, Angela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 44, n. 174, abr./jun. 2007.
- PEREDO, Pablo Dermizaky. La inconstitucionalidad por omisión. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*. Madrid, n. 6, 2002.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.
- SALDANHA, Nelson. O Estado contemporâneo e a idéia de omissão constitucional. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 1, out./dez 1992.
- SCHEFOLD, Dian. L'interpretazione conforme alla Costituzione. In: *evidenza, Roma, Associazione dei Costituzionalisti*, 2006 (separata).
- SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- SIRIANNI, Guido. *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.
- SLAIBI Filho, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- STARCK, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. In: COSTA, José Manuel Cardoso da (org.). *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VARI, Massimo. Il controllo giudiziario delle omissioni legislative. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 19., Florianópolis. Anais... v. 1, Florianópolis, 25 a 29 set. 2005.
- VEDEL, Georges. *Droit constitutionnel*. Paris: Sirey, 1949.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional. , n. 29. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, 2000.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: CEJUP, 1999.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Editorial Civitas, 2001.
- _____. L'interprétation en droit: théorie et idéologie. *Archives de philosophie du droit*. Paris, Sirey, tome 17, 1971.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.
- ZOLLER, Elisabeth. *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.