
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 9	n. 35	p. 1-240	jan./mar. 2009
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEU FELIPE
BACELLAR

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor administrativo: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisora: Lourdes Nascimento
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Bibliotecária: Fernanda de Paula Moreira – CRB 2629 – 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.
Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com foco na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (*sistema double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Direção-geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Editor Acadêmico Responsável

Emerson Gabardo

Conselho Diretivo

Paulo Roberto Ferreira Motta (Presidente)

Adriana da Costa Ricardo Schier

Edgar Chiuratto Guimarães

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)

Alice Gonzales Borges (UFBA)

Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)

Carlos Ayres Britto (UFSE)

Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)

Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)

Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)

Clémerson Merlin Clève (UFPR)

Clovis Beznos (PUC/SP)

Enrique Silva Cimma (Universidade do Chile)

Eros Roberto Grau (USP)

Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)

Jaime Rodríguez-Arana-Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)

Jorge Luís Salomoni (in memoriam)

José Carlos Abraão (UEL)

José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)

José Luís Said (UBA – Argentina)

José Mario Serrate Paz (Universidad de La República – Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Universidad de la República – Uruguai)

Juarez Freitas (UFRGS)

Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)

Lúcia Valle Figueiredo (PUC/SP)

Luis Enrique Chase Plate (Universidade Nacional do Paraguai)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)

Marçal Justen Filho (UFPR)

Marcelo Figueiredo (PUC/SP)

Márcio Cammarosano (PUC/SP)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)

Nelson Figueiredo (UFG)

Odilon Borges Junior (UFES)

Pascual Caiella (UBA – Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)

Paulo Henrique Blasi (UFSC)

Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)

Rogério Gesta Leal (UNISC)

Rolando Pantoja Bauzá (Universidade Nacional do Chile)

Sérgio Ferraz (PUC/RJ)

Valmir Pontes Filho (UFCE)

Weida Zancaner (PUC/SP)

Yara Stropa (PUC/SP)

Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (IDAG - GO)

Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)

Prof. Dr. Isaac Dumpski (Universidad de Buenos Aires - Argentina)

Prof. Dr. José Luiz Pernas (Universidad de La Coruña - Espanha)

Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (IDRFB - PR)

Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)

Profa. Dra. Cristiana Fortini (UNIPAC - MG)

Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)

Profa. Dra. Tayana Scheila Friedrich (UFPR - PR)

Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais

Vanice Lírio do Valle*

Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professora do Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

Resumo: Os riscos à supremacia constitucional relacionados à omissão legislativa foram objeto de alerta desde o início do nosso processo constitucional. Apesar disso, as ações específicas criadas para prevenção dessas ameaças foram inicialmente deixadas de lado pela Suprema Corte até o ano passado, em consonância com uma compreensão de que o sistema de freios e contrapesos se apresentava como um obstáculo insuperável à construção de uma solução adequada. Esse artigo percorre decisões recentes da Corte, onde uma nova trilha de superação das omissões legislativas está sendo concebida, revivificando a idéia de que a jurisdição constitucional possa ser um caminho para, quando menos, endereçar-se ao Legislativo e provocar uma reação institucional que possa restaurar a normalidade constitucional pela edição da lei requerida. A tarefa não está completa, e as decisões ainda tateiam a solução — mas precisamos assumir esse vazio, e ter em mente que as soluções não estão ainda desenvolvidas, mas aguardando para serem construídas de molde a assegurar efetividade constitucional.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Omissões legislativas. Freios e contrapesos. Efetividade constitucional.

Sumário: **1** Direito, omissão e imaginário constituinte: sobre os riscos do desvirtuamento insidioso do texto constitucional - **2** Compromissos constitucionais e instrumentalidade do poder: fundamentação da relevância jurídica da omissão e reconfiguração do equilíbrio e harmonia entre poderes - **3** Potencialidades do agir jurisdicional em matéria de omissão legislativa, o exercício intelectual desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal: a movimentação nas cinzas da pira da fênix - **3.1** A ADI nº 3.276, Relator o Min. Eros Grau: a pronúncia da inconstitucionalidade por omissão como meio de coerção à ação legislativa - **3.2** A ADI nº 3.682, Relator o Min. Gilmar Mendes: a pronúncia da inconstitucionalidade por omissão legislativa, com assinalação de “prazo razoável” para a prolação da norma e de conteúdo necessário ao futuro instrumento legislativo - **3.3** Os MIs nº 721 e nº 758, Relator o Min. Marco Aurélio: aplicação, por analogia, de norma reguladora de aposentadoria especial do RGPS a servidores públicos como mecanismo de superação da omissão - **3.4** Os MIs nº 670, nº 708 e nº 712: superação da lacuna legislativa atinente à regulação do direito de greve dos servidores públicos - **4** Prognóstico de desenvolvimento da matéria: a fênix renasce das cinzas e traz consigo uma nova pauta de reflexão para o sistema brasileiro de jurisdição constitucional

* E-mail: <liriodovalle@uol.com.br>.

1 Direito, omissão e imaginário constituinte: sobre os riscos do desvirtuamento insidioso do texto constitucional

De há muito o direito absorveu a idéia de que o fenômeno da omissão — embora se externalize como um *non facere* — nem por isso se caracterizará como um indiferente jurídico, adotando-se como referencial para identificação de sua relevância, a existência de um dever de agir. O texto da Carta de Outubro introduz no cenário de debates uma nova dimensão do estudo da omissão, a saber, aquela atinente à solução constitucional proposta para superar a inação das estruturas de poder — particularmente, a inércia no exercício em particular, da mais coletiva das funções do poder, qual seja, a função legislativa. A cogitação não vinha à luz de forma gratuita, mas a partir da advertência em relação aos riscos de erosão constitucional associados a uma possível omissão legislativa, que antes mesmo do deflagrar dos trabalhos constituintes, já se tinha estampada nos meios científicos¹ como possibilidade a ser considerada, e objeto das possíveis ações de prevenção.

No plano da reflexão política, de outro lado, era sabido que as memórias do passado recente se apresentavam como um vetor inspirador — se não condicionante mesmo — do trabalho de construção de uma nova modelagem institucional a se refletir no Texto Fundamental.² Combinam-se no imaginário dos constituintes, de um lado o resgate da importância da função legislativa — tanto atingida ao longo do período de exceção —; e de outro lado, o reconhecimento de que o projeto de sociedade traduzido na Carta de Outubro, fruto de consensos eventualmente incompletos, estaria a exigir importantes passos futuros de desenvolvimento legislativo, de propostas que se incluía no texto constitucional sem a necessária densificação.³

¹ Texto clássico, a expressar a preocupação para com os riscos de não concretização de um novo projeto constituinte, é o trabalho de FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 9, n. 34, p. 49-61, jan./mar. 1986.

² SOUZA, Márcia Teixeira de. O processo decisório na Constituição de 1988: práticas institucionais. *Lua Nova*, São Paulo, n. 58, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452003000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1º out. 2008.

³ A constitucionalização de matérias, sem o correspondente desenvolvimento contencioso no próprio Texto Fundamental se constitui estratégia possível de desenvolvimento nos trabalhos constituintes: "...when people diverge on some (relatively) high-level proposition, they might be able to agree when they attempt a conceptual descent and lower the level of abstraction" (SUNSTEIN, Cass. Constitutional agreements without constitutional theories. *Ratio Juris*, v. 13, n. 1, Mar. 2000, p. 117-130). Vale registrar, todavia, a crítica do Min. Carlos Ayres Britto, externada no jornal *O Globo* do dia 5 de outubro. Seção "O País", p. 31 ("A mãe das leis, mas não de todas as regras: passados 20 anos, a Constituição ainda tem 66 artigos — cerca de um quarto do total — à espera de regulamentação), em relação à opção empreendida pelos constituintes de remeter à regulação posterior, em lei complementar, de vários dispositivos constitucionais — "...a falta de regulamentação de artigos constitucionais é a chave de muitas mazelas brasileiras...".

O ponto de equilíbrio se buscou alcançar, com a previsão na Carta de Outubro, de institutos destinados à superação dos efeitos nocivos da omissão legislativa relevante *ex vi constitutionis*.⁴ Tal cogitação se tem desde os primeiros momentos de redação do Texto Fundamental, com a veiculação de propostas: 1. de criação do instituto denominado mandado de injunção, destinado à superação de lesão a direito decorrente de omissão legislativa envolvendo a regulação de preceito constitucional;⁵ 2. de afirmação pura e simples da inconstitucionalidade da omissão legislativa reguladora de preceito constitucional;⁶ e 3. de previsão da sindicabilidade jurisdicional do fenômeno, sem indicação de a que título esse controle judicial se daria, ou ainda de qual via de ação se tinha por cabível.⁷ A temática subsiste, a partir daí, em todas as etapas subseqüentes do processo constituinte, e culmina com a consagração na Carta de Outubro, dos hoje conhecidos institutos do mandado de injunção, e da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Ocorre que, na lição de Souza,⁸ o enunciado jurídico por si só, não se revelou — por muitos anos — suficiente à superação de uma determinada prática social e política que não reconhecia espaço à atuação jurisdicional saneadora da omissão do agir do poder, especialmente, do Poder Legislativo. Na época, apresentavam-se esses preceitos tal qual a fênix: ave de bela plumagem, de extraordinária força e de longa vida. Também assim o sistema de controle da inconstitucionalidade por omissão tinha a beleza do ineditismo e do compromisso com a efetividade; a ele se reconhecia a força necessária a superar o impasse deliberativo de um poder político, e de sua longevidade resultaria a disponibilidade — por tanto tempo quanto se vaticinava devesse durar o novo Texto Fundamental — para o enfrentamento dos desafios atinentes à superação da ameaça constitucional originária da inação.

⁴ Tenha-se em conta que a omissão legislativa — que se traduz na ausência de deliberação final quanto à regulação legislativa de determinada matéria — não se constitui em si uma patologia do poder, na medida em que a inação expressa, no plano do exercício da função legislativa, a ausência de consenso em relação à disciplina possível daquele mesmo tema. A anomalia se verifica quando da inação decorre o atentado à efetividade do texto constitucional, diretamente — por violação a dever expresso de legislar — ou por via reflexa, como na violação ao dever de isonomia.

⁵ Na base de dados "Sugestões dos constituintes à Constituinte de 1988" (<<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/consulta.asp>>) consultem-se as propostas de nº 0155 e nº 0367.

⁶ Na base de dados "Sugestões dos constituintes à Constituinte de 1988" (<<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/consulta.asp>>) encontra-se as proposições de nº 0156 e nº 9144, consagrando a idéia de que a omissão legislativa geradora de lesão a direito expresse o fenômeno de inconstitucionalidade.

⁷ Ainda na base de dados "Sugestões dos constituintes à Constituinte de 1988" (<<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/consulta.asp>>) encontram-se propostas de nº 1743, nº 3072 e nº 8099, que, consagrando a possibilidade de controle jurisdicional da lesão a direito decorrente de omissão reguladora de preceito constitucional, não especifica qual o instrumento aplicável.

⁸ SOUZA, Márcia Teixeira de. O processo decisório na Constituição de 1988..., p. 37-38.

Os primeiros tempos de aplicação da Carta de Outubro permitiram de pronto identificar que, no plano da omissão, ao menos dois grandes grupos de ocorrência se poderia identificar: 1^o) aquelas de operacionalização das decisões políticas fundamentais — cujos contornos se possam extrair diretamente do texto constitucional, ou que já tenham sofrido alguma intervenção densificadora pela função legislativa; e 2^o) aquelas de detalhamento no plano infraconstitucional, das decisões políticas fundamentais, contidas na Constituição. Se na primeira hipótese, o problema se apresentava mais familiar — a norma existia, e o desafio era simplesmente arquitetar os mecanismos jurisdicionais conducentes à sua observância; na segunda hipótese, o terreno era absolutamente desconhecido: como assegurar efetividade constitucional, por via da jurisdição, na ausência do agir do Poder Legislativo, ação essa destinada justamente a especificar as condições de exercício e garantia desse mesmo compromisso constitucional?

As experiências iniciais de aplicação dos novos instrumentos de jurisdição constitucional se revelaram quando menos, tímidas. Assim é que tanto no campo do mandado de injunção⁹ quanto no da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, o provimento jurisdicional possível se identificou com a simples advertência ao Poder Legislativo da declaração da inércia constitucionalmente relevante, a teor da cláusula contida no art. 103, §2^o da CF.¹⁰ Essa compreensão, se de um lado reservava ao STF a competência para aferir a existência de relevância constitucional naquela particular omissão legislativa,¹¹ de outro lado bloqueou qualquer outra

⁹ A referência clássica é à decisão lavrada no MI n^o 107 QO, nos idos de 1989, onde se entendeu que, à vista de uma necessária relação sistêmica entre injunção e ação declaratória da inconstitucionalidade por omissão, não se poderia determinar, naquele primeiro, providência distinta daquela preconizada, na última via de ação, pelo art. 103, §2^o da CF — comunicação da inércia à autoridade competente.

¹⁰ No campo da declaratória de inconstitucionalidade por omissão, a incidência do art. 103, §2^o da CF decorre da literalidade do texto; já no plano do mandado de injunção, a regra se viu atraída por uma afirmada relação de vinculação lógica entre os dois institutos — firmada no já mencionado precedentes do MI n^o 107 QO — posto que ambos se voltavam ao enfrentamento do mesmo fenômeno, qual seja, a omissão legislativa constitucionalmente relevante.

¹¹ Tenha-se em conta que a caracterização mesma da omissão nem sempre se constitui operação simples e imediata. Afinal, se por ocasião da promulgação da Carta de Outubro as hipóteses imediatas em que se poderia verificar a omissão eram aquelas em que o próprio texto constitucional exigia lei — e muitas vezes fixava prazo para a sua edição —; passados já quase 20 anos de sua aplicação, é sabido que há fenômenos muito mais sutis envolvendo igualmente a inércia legislativa. Temos então, de início, a regulação dos preceitos que foram introduzidos posteriormente, por força de Emendas Constitucionais — e já passa, como se sabe, de meia centena, o número de intervenções decorrentes do poder constituinte reformador. A par disso, identifica-se hoje a inconstitucionalidade por omissão superveniente, fruto por vezes do próprio evoluir da compreensão do texto constitucional, e ainda aquela associada à violação ao dever de isonomia — que envolve ainda a difícil questão atinente ao convívio simbiótico de uma violação constitucional por ação (a lei violadora da isonomia é, em si, viciada de raiz) e por omissão (a ausência da extensão do mesmo regime a outras situações de fato revestidas do mesmo conteúdo se constitui em si, inação legislativa relevante).

espécie de atuação mais eficaz no sentido da garantia em favor do texto constitucional.¹²

Diante dessa opção de política judicial mais restritiva, na ocasião, vaticinou-se a morte da fênix,¹³ que ao invés de viver por 500 anos, como narrado na mitologia, sucumbia ao estranhamento que é previsível na incorporação de um modelo ainda não experimentado mesmo na crônica internacional, de controle da constitucionalidade da inércia. Alimentou-se sua pira funerária com o argumento da necessária subordinação ao equilíbrio e harmonia entre os poderes, o antigo dogma do legislador negativo, e ainda uma preocupação que não foi ocultada, de que uma maior abertura compreensiva, particularmente em relação às possibilidades do mandado de injunção, pudesse determinar uma pleora de demandas junto ao STF.

Foram necessários quase 20 anos de viver Constituição, para que as velhas resistências em relação ao enfrentamento da omissão legislativa pudessem ser revisitadas, e com um novo olhar que reconhece o problema, as limitações às soluções cogitadas — mas que não transforma tais dificuldades em cláusula de bloqueio do desenvolvimento dos mecanismos possíveis de superação.

2 Compromissos constitucionais e instrumentalidade do poder: fundamento da relevância jurídica da omissão e reconfiguração do equilíbrio e harmonia entre poderes

É a consagração da centralidade da pessoa como principal vetor axiológico do texto constitucional¹⁴ que determina uma nova dimensão às suas próprias pretensões de efetividade, onde “a normatividade da Constituição não se teria por um fim em si mesma, mas asseguraria o que é da

¹² Essa foi a afirmação empreendida pelo próprio STF: *Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, §2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente* (parte final da ementa do acórdão nas ADIs nº 1.458, Relator o Min. Celso de Mello, julgamento em 23 de maio de 1995; e nº 1.439, de mesma relatoria, julgamento em 22 de maio de 1996).

¹³ Por todos os comentaristas dessa opção conservadora da Corte no campo particularmente do mandado de injunção, cite-se, por sua perspectiva crítico-propositiva, o trabalho de BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido: uma proposta de reformulação. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 189-198.

¹⁴ É de Moreira Neto a síntese de que o chamado estatuto pós-moderno dos direitos fundamentais se apresenta com uma dupla funcionalidade: 1º) como um sistema de valores substantivos, síntese contemporânea de um conjunto de outros valores, manifestação de uma função declarativa; e 2º) como um sistema de valores adjetivos, um quadro de garantias de direitos subjetivos públicos, numa clara função constitutiva (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 20).

essência da condição de humano, agrupado nessa categoria jurídica que hoje se denomina direitos fundamentais”.¹⁵

Disso decorre uma subordinação axiológica do agir das instâncias formais de poder que a própria Constituição estrutura, aos valores que ela mesma elege como fundantes — afinal, são esses braços institucionais funcionalmente especializados que concretizarão o caráter normativo da Constituição no desenvolvimento das funções que lhe são próprias (legislativa, administrativa e jurisdicional).

Essa mesma vinculação valorativa determinará — na lição de Segado¹⁶ — que o ordenamento jurídico como um todo não encontre em si mesmo, ou no seu processo formal de elaboração, a sua fonte de legitimação. Ao contrário, o ordenamento jurídico se apresenta como instrumento para a realização dos fins que a norma suprema enuncia. É esse novo cenário que favorece a compreensão teórica da justiciabilidade da omissão legislativa constitucionalmente relevante — afinal, cuidar-se-ia de fenômeno que atenta contra a normatividade constitucional, pelo não desenvolvimento dos mecanismos necessários à já mencionada concretização da pauta valorativa do mesmo Texto Fundamental. Mais do que isso, a ausência de norma — quando a própria Constituição exige — deixa de ser um mero vazio, e passa a trazer um signo de ilegitimidade na conduta do poder que, tendo o dever de agir, não o faz. Não tem mais lugar a compreensão que associa à função legislativa pura e simplesmente o exercício de um juízo político de escolha das pautas, e do *timing* — nos temas que ela mesma particularmente valoriza, a Constituição é a pauta, e ela mesma oferece o *timing*.¹⁷

Dessa mesma compreensão decorre ainda a afirmação de Villaverde Menéndez¹⁸ de que o que se coíbe, na superação da omissão legislativa relevante, não é propriamente a inércia deliberativa enquanto comportamento em si do legislador; mas as conseqüências violadoras da Constituição que dela decorram.

Observe-se que tais achegas ao problema evidenciam a incorporação à reflexão, de vetores que são próprios ao momento constitucional

¹⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio. *Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

¹⁶ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. *Revista española de derecho constitucional*, año 13, n. 39, p. 195-247, Sept./Dic. 1993.

¹⁷ E aqui, não só quando ela o faz em sua literalidade, assinalando prazo para a edição de lei reguladora por exemplo, mas também quando ela aponta a simplesmente prioridade, na medida em que a ação legislativa importa em assegurar o exercício de direito fundamental.

¹⁸ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., 1997.

decorridos já 20 anos de viver o Texto Fundamental. Afinal, sobrepor a efetividade da Constituição à eventual formulação de um juízo de censura ao legislador, é aproximação típica de um olhar dirigido à Carta de Outubro que prioriza a centralidade da pessoa, e não os temas relacionados à organização e estruturação do poder político. Têm-se nesse novo cenário, de primazia da dignidade da pessoa e da principiologia constitucional, os primeiros sopros sobre as cinzas da fênix, a provocar o renascer dessa criatura mitológica.

A definição objetiva do fenômeno que se busca superar pelos novos institutos de jurisdição constitucional da omissão — a saber, o atentado contra a normatividade constitucional, que instrumentaliza finalisticamente o agir do poder, e nesse caráter instrumental fixa sua fonte de legitimação — constitui importante premissa para a superação do principal argumento de bloqueio que se apresenta em sede doutrinária a jurisprudencial, à superação da omissão, a saber: aquele atinente à violação do equilíbrio e harmonia entre os poderes.

A invocação do princípio constitucional do equilíbrio e harmonia entre os poderes como óbice às soluções mais efetivas na superação da omissão legislativa se assenta na idéia de que o traçado constitucional, ao empreender à repartição horizontal do poder a partir do critério de especialização funcional, reserva — por força desse mesmo traço de *expertise* — àquelas estruturas institucionais o desenvolvimento das funções que lhe são próprias, com exclusão da possibilidade de ação de qualquer outra, salvo expressa previsão constitucional nesse sentido. Significa dizer que reservado o exercício da função legislativa à estrutura funcional de mesmo nome, só a ela se reconhecera a aptidão para a criação de regras abstratas de conduta, com exclusão absoluta de qualquer outra.

Essa leitura do princípio contido no art. 2º da Carta de Outubro não decorre pura e simplesmente de sua literalidade, mas do velho debate que contrapõe separação de poderes e controle — esse último, exercido sempre por uma interpenetração na área de especialização funcional reservada a cada qual dos poderes. Afirmava-se então que fortalecer as potencialidades do controle — com atuações interventivas de cada poder na função dos demais — atentava contra o princípio da separação em si, princípio esse que, já nos termos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, se apontava como essência de um diploma constitucional.¹⁹

¹⁹ VALADÉS, Diego. *El control del poder*. Buenos Aires: Ediar (Universidad Nacional de México), 2005. p. 95.

Proteger a separação de poderes, segundo essa concepção, em última análise importava em proteger a Constituição e a liberdade. Num momento de reafirmação da ordem constitucional democrática, e de consolidação de um Texto Fundamental recém-editado, é compreensível uma posição mais conservadora nos primeiros embates envolvendo as possibilidades expansivas do exercício do controle, possibilidades essas traduzidas na intervenção funcional. Nesse contexto, explica-se a afeição, nas primeiras decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, ao argumento do equilíbrio e harmonia entre os poderes como fronteira à sua possibilidade de atuação nas hipóteses de omissão legislativa constitucionalmente relevante.

Ocorre que, em salutar exercício de zetética, manteve-se a Corte Suprema aberta à análise das eventuais contradições que seu posicionamento inicial determinava — e nessa perspectiva de abertura cognitiva, um elemento que logo se pôs em desafio à posição autolimitativa era a compreensão de que em matéria de omissão legislativa, constitucionalmente relevante, o que se tinha, em última análise, era uma situação de disfuncionalidade; de mau funcionamento do Poder (Legislativo).

Assim, existindo o dever de legislar, ausente a norma exigida pela Constituição, seria adequada a invocação do equilíbrio e harmonia entre poderes como elemento de constrição de uma solução jurisdicional que envolva atuação normogênica?

A resposta positiva — e mais tradicional, em doutrina e jurisprudência — parece não ter em conta sutilezas que se apresentam na hipótese.

A Constituição opera, no desenho das relações entre poderes, e da mecânica de seu funcionamento, a partir — evidentemente — da lógica de que os comandos do poder constituinte, que organiza o poder e o subordina finalisticamente, serão cumpridos. Não pode a Constituição partir, na enunciação de seus próprios preceitos, da premissa de que os poderes que ela constitui não terão por ela mesma — Carta Fundamental — a reverência que é de se ter a um documento que, no nome, contempla esse qualificativo. A premissa, portanto, é de que a enunciação de um dever de legislar será objeto da devida consideração por parte do legislativo, que editará a regra de conduta.

Todavia, a mesma Constituição elege o Poder Judiciário como a instância própria à superação dos conflitos —; não só aqueles que se instauram entre cidadania e poder(es) mais ainda aqueles havidos entre os poderes. Instaurado o litígio, portanto, o caminho de solução é a prestação

jurisdicional, ainda que aí se envolva o controle do adequado funcionamento do poder.

Na hipótese da omissão legislativa, o que se tem é uma disfunção: o Poder Legislativo, destinatário de um dever de agir, não o fez, e disso se extrai o comprometimento da própria efetividade do texto constitucional. O uso do princípio do equilíbrio e harmonia entre os poderes, nessa hipótese, como cláusula de bloqueio a qualquer outra atuação jurisdicional substitutiva, implica em admitir: 1º) que a Constituição não oferece solução ao não funcionamento de um dos poderes que ela mesma constitui; 2º) que o Poder Legislativo possa, pela negativa em agir, modificar o texto constitucional, seja desconsiderando o mister que esse mesmo texto lhe traçara (dever de legislar no tema específico), seja comprometendo a efetividade do direito que se tutelaria pela produção do instrumento legislativo. Observe-se que a invocação de equilíbrio e harmonia entre poderes, como vedação à superação da *inertia agendi vel deliberandi* nessa hipótese, é uma absoluta subversão do princípio, posto que o que se tem em concreto é um poder fazendo prevalecer sobre os outros — que se veriam tolhidos em qualquer possibilidade de atuação — o seu querer, que se traduziu pelo mecanismo insidioso da inação. Afirmar a impossibilidade da superação da omissão legislativa não tutela, portanto, o equilíbrio e harmonia; ao contrário; traduz a afirmação do desequilíbrio total, em favor do legislativo, que na hipótese, descumpra à Constituição.

Não pode ser esse o querer constitucional, e por várias razões. Primeiro — e por óbvio — o Texto Fundante se pretende efetivo, vinculante, e subordinador do agir do poder; sua interpretação, portanto não pode militar contra a sua própria efetividade. A par disso, se a Carta de Outubro fixar um determinado padrão de comportamento ao poder, a sua inobservância importa em verdade, em despir essa mesma atuação do indispensável signo de legitimidade, abrindo-se necessariamente espaço a outras alternativas de superação do vazio normativo.

Finalmente, é de se ter em conta que a função legislativa — como já mencionado na abertura do presente trabalho — se caracteriza como a mais coletiva daquelas traçadas no desenho institucional do Estado. Significa dizer que não desconhece o texto constitucional, que o impasse, a paralisação do processo decisório, em sede de Poder Legislativo, é numa possibilidade real.²⁰ Se assim o é, ao contrário do tradicionalmente afirmado,

²⁰ Em verdade, o não deliberar, em matéria de função legislativa, se apresenta como uma alternativa possível

é de se supor que o Texto Fundamental enfrente sim a possibilidade de um desvio funcional, consistente na não concretização da função legislativa; e para essa hipótese, busque a construção de uma solução.

É nesse contexto que ganha significação a regra contida no art. 103, §2º da CF, que determina a comunicação ao Poder Legislativo, da identificação de uma omissão de mesma natureza, constitucionalmente relevante. Essa providência em verdade não se constitui o único conteúdo possível do provimento jurisdicional envolvendo a omissão, mas ao contrário, se traduz na única medida absolutamente inafastável em matéria de controle da omissão legislativa. Isso porque é o Supremo Tribunal Federal quem poderá afirmar, na sua condição de intérprete da Constituição, que há o dever de agir — dever esse não observado pelo Poder Legislativo — e, a partir disso, deflagrar, em normalidade constitucional, a atuação desejada.

Destina-se, portanto, a comunicação preconizada pelo art. 103, §2º da CF, a clarificar a existência, *ex vi constitutionis*, do dever de legislar — apontando, em conseqüência, que a perseverança na inércia se traduz não mais numa estratégia possível do deliberar legislativo, mas, sim, na violação do texto constitucional. Isso não significa dizer seja essa a única providência jurisdicional possível, na medida em que a explicitação da existência do dever de legislar pode não se revelar suficiente à restauração da normalidade constitucional. Explica-se.

A partir da declaração da omissão na forma do art. 103, §2º da CF, duas alternativas se podem apresentar: 1ª) o Poder Legislativo edita a norma jurídica apontada como faltante, e com isso, a um só tempo, viabiliza-se o exercício do direito constitucionalmente assegurado e antes não regulado, e mais ainda, reconduz-se o exercício do Poder Legislativo à normalidade constitucional, com a observância da prioridade que o mesmo texto lhe fixara; ou ainda, 2ª) persiste a inércia legislativa, hipótese em que o referido poder vê subtraído o signo de legitimidade constitucional na sua conduta omissiva.

Na última hipótese, subsiste a erosão à efetividade do texto constitucional, e cumprirá ao Poder Judiciário oferecer a solução possível. Qual solução? Aquela que viabilize a efetividade no texto constitucional apontado

— à míngua de consenso quanto aos limites da regulação de uma determinada matéria, é perfeitamente possível que a decisão do poder legislativo, seja de não ação. A fronteira do terreno da utilização possível da não ação como resposta, em nosso sistema, se constitui justamente as hipóteses em que a Constituição determina o dever de legislar.

como violado, com a menor interferência possível do exercício da função normogênica. A configuração dessa intervenção se dará caso a caso, como se verá da análise que se empreende na seqüência, dos precedentes já havidos em matéria de superação da omissão legislativa.

3 Potencialidades do agir jurisdicional em matéria de omissão legislativa, o exercício intelectual desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal: a movimentação nas cinzas da pira da fênix

Se o ano de 1989 pode ser apontado como emblemático na fixação de um alcance bastante limitado à sindicância judicial da omissão — à vista dos termos do já mencionado, e muito conhecido MI 107 QO, que limitou à pronúncia da inércia legislativa o conteúdo jurisdicional possível no sistema de controle da omissão; o ano de 2005²¹ se apresenta como aquele em que essa mesma temática começa a ser objeto de novas aproximações pelo Supremo Tribunal Federal, aproximações de natureza verdadeiramente exploratória em relação aos possíveis caminhos de superação do impasse institucional instaurado pela pronúncia da inércia legislativa constitucionalmente relevante sem que dela resultasse a prolação do diploma legislativo exigido pela Carta de Outubro.²² É nesse sentido que se afirma que o monte de cinzas onde se tinha consumido a fênix já se viu revolvido pela perspectiva daquilo que é próprio — e o mais significativo — nesse animal, que é a permanente capacidade de renovação, reencontrando um novo sopro de vida onde todas as vozes só proclamavam desaparecimento.

Vale o percurso às decisões, para a compreensão de como se busca, segundo as circunstâncias do caso, o mecanismo mais apto a determinar a conseqüência sempre desejada, qual seja, a promulgação da lei²³ por aquele detentor da original competência constitucional para tanto.

²¹ É certo que particularmente no campo da injunção, antes do ano de 2007, identificam-se aqui e ali, decisões do STF superadoras da pronúncia da omissão legislativa como único resultado decisional (no tema, consulte-se VALLE, Vanice Regina Lírio do. *A construção de uma garantia constitucional: compreensão da Suprema Corte quanto ao mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005). Todavia, a superação argumentativa do princípio do equilíbrio e harmonia entre os poderes e a afirmação de uma competência normogênica da Corte para a superação da omissão legislativa fruto de juízo de reprovação constitucional isso só se verifica nas decisões havidas a partir de 2007.

²² A consulta ao sítio do STF — jurisprudência/omissão constitucional — aponta como hipóteses em que se deu a pronúncia da inconstitucionalidade da inação legislativa, também os precedentes firmado nos MIs nº 95 e nº 124, de relatoria do Min. Carlos Velloso, ambos julgados em 1992; MI nº 369, relatoria do Min. Sidney Sanches, também decidido em 1992; MI nº 278, novamente Relator o Min. Carlos Velloso, decidido em 2001; e ainda a ADI nº 3.276, Relator o Min. Eros Grau, julgamento em 2005. Ocorre que, nesses precedentes, o que se deu foi tão-somente a pronúncia da omissão, sem a concretização de parte do STF de qualquer outro provimento apto à superação concreta da inação.

²³ É de Mendes o destaque de que a concretização da Constituição — ameaçada pela omissão inconstitucional — é de ser efetivada fundamentalmente, pela promulgação da lei, em reverência ao princípio democrático

3.1 A ADI nº 3.276, Relator o Min. Eros Grau: a pronúncia da inconstitucionalidade por omissão como meio de coerção à ação legislativa

Cuidava-se, na ADI nº 3.276,²⁴ de pedido de pronúncia de inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado do Ceará, introduzido pela Emenda nº 54 daquele Estado que, dispondo sobre a fórmula de composição do Tribunal de Contas do Estado e dos Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, se de um lado reproduzia — em homenagem ao princípio da simetria — o preceito contido no art. 73, §2º, I da CF; de outro lado, na ausência de titulares dos cargos de auditor e do Ministério Público Especial, deferia o preenchimento da vaga à livre escolha do Governador do Estado.²⁵

Dupla então era a face da inconstitucionalidade que se identificava na hipótese: de um lado, a instituição de regra que, a título de disciplina de transição, permitia a nomeação por livre escolha do Governador do Estado, de quando menos um Conselheiro²⁶ que o modelo constitucional federal reservava à origem nas mencionadas carreiras do controle;²⁷ de outro lado, a própria instituição da aludida regra de transição obviava a omissão na criação — justamente — das carreiras de controle às quais se reservava as vagas de Conselheiro no modelo federal, de observância obrigatória,

e ao Estado de Direito (MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. In: CONGRESSO DA CONFERÊNCIA DE CORTES CONSTITUCIONAIS EUROPÉIAS, 14., 2008. Vilnius, Lituânia. Palestra. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2008.

²⁴ Esclareça-se que o sítio do STF aponta, sob o código de classe “ADI”, tanto às ações diretas de inconstitucionalidade por ação, como aquelas fundadas na omissão; *in casu* a leitura da peça inicial evidencia que se a providência jurisdicional que se requereu foi o controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão.

²⁵ Havia uma diferença importante entre ambos os dispositivos controlados. Enquanto no que toca ao Tribunal de Contas do Ceará, a regra de transição autorizando livre nomeação pelo Governador referia explicitamente ao *provimento originário da quarta vaga* — pressupondo, portanto, que os demais haveriam de correr à conta das carreiras de auditor e membro do Ministério Público Especial; na disciplina da composição do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará o preceito permitia a livre nomeação na falta de Procurador de Contas do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas dos Municípios ou de auditor do tribunal *pela inexistência de cargo ou de provimento*. Significa dizer que, nessa última hipótese, a eventual vacância de todos os cargos de auditor ou Ministério Público Especial devolveria a nomeação ao critério de livre nomeação do Governador do Estado.

²⁶ Um Conselheiro na hipótese do Tribunal de Contas do Estado, em que o dispositivo aludia ao *provimento originário da quarta vaga*; e em tese, até mais de um Conselheiro no caso do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará, posto que, nessa hipótese, a livre escolha do Governador se verificaria na inexistência de titular dos cargos aludidos, seja pela inexistência dos cargos, seja pelo não provimento.

²⁷ Esse o teor do dispositivo objeto de controle de constitucionalidade:

Art. 2º da Emenda Constitucional nº 54/03 à Constituição do Estado do Ceará — *O provimento original da quarta vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado prevista na alínea b do inciso I do art. 71 da Constituição do Estado do Ceará será, após a promulgação desta Emenda Constitucional, de livre escolha do Governador, na falta de auditor ou de membro do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas, respeitados os critérios previstos no §1º do art. 71 da Constituição Estadual devendo os posteriores provimentos da quarta vaga e os provimentos da sétima vaga recair necessariamente em auditor ou membro do Ministério Público Especial junto ao Tribunal, alternadamente, segundo os critérios de antiguidade e merecimento.*

a teor do art. 75 da CF. Conviviam na hipótese, portanto, em um mesmo dispositivo (art. 2º da Emenda Constitucional nº 54 à Constituição do Ceará), inconstitucionalidade por ação — que defluiu diretamente do texto — e inconstitucionalidade por omissão, confessada e apontada como origem e fundamento do preceito, na sua literalidade viciado de raiz.²⁸

Debateram-se intensamente os efeitos possíveis da pronúncia de inconstitucionalidade por ação vislumbrada na hipótese, visto que dela resultaria a ausência de critério de transição — até a existência de auditores e membros do Ministério Público Especial — e, portanto, a inviabilidade da nomeação de Conselheiro do Tribunal de Contas cujo provimento fosse associado àquela origem. Disso poderia implicar inclusive se não a paralisação, quando menos o prejuízo ao desenvolvimento da função de controle. De outro lado, punha-se o argumento de que a pronúncia da inconstitucionalidade por ação criaria, a rigor, um elemento de coerção à superação da omissão legislativa consistente justamente na criação das mencionadas carreiras.²⁹

Completa-se a discussão com a pronúncia da inconstitucionalidade na sua já mencionada duplicidade: por ação, ao prever a regra de provimento por livre nomeação (ainda que transitória); e por omissão, pela ausência da lei instituidora das carreiras beneficiárias da reserva de vaga para provimento de cargo de Conselheiro.

Dois são os destaques interessantes formular na hipótese. O primeiro deles reside na franca consideração de que a pronúncia do vício de raiz por ação provocaria, do ponto de vista estritamente pragmático, a edição da norma faltante, qual seja, a de criação das carreiras de auditor e do Ministério Público Especial. A estratégia — é importante sublinhar — revelou-se bem sucedida, na medida em que, julgada a ADI nº 3.276, em 2 de junho de 2005, veio ao mundo jurídico em 21 de dezembro de 2005 a

²⁸ Consigne-se em aval ao comentário tecido na nota de rodapé nº 11 que essa se constitui hipótese atípica de inconstitucionalidade por omissão. Em verdade, a omissão legislativa atinente à criação de uma determinada carreira, no serviço público, só se revestia de relevância constitucional na medida em que a ausência dessa mesma carreira implicava em inviabilizar a observância do critério plural de composição da Corte de Contas, critério esse que, como já se afirmou no texto, é de observância obrigatória nas demais entidades federadas a teor do art. 75 da CF. Como se vê, a associação à inércia legislativa do signo de omissão constitucionalmente relevante nem sempre se constitui hipótese simples, de identificação imediata.

²⁹ Para exata compreensão no raciocínio então desenvolvido, vale a transcrição de afirmações havidas ao longo dos debates: O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — (...*omissis*...) Que o impasse fique criado, que pare o Tribunal de Contas, se for o caso (p. 151 do acórdão); e ainda O MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — O legislador costuma só ouvir apelo quando se cria um problema, e criar o problema é impedir o provimento, declarando inconstitucional a norma (p. 152 do acórdão).

Lei Estadual nº 13.720, que criou as *multi* mencionadas carreiras de auditor e Ministério Público Especial, superando-se a omissão legislativa.

Outro destaque que é de se fazer, aponta no sentido da superação de outra premissa anteriormente fixada pelo STF, qual seja, aquela da infungibilidade entre os pedidos de declaração de inconstitucionalidade por ação e por omissão.³⁰ Reforça-se, com esse avanço, o sentido objetivo das ações de controle abstrato de constitucionalidade, deslocando-se a ênfase para a efetividade da jurisdição constitucional, ao invés do formalismo processual.

3.2 A ADI nº 3.682, Relator o Min. Gilmar Mendes: a pronúncia da inconstitucionalidade por omissão legislativa, com assinalação de “prazo razoável” para a prolação da norma e de conteúdo necessário ao futuro instrumento legislativo

Discutia-se no bojo da mencionada ADI nº 3.682-2/MT, ajuizada em 07.03.2006, Relator o Min. Gilmar Mendes,³¹ a superação da inércia legislativa em empreender-se à regulação do comando introduzido no art. 18, §4º da CF por força da Emenda Constitucional nº 15/96, atinente

³⁰ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fundada nas múltiplas distinções que se registram entre o controle abstrato por ação e a fiscalização concentrada por omissão, firmou-se no sentido de não considerar admissível a possibilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade, por violação positiva da Constituição, em ação de inconstitucionalidade por omissão, decorrente da violação negativa do texto constitucional (ADI 1439, Relator o Min. Celso de Mello, julgamento em 22 de maio de 1996).

³¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar a lei complementar a que se refere o §4º do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 15/1996. Ação julgada procedente. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do §4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada 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 art. 18, §4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, §4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 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. 4. 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 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade 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, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.

ao período, a ser determinado por lei complementar, dentro do qual se teria por possível a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios.³² O tema guardava estreita relação, por sua vez, com diversas outras ações declaratórias de inconstitucionalidade por ação que tinham por objeto justamente a pronúncia do vício de origem de leis instituidoras de novos municípios,³³ posteriores à edição da mencionada Emenda nº 15/96 — normas jurídicas essas que não haviam (por óbvio) observado o interstício objeto da lei complementar prevista, mas não editada.

A inconstitucionalidade de norma de preceito instituidor — tendo por objeto a lei de criação do Município baiano de Luiz Eduardo Magalhães — veio novamente à apreciação da Corte, por intermédio da ADI nº 2.240, Relator o Min. Eros Grau. Essa circunstância permitiu, na ocasião, o enfrentamento da consequência — vício de origem de lei de preceito instituidor — mas também da causa, a saber, inércia legislativa na regulamentação dos termos do art. 18, §4º da CF, com a redação que lhe foi conferida pela EC nº 15. A solução se deu no sentido da pronúncia de inconstitucionalidade da lei de preceito instituidor, com modulação de efeitos para 24 meses após a prolação da decisão; e, de outro lado, a afirmação igualmente da inércia legislativa constitucionalmente censurável na não edição da lei complementar reguladora.

Dois dados são particularmente relevantes — no campo do adensamento das potencialidades do controle da omissão — no acórdão proferido na ADI nº 3.682. Primeiro deles é o reconhecimento formal — nas palavras do Relator, o Min. Gilmar Mendes, de que se de um lado o tema da omissão inconstitucional se revela “...de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais...”, e “...sobretudo, para a concretização da Constituição como um todo...”; de outro lado, “...não obstante o esforço da doutrina e da jurisprudência, muitas questões sobre a omissão inconstitucional continuam em aberto, ou parecem não ter encontrado, ainda, uma resposta adequada...”.

³² Esse mesmo tema — da inércia legislativa na edição da lei complementar a regular o interstício em que se possa ter a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios — foi igualmente objeto do MI nº 725, Relator o Min. Gilmar Mendes, extinto por ilegitimidade ativa para impetração, pelo não reconhecimento de titularidade, por parte do ente público, de direito subjetivo à superação da omissão legislativa que a ele, impetrante, diretamente, não atinge.

³³ Já julgadas, por ocasião da decisão da ADI nº 3.682, as seguintes ações abstratas envolvendo criação de municípios: sob relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, ADI's nºs 2.381-MC, *DJ* de 14 dez. 2001; 2.967, *DJ* de 19 mar. 2004 e 2.632, *DJ* de 12 mar. 2004; sob relatoria do Min. Maurício Corrêa, ADI nº 2.702, *DJ* de 06 fev. 2004; sob relatoria do Min. Nelson Jobim, ADI nº 1.825, *DJ* de 23 mar. 2001, dentre outras.

Distintas ordens de consequência se pode extrair desse reconhecimento da deficiente teorização constitucional, não superada igualmente pelas reflexões doutrinárias. A primeira delas está enunciada nos próprios termos do voto, que afirma que “...as formas expressas de decisão, seja no caso de omissão legislativa ou de omissão administrativa prevista no art. 103, §2º da Constituição parecem insuficientes para abarcar o complexo fenômeno da omissão inconstitucional”. Têm-se aí, portanto, a abertura para a cunhagem de outros provimentos, nas hipóteses de omissão legislativa, que não exclusivamente a pronúncia da inércia.

Segundo elemento relevante que exsurge dos termos do acórdão proferido na ADI nº 3.682 é a fixação de conteúdo desejável à lei afirmada exigível, a partir dos termos da tanto mencionada Emenda nº 15: a referência é à recomendação contida na ementa: “...devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão...”. Têm-se aqui uma ocorrência clara de um jogo de colaboração entre poderes, com vistas não só ao cumprimento do dever de legislar, mas igualmente do equacionamento legislativo de todas as hipóteses alcançadas pela hoje situação constitucional imperfeita.

Importante consignar que inobstante o ceticismo em relação aos termos da decisão havida em sede de ADIO pelo seu caráter menos coercitivo e mais persuasório; os fatos mais recentes estão a indicar que a provocação jurisdicional — com a pronúncia da inconstitucionalidade da inércia legislativa associada, de outro lado, à pronúncia da inconstitucionalidade comissiva na criação de municípios na ausência da mencionada lei complementar—³⁴ possivelmente virá a surtir efeitos. Isso porque no último dia 15.10.2008 o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei Complementar que ali tramitou sob o código PLS nº 98/2002,³⁵ disciplinando a matéria nos termos do preconizado pela EC nº 15, fixando o interstício entre a posse dos Prefeitos e Vice-Prefeitos, na forma do inciso III do art. 29 da Constituição Federal, e o último dia do ano anterior ao da realização de

³⁴ Tenha-se em conta o inegável veio político a permear a situação vista no seu todo. A edição da lei complementar — constritiva que é das decisões políticas de criação, incorporação, fusão e desmembramento dos municípios — não se apresentava como prioridade na pauta política, e disso decorreu a omissão legislativa. De outro lado, a pronúncia da inconstitucionalidade comissiva de municípios existentes, em funcionamento, e onde vivem eleitores, trouxe um outro vetor no processo de formação da agenda de votação, como se percebe claramente da leitura dos andamentos da mencionada proposição.

³⁵ Última movimentação no Senado Federal da mencionada proposta legislativa disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=50089>; o projeto foi remetido em 17 de outubro de 2008 à Câmara dos Deputados para reanálise, onde está merecendo tramitação associada ao código PLP 416/2008.

eleições municipais como aquele dentro do qual as operações de criação, incorporação, fusão e desmembramento dos municípios seriam admitidos.

A hipótese é típica do exercício da prática institucional que os canadenses identificam como diálogo institucional,³⁶ posto que envolve uma manifestação da Corte Constitucional que se afigura como fator determinante da introdução ou redimensionamento de um determinado tema na agenda legislativa.³⁷ Essa prática abre toda uma nova perspectiva de relações institucionais de colaboração, passando os limites decorrentes do equilíbrio e harmonia entre os poderes a funcionar mais como critérios de especialização funcional do que como cláusulas de barreira às eventuais atuações corretivas necessárias à recondução do poder à sua trilha original constitucionalmente traçada.

3.3 Os MIs nº 721 e nº 758, Relator o Min. Marco Aurélio: aplicação, por analogia, de norma reguladora de aposentadoria especial do RGPS a servidores públicos como mecanismo de superação da omissão

Na seqüência da caminhada de construção de alternativas à superação da omissão, verifica-se o MI nº 728, que envolvia a pretensão de garantia em favor de servidor público federal, do direito à aposentadoria especial previsto no art. 40, §4º da CF (portadores de deficiência, servidores que exercem atividades de risco ou ainda sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física).

Importante ter em conta a cronologia. O tema veio à pauta em 27 de setembro de 2006, com o voto do Min. Marco Aurélio invocando precedentes onde já se reconhecia a mora legislativa da regulamentação do benefício previdenciário especial,³⁸ para a partir da já certificação da existência da mora legislativa, afirmar a possibilidade — a imperiosidade mesmo — de se proferir prestação jurisdicional que afastasse as

³⁶ "...the Court may have forced a topic onto the legislative agenda that the legislative body would have preferred not to have to deal with. And of course, the precise terms of any new law would have been powerfully influenced by the Court's decision. The legislative body would have been forced to give greater weight to the Charter values identified by the Court in devising the means of carrying out the objectives to some extent to accommodate the Court's concerns. These are constraints on the democratic process, no doubt, but the final decision is the democratic one" [HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter os Rights isn't such a bar thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-124].

³⁷ A pesquisa à base de dados da Câmara dos Deputados aponta como primeira iniciativa no tema, a apresentação em 21.11.1996 do Projeto de Lei Complementar nº 130/1996, de autoria do Deputado Edinho Araújo, evidenciado que o tema não era desconhecido de parte do Legislativo; o que não se tinha era a sua priorização do ponto de vista da agenda política.

³⁸ O *leading case* nessa matéria foi o MI nº 20, Relator o Min. Celso Mello, julgamento em 19 de maio de 1994.

conseqüências nefastas da inércia do legislador, avanço para o qual conclama o Min. Relator à Corte, em sua nova composição.

Vale destacar que, na ocasião, afirmava o Min. Marco Aurélio que não haveria de se confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com a atividade do legislativo, posto que o Judiciário não estaria a lançar, na ordem jurídica, preceito abstrato — mas sim, a viabilizar no caso concreto o exercício do direito ou liberdade constitucional garantido pela injunção.

Suspensão do julgamento por força do pedido de vista do Min. Eros Grau, retorna o feito à pauta em 30 de agosto de 2007 — ocasião na qual já se tinham proferido os votos principais nos MIs n° 670 e n° 712, em favor de uma atuação. Identifica-se, portanto, no voto trazido pelo referido Ministro, a preocupação em afirmar-se a competência do STF para o desenvolvimento, na solução da omissão legislativa, de função normativa — e não legislativa. Em aval à tese, propõe o Min. Eros Grau a utilização de um critério de classificação das funções estatais que tenha em conta não os seus sujeitos (dos quais defluiria a tradicional classificação em função legislativa, administrativa e judiciária); mas sim o seu aspecto material, função estatal preordenada a finalidades de interesse coletivo e objeto de correspondentes deveres jurídicos.

Sob o prisma do aspecto material da função estatal, seria de se distinguir a função normativa, de produção das normas jurídicas; a função administrativa, de execução dessas mesmas normas jurídicas; e a função jurisdicional, de aplicação das normas jurídicas. A superação da omissão legislativa denunciada no mandado de injunção, portanto, na compreensão do Min. Eros Grau, envolve o desenvolvimento de função normativa, posto que determina a produção da norma jurídica reguladora da hipótese a partir do sistema jurídico como um todo.

A conclusão, portanto, se deu no sentido do provimento da injunção para a aplicação à hipótese, da disciplina própria aos trabalhadores em geral contida no art. 57, §1° da Lei n° 8.213/91, assegurando-se à impetrante o direito à aposentadoria especial requerida.

O precedente aqui estabelecido já se repetiu na decisão proferida no MI n° 758, também de relatoria do Min. Marco Aurélio, onde mais uma vez se determinou a incidência da disciplina contida no RGPS para viabilizar aposentadoria especial fundada no desenvolvimento de atividade insalubre. Na mesma esteira, têm-se já o ajuizamento de diversos MIs tendo

o mesmo objeto, alguns deles de cunho coletivo,³⁹ na busca do estabelecimento de uma norma que possa se revestir de aplicação geral em favor dos servidores atingidos pela ausência da norma reguladora.

Registre-se que, no julgamento do já citado MI nº 758, propunha o Min. Gilmar Mendes — em que pese o provimento do pedido articulado na demanda em concreto — se empreendesse ainda assim à cientificação ao Congresso Nacional da (re)afirmação da mora legislativa, posto que o Pres. Arlindo Chinaglia teria comunicado estar organizando comissão no âmbito da Câmara dos Deputados destinada a colmatar as lacunas legislativas mais evidentes.

3.4 Os MIs nº 670, nº 708 e nº 712: superação da lacuna legislativa atinente à regulação do direito de greve dos servidores públicos

Derradeira matéria que determinou provimento mais substantivo na tutela da omissão legislativa é aquela atinente à viabilização do exercício do direito de greve em favor de servidores públicos, previsto no art. 37, VII da CF. O tema foi objeto de cogitação em pelo menos três MIs, todos de caráter coletivo, que envolviam, do ponto de vista fático, o mesmo desenho: servidores públicos inatendidos em suas reivindicações deflagram greve, movimento esse que é declarado ilegal pelas Cortes locais em virtude da ausência da norma reguladora, com a determinação de retomada imediata do serviço.

Embora as três injunções não tenham encontrado conclusão de julgamento na mesma sessão, é inequívoca a influência recíproca no processamento.

Em verdade, a primeira das injunções a encontrar voto no sentido de aplicação à hipótese, como critério normativo de solução, os termos da Lei nº 7.783/89, é o MI nº 708, Relator o Min. Gilmar Mendes, em pauta em 24 de maio de 2007, com votação suspensa depois do relatório e voto, pelo pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowski.

O MI nº 670, por sua vez, relatado inicialmente pelo Min. Maurício Correa na sessão de 15 de maio de 2003,⁴⁰ foi objeto de pedido de vista

³⁹ Na mesma temática, e de natureza coletiva, registra-se o ajuizamento em 6 de maio de 2008 pelo Sindicato dos Odontologistas do Distrito Federal do Mandado de Injunção (823), Relator o Min. Celso de Mello; em 12 de maio de 2008 pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e Ministério Público da União no Distrito Federal (Sindjus/DF) do Mandado de Injunção (MI nº 824), Relator o Min. Eros Grau; em 10 de junho de 2008 pela Associação dos Oficiais de Justiça Avaliadores do Distrito Federal (AOJUS/DF), o Mandado de Injunção (MI nº 832), Relator o Min. Cezar Peluzo; em 29 de setembro passado, notícia ainda o STF o ajuizamento pelo Sindicato dos Trabalhadores do Ensino Superior do Amazonas (Sintesam) de mandado de injunção (MI nº 894) tendo o mesmo objeto, Relator o Min. Joaquim Barbosa.

do Min. Gilmar Mendes, retornando a julgamento em 7 de junho de 2006, com nova suspensão pelo pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowski. Em 12 de abril de 2007, retorna o feito a julgamento sem alcançar — novamente — conclusão final, desta feita por pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa. Registre-se, entretanto, que a essa altura já se formara a maioria necessária à decisão no sentido do provimento da injunção com caráter constitutivo, com a aplicação da disciplina da Lei nº 7.783/89 à matéria.⁴¹

O MI nº 712, de relatoria do Min. Eros Grau, é posto em pauta pela primeira vez na sessão de 7 de junho de 2006 — mesma em que o Min. Gilmar restituiu à pauta o MI nº 670 — com relato no sentido do provimento da injunção com caráter constitutivo. A partir daí, identifica-se a cronologia da votação com aquela do MI nº 670, retornando o feito à pauta, por força do voto-vista do Min. Ricardo Lewandowski em 12 de abril de 2007, com formação, naquela sessão, da maioria — ainda que o julgamento não se tenha concluído à conta do pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa.

Só depois de firmadas as decisões nos MIs nº 670 e nº 712, retorna a julgamento o MI nº 708, cujas conclusões culminam por se afinar com os precedentes já firmados.

Identifica-se no conjunto de precedentes na matéria, o argumento comum da necessidade de conferir ao instrumento da injunção, um efeito mais comprometido com a efetividade dos direitos fundamentais — ainda que isso caminhe, quando menos, na fronteira nebulosa de uma concepção de equilíbrio e harmonia entre poderes que admita o exercício pelo STF de função normativa, ainda que no sentido de determinar a aplicação por analogia, da disciplina legislativa já existente em matéria de greve — qual seja, aquela atinente aos trabalhadores da iniciativa privada, observados alguns temperamentos decorrentes de vetores que são próprios ao serviço público, como a indispensável garantia da continuidade dos serviços.⁴²

No plano legislativo — é importante que se diga — a decisão proferida nos MIs nº 670, nº 708 e nº 712 não se revelou apta a determinar o

⁴⁰ Na ocasião, o Min. Maurício Correa, Relator, proferiu voto na linha tradicional da Corte em relação à injunção, declarando a mora legislativa, cientificando-se ao Poder Legislativo — sem qualquer outra consequência.

⁴¹ Na mencionada sessão, conheciam e julgavam precedente o mandado de injunção os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Britto, Cármen Lúcia e Cezar Peluso.

⁴² Registre-se que o Min. Ricardo Lewandowski, que nos precedentes firmados nos MIs nº 670 e nº 712 divergira da aplicação à hipótese da Lei nº 7.783/89 por não vislumbrar semelhança entre os trabalhadores privados e servidores públicos que autorizasse a aplicação do mesmo critério normativo; em seu voto proferido no MI nº 708 culminou por afirmar que, embora ainda não identificasse a analogia autorizadora da aplicação

andamento das proposições atinentes à regulamentação do direito de greve. É certo que a movimentação em torno das mencionadas decisões determinou quando menos que o projeto de lei original (PL nº 4.497/2001, de autoria da Deputada Rita Camata), então adormecido desde 10 de novembro de 2004 na Comissão de Trabalho, de Administração e de Serviço Público, reencontrasse andamento, com a apresentação inclusive de novos projetos.

4 Prognóstico de desenvolvimento da matéria: a fênix renasce das cinzas e traz consigo uma nova pauta de reflexão para o sistema brasileiro de jurisdição constitucional

Rumando à conclusão das presentes considerações, é importante retomar uma idéia traçada no subitem 2, qual seja, aquela atinente à unidade do poder, que resta hoje, finalisticamente, orientado ao cumprimento do projeto de convívio social contido na Carta de Outubro. Essa unidade da potência importa necessariamente, no compartilhamento — a rigor — dos efeitos nefastos da inefetividade constitucional decorrente da não regulamentação de dispositivos envolvendo direitos fundamentais ou outros deveres de legislar. Do ponto de vista da percepção social — já denunciava Oliveira⁴³ — a postura contida do STF nos impasses envolvendo a omissão legislativa culminava por pô-lo em igualdade de condições com a estrutura institucional omissa.

Tenha-se ainda em conta que o renascer da fênix — com o retorno à boca de cena do tema dos mecanismos em sede de jurisdição constitucional aptos à superação da omissão — não se constitui particularidade do cenário nacional. Ao contrário, a patologia do poder traduzida na omissão legislativa constitucionalmente qualificada, e o imperativo de construção de mecanismos jurisdicionais aptos a oferecer resposta aos riscos de erosão constitucional dela decorrentes foi o tema do XIV Congresso da Conferência das Cortes Constitucionais Europeias, havida neste ano de 2008.⁴⁴

do diploma antes citado, reconhecia a necessidade do traçado de alguns princípios ao exercício do direito de greve que se vinha de assegurar — sem o que, sua afirmação seria meramente retórica — e nesse contexto, extrai da mesma Lei nº 7.783/89, a moldura principiológica que reputa necessária.

⁴³ OLIVEIRA, Fabiana Luci. O Supremo Tribunal Federal no processo de transição democrática: uma análise de conteúdo dos jornais *Folha de S. Paulo* e o *Estado de S. Paulo*; *Revista de Sociologia e Política*, n. 22, p. 101-118, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n22/n22a09.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2008.

⁴⁴ Reunidas sob inspiração do tema “Problemas da omissão legislativa da jurisprudência constitucional”, as Cortes Constitucionais Europeias, a partir dos relatórios atinentes às diversas realidades nacionais previamente enviados, constataram que a formação da doutrina constitucional de investigação da omissão legislativa reflete uma tendência generalizada da justiça constitucional europeia, que é aquela de fortalecer a proteção da base constitucional dos sistemas legislativos. A existência da omissão legislativa — consignou-se nas conclusões daquela XIVª Conferência — traduz uma execução imprópria das exigências constitucionais para

Avança, portanto, a Corte em prática de natureza verdadeiramente exploratória, construindo as possibilidades de decisão à medida que se apresentam os problemas, valendo-se — como já destacou Mendes⁴⁵ — de orientações dirigidas ao legislador, emprego de técnicas como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, e, mais recentemente, sentenças aditivas.⁴⁶

Elemento indispensável ao prosseguimento dessa trajetória é o desenvolvimento — já ensaiado, aqui e ali pelo STF — do antes mencionado diálogo institucional⁴⁷ através do qual a Corte Constitucional e o legislativo participam, através das sucessivas intervenções institucionais, de uma dialética que busca a determinação do balanço adequado entre a principiologia constitucional e as políticas públicas em curso.⁴⁸ Fruto dessa dialética é a incorporação ou a repositura do decidido, através de uma nova atividade legiferante, que se submete, por sua vez, a novo crivo quanto à constitucionalidade, num processo recíproco de aprimoramento das respectivas atuações, em favor do aperfeiçoamento, inclusive, da aplicação do projeto fundamental de ordem jurídica.⁴⁹

Nunca será demais enfatizar que a prática é dialógica — e que, portanto, pressupõe reação de parte daquele que é destinatário da comunicação. O que não é desejável à vista da provocação articulada pela Corte Constitucional é o silêncio de parte do Legislativo — calada que, nessas circunstâncias, só se pode traduzir em abdicação de seus próprios deveres

o estabelecimento da necessária regulação legislativa. A investigação e afirmação da omissão legislativa se constitui uma significativa medida de controle de constitucionalidade, que ajuda a assegurar a supremacia da Constituição, a harmonia do sistema legislativo e a melhor proteção dos direitos e liberdade constitucionais do indivíduo (Final declaration of the circle of Presidents of the Conference of European Constitutional Courts, adopted at the XIVth Congress [on line]. Disponível em: <http://www.lrkt.lt/conference/2008/SKMBT_C25008070213131.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2008).

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional..., p. 20.

⁴⁶ Não é demais registrar que as sentenças aditivas se constituem técnicas utilizadas pelas cortes constitucionais, notadamente da Itália, há já quase meio século.

⁴⁷ TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. *International journal of constitutional law*, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

⁴⁸ Consigne-se que sob a mesma denominação, já versou a signatária sobre a prática dialógica que se julga deva se verificar entre os poderes — mas não como resposta institucional, depois da atuação de cada qual; mas sim como elemento de instrução, de construção do processo político decisório, recuperando-se a perspectiva de que o poder é uno, associando especialização funcional, a uma perspectiva mais ampliada de controle desse mesmo agir do poder (VALLE, Vanice Regina Lírio. *Sindicar a omissão legislativa: real desafio ao equilíbrio entre poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 238 et seq.).

⁴⁹ Exemplo típico dessa estratégia de ação e reação no direito brasileiro é o trato do tema do teto constitucional remuneratório dos servidores públicos, que já foi por inúmeras vezes disciplinado pelo legislativo — em verdade, no exercício de poder constituinte reformador — merecendo depois, releitura da solução conferida pelo STF, decisão essa que por sua vez ensejou nova ação legislativa, como inequivocamente se deu com os preceitos no tema articulados através das Emendas Constitucionais nºs 19, 41 e 47.

e competências constitucionais, opção que a Constituição não reserva aos poderes que ela mesma institui e ordena. De outro lado, é a resposta institucional, pela via de concretização de providências dentre aquelas que são próprias à sua especialização funcional — como parte do diálogo — por parte do Legislativo que prevenirá os riscos sempre apontados, de eventuais excessos de parte do Supremo Tribunal Federal.⁵⁰ Impõe-se o abandono da mera invocação do velho mito de intagibilidade do agir (ou no caso, do inagir) do poder, e o reconhecimento de que a inércia tradutora de infidelidade constitucional não pode remanescer para sempre, tornando a Carta de Outubro refém das dificuldades intestinas da composição própria ao exercício da função legislativa.

Importante ter por claro que esse tipo de atuação institucional de parte do STF — que ainda hoje gera estranhamento, e a afirmação de uma pretensão de invasão da esfera de atribuição do Poder Legislativo — em verdade nada mais é do que expressão de uma função de *indirizzo político*,⁵¹ em que a Corte delimita, através da interpretação e aprofundamento do sentido do texto constitucional, as possibilidades de deliberação política — direcionando essa mesma ação, na parcela cometida ao Legislativo — à vista da existência de parâmetros constitucionais a projetar efeitos sobre a hipótese. A atuação, portanto, nada tem de substitutiva, mas sim de tradução de relações de cooperação, cujo direcionamento há de ser no sentido do prestígio ao desenvolvimento, por cada qual dos poderes, da parcela de atribuição que lhe é própria: ao Supremo Tribunal Federal, a explicitação do sentido e querer constitucional numa determinada temática; ao Legislativo, o desenvolvimento da função de mesmo nome, segundo os parâmetros originários da Carta, iluminados pela intervenção esclarecedora da Corte Constitucional.

Constituição valorativa importa em um novo perfil — já se disse também na inauguração das presentes considerações — a ser reconhecido aos poderes, todos eles subordinados pela mesma finalidade de concretização dessa pauta de valores. Se de supremacia seja de se cogitar, essa é a do texto

⁵⁰ O Presidente do Senado Federal, Garibaldi Alves Filho, em Sessão Solene no Plenário da Câmara dos Deputados, envolvendo as comemorações pelos 20 anos da Constituição Federal, havida no dia 5 de novembro próximo passado, externava desconforto com uma atuação do Judiciário na superação da omissão legislativa que, na sua concepção, importava em invasão às atribuições próprias da Casa de Leis: "Faz tempo que o Poder Judiciário acha que é o Legislativo" (Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/11/05/garibaldi_critica_executivo_judiciario_na_presenca_de_lula_gilmar_mendes-586263716.asp>. Acesso em: 7 nov. 2008).

⁵¹ DOGLIANI, Mario. *Indirizzo politico: riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*. Napoli: CEDAM — Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1985.

constitucional — e não de qualquer dos poderes que esse mesmo texto institui. Nesse sentido, nenhum conflito no reconhecimento de uma interface política maior entre STF e o legislativo, pelo exercício do direcionamento político, ou do diálogo institucional. Essa nova dinâmica relacional, ao contrário, é de ser entendida no rumo do aperfeiçoamento do papel de cada qual, tudo em favor da efetividade constitucional. Nesse sentido, se revelou útil a ilustração empreendida com a fênix: para combater um mito — o do legislador negativo, aquele das necessariamente rígidas fronteiras entre os poderes — só mesmo outro mito, que encontrou, mesmo diante da morte anunciada por quase toda a comunidade jurídica, novo sopro de vida que lhe permite reapresentar-se em todo o seu mistério.

A cunhagem de um sistema de jurisdição constitucional apto a enfrentar, de maneira eficaz e ao mesmo tempo democrática, o problema da omissão legislativa constitui verdadeira obra em construção, no Brasil e no mundo. Mas a mesma frase de resto se pôde e ainda pode aplicar à jurisdição constitucional brasileira como um todo — que no curto espaço de 20 anos recém-completos de vigência da Carta de Outubro se reinventou, acomodando-se como sistema, sempre no caminho de garantia máxima do texto constitucional, em meio ao verdadeiro “laboratório” na temática do controle de constitucionalidade que Fernández Segado⁵² já identificava na América Latina.

Fundamental para o prosseguimento da caminhada é o reconhecimento de que o não-existente não é, necessariamente, sinônimo de impossibilidade — mas, muitas vezes, uma armadilha destinada a reduzir, na mente e imaginação de todos, aquilo que se apresenta ainda como existir potencial. Que seja a ausência da solução já construída ou de modelos onde nos possamos inspirar, não uma cláusula de bloqueio intelectual, mas sim um convite ao exercício de criação.

Finalizam-se essas considerações, com a advertência que o próprio conceito de omissão sugere: *Omissão: ato ou feito de deixar de lado, desprezar ou esquecer; preterição, esquecimento*. Que não se permita, no Brasil, traduza a omissão legislativa à preterição à ordem constitucional, o deixar de lado as liberdades, o esquecimento da trajetória que nos levou a esse Texto,

⁵² *En resumen Latinoamérica ha sido históricamente y aún hoy es un auténtico laboratorio constitucional en cuanto atañe al control de constitucionalidad de las leyes y demás actos del poder, y quizá sea éste uno de los aspectos más desconocidos fuera de esa área geográfica* (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 301-352, 2006).

que hoje de fato — tanto quanto de direito — se qualifica como Texto Fundamental!

Constitution and the Phenix: The Reborn of Legislative Gaps Control in Defense of Fundamental Rights

Abstract: The risks to constitutional supremacy related with the legislation gap, were warned since the beginning of our constitutional process. Nevertheless, the special procedures created in order to prevent that hazard were initially left apart by the Supreme Court, until last year, according to a comprehension that checks and balances were an insuperable obstacle to a proper solution. This article covers recent Court's decisions where a new path in overcoming legislative gaps is being built, growing strong again the idea that judicial review can be a way to, at least, address Legislative and provoke an institutional reaction that could restore constitutional normality by editing the required law. The task is not complete, and decisions are still grabbling — but we must assume that blank, and keep in mind that the solutions are not developed, but waiting to be built in order to secure constitutional effectiveness.

Keywords: Judicial review. Legislative gaps. Checks and balances. Constitutional effectiveness.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALLE, Vanice Lírio do. Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 35-59, jan./mar. 2009.

Recebido em: 11.11.08

Aprovado em: 05.02.09