

# ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Déborah Cristiane Domingues de Brito<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho visa estudar os principais aspectos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, um instituto criado pela Constituição Federal de 1988, que tem por finalidade a supressão das omissões inconstitucionais. O objetivo almejado pelo Constituinte responsável pela Constituição Federal de 1988 foi buscar métodos para coibir a inércia dos poderes públicos *ad perpetuam*, uma vez que existem normas constitucionais que necessitam de regulamentação infraconstitucional para tornarem-se plenamente eficazes, as quais são chamadas de normas de eficácia limitada. Tais regulamentações devem ser executadas pelos órgãos competentes, a fim de se cumprir o princípio da Supremacia da Constituição.

**Palavras-chave:** Constituição. Omissão Inconstitucional. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a criar métodos de combate ao problema da omissão inconstitucional, regulamentando dois institutos com tal finalidade, que são a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção.

Tais institutos, cuja função é coibir a omissão inconstitucional, encontram-se em diferentes capítulos da Constituição Federal de 1988, uma vez que a Ação Direta de Inconstitucionalidade está prevista no Título IV, Capítulo III, Seção II, onde prescreve as funções correspondentes ao Supremo Tribunal Federal.

Já o Mandado de Injunção encontra-se previsto no Título II, Capítulo I, que descreve os direitos e deveres individuais e coletivos, justamente por tratarem de matérias diversas, uma vez que o mandado de injunção serve para combater em casos concretos a inércia do Poder competente, enquanto que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa proteger a Constituição abstratamente, evitando a omissão inconstitucional.

---

<sup>1</sup> Mestra em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV. Procuradora Municipal.

O tratamento da omissão inconstitucional não encontra precedentes no direito constitucional brasileiro. O modelo de controle de inconstitucionalidade por omissão brasileiro foi inspirado na Constituição Portuguesa.

Havia uma preocupação dos operadores do direito na criação de um instrumento que vedasse a perpetuação da omissão dos órgãos competentes em regulamentar normas constitucionais. O que se procurava era a criação de um instrumento capaz de conferir efetividade às normas constitucionais.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão começou a ser modulada nas Comissões Temáticas para ingressar posteriormente na Constituição Federal de 1.988.

Assim, pode-se notar que quando da criação da Constituição vigente houve uma preocupação por parte dos constituintes em estabelecer uma medida cuja finalidade seria obstar a inércia prolongada dos órgãos competentes em criar normas que completariam a Constituição.

## 1 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

A Constituição Federal não era plenamente eficaz quando de sua entrada em vigor, pois existiam normas constitucionais que necessitam de uma complementação posterior para serem efetivamente aplicadas. As normas de eficácia limitada necessitam de regulamentação através de leis ordinárias, para realmente cumprirem a sua função proposta pela Constituição Federal.

A omissão inconstitucional é o não fazer a norma devidamente individualizada, em um determinado tempo, cuja obrigatoriedade é imposta pelo texto constitucional.

As normas de eficácia limitada possuem aplicabilidade indireta, pois somente se tornarão plenamente eficazes após a complementação ulterior da Constituição.

A omissão inconstitucional pode ser *total* quando o legislador não satisfaz integralmente o texto constitucional não criando a norma regulamentadora e também *parcial* quando o legislador cria a norma, complementando o texto constitucional de forma não satisfatória.

Desta forma, com a instituição da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão procurou-se obstar a inação do legislador, visando impedir que os direitos previstos na Constituição não fossem recebidos por seus destinatários.

O legislador constituinte quando criou a Constituição vigente, buscou um meio de impedir que ocorresse o mesmo erro encontrado nas Constituições anteriores, onde não se existia um instituto capaz de impedir a omissão inconstitucional e por tal motivo, muitas normas previstas em seus textos ficavam sem regulamentação e acabavam por se tornarem ineficazes.

## **ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

A Constituição Federal somente será efetivamente cumprida quando a atuação dos poderes por ela constituídos forem executados de maneira integral, preenchendo os espaços vazios, propositalmente deixados pelo constituinte para serem posteriormente completados pelo legislador infraconstitucional, de acordo com as necessidades da população.

Quando o órgão é incumbido pela Constituição de realizar um ato e mesmo assim se permanece inerte, tal inércia constitui violação à própria Constituição de forma omissiva.

Para suprir as omissões inconstitucionais, bem como retirar do ordenamento jurídico, leis ou atos normativos contrários à Constituição, existe a fiscalização por intermédio do controle da constitucionalidade.

Quaisquer dos três poderes - o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário podem apresentar comportamento omissivo face à Constituição.

É omissa o Poder Legislativo quando deixa de elaborar a lei necessária para efetivar a aplicabilidade da norma constitucional. No que se refere ao Poder Executivo, o mesmo é omissa quando recebe da Constituição poderes para expedir regulamentos visando a execução das leis integrativas e não o faz. E por derradeiro, o Poder Judiciário pode ser omissa quando da denegação da Justiça, ou seja, quando não exercer o seu papel de busca pela Justiça, bem como quando retarda o julgamento de casos levados à sua apreciação.

A omissão combatida pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão diz respeito aos poderes Legislativo e Executivo.

## **2 DIREITO COMPARADO**

Segundo estudos realizados, o primeiro país a prever o instituto da inconstitucionalidade por omissão foi a antiga Iugoslávia no ano de 1.974.

Dois anos após, a primeira aparição do instituto, Portugal regulamentou a matéria em sua Constituição. No texto original de 1.976 a declaração da inconstitucionalidade por omissão tinha um caráter essencialmente político. Entretanto, em 1.982 houve uma importante revisão constitucional que modificou também o instituto da inconstitucionalidade por omissão, retirando-a do campo preferencialmente político e levando-a ao campo jurisdicional.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão prevista pela Constituição de Portugal, também não há obrigatoriedade de o Poder Legislativo suprir a omissão declarada, o que se procura é dar-lhe ciência de sua existência, não havendo por parte do Tribunal Constitucional qualquer tipo de coação face à permanência do órgão legislativo na inércia.

Já a Argentina possui um sistema um pouco diferenciado daquele visto até o presente momento, isto se dá pelo fato deste país ter sofrido uma forte influência do direito alemão e hispânico. O direito argentino ao tratar da omissão constitucional confere ao *Superior Tribunal de Justicia* competência para conhecer de ações que tenham por objeto o não cumprimento de um preceito ditado por uma norma da qual deriva um dever concreto a cargo da Província ou de seus Municípios.

Na Argentina, existe a chamada *Acción de Amparo* que pode ser proposta no caso de omissão por parte daquele que era obrigado a executar um ato concreto e se queda inerte, como também contra quem deve pronunciar uma decisão e não o faz. O *Superior Tribunal de Justicia* ao declarar a omissão, integra a ordem normativa ao caso concreto, garantindo a satisfação do indivíduo que se sentiu prejudicado em seu direito pessoal ou coletivo. Tal integração permanece nas fronteiras do caso concreto, sem alcançar a todos. Caso isto não seja possível, será concedida uma indenização em favor da pessoa que foi prejudicada pela inércia pública. Entretanto, tal situação somente ocorrerá em última hipótese.

Na Espanha não existe uma ação de inconstitucionalidade por omissão, uma vez o recurso contra a inconstitucionalidade está reduzido ao campo das leis que contradizem a Constituição, demonstrando que neste país trata-se somente dos atos positivos e não das omissões. Alguns estudiosos do direito espanhol entendem que o chamado Recurso de Amparo é capaz de solucionar as questões referentes às omissões inconstitucionais, pois visa proteger o indivíduo contra a violação de direitos e liberdades públicas face à omissão do legislador. Apesar de não dispor expressamente em sua Constituição de uma ação que visa coibir a omissão inconstitucional, no sistema espanhol a ação denominada Recurso de Amparo visa suprir à omissão do legislador que está impossibilitando a pessoa de exercer seus direitos ou liberdades públicas.

Assim, como na Espanha, outros países como a Alemanha, Itália e França não possuem previsão constitucional de uma ação específica sobre omissão inconstitucional. Entretanto, passaram a reconhecer em sede jurisprudencial tal instituto.

### **3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

É o instrumento de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão, voltado a preencher de forma geral e abstrata, as lacunas inconstitucionais do ordenamento jurídico. A omissão de atos normativos de cunho administrativo também pode ser alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, uma vez que o próprio texto constitucional menciona *Poder competente ou órgão administrativo*.

Não é qualquer omissão que pode legitimar a propositura da ação junto ao Supremo Tribunal Federal, mas aquelas ausências de medidas de cunho normativo, ou seja, aquelas que prescrevem regras gerais e abstratas.

## ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A ação que visa impedir a omissão em casos concretos, citando como exemplo a ação governamental obrigada a realizar obras, tarefas, programas administrativos, não realizados pelos órgãos competentes estão fora do âmbito de propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Michel Temer discorre sobre este assunto em sua obra e menciona que a jurisprudência tem fixado entendimento no sentido *de que na ação direta por inconstitucionalidade por omissão objetiva-se a expedição de ato normativo necessário ao cumprimento de preceito constitucional fundamental que sem ele não poderia ser aplicado*. O autor cita uma jurisprudência que trata de tal assunto:

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Propositura visando prática de ato administrativo em caso concreto, cuja omissão ofende preceitos constitucionais – Descabimento – Possibilidade de ajuizamento somente se se objetivar a expedição de ato normativo necessário ao cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado – Seguimento negado – Inteligência e aplicação dos arts. 102, I e 103, §2º, da CF. (AdIn 19-5, DJU 14.4.89, in. RT 645/184). (1999, p. 54).

Conforme anteriormente prescrito, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão esta prevista no art. 103, § 2º, da Constituição Federal. Neste dispositivo prevê-se a omissão tanto por parte do legislador como do administrador omisso.

Uma das poucas diferenças encontradas entre os institutos que combate a omissão inconstitucional no direito brasileiro e no português é o fato de que no direito brasileiro busca-se combater a omissão legislativa e administrativa e o direito português combate somente a omissão legislativa.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é uma ação que visa restabelecer a harmonia do sistema que não está sendo cumprido, uma vez que o órgão responsável pela edição da lei ou ato permanece omisso. Por se tratar de ação, possui os três elementos a ela inerentes, ou seja, autor, réu e juiz.

Tem-se como autor aqueles legitimados pelo art. 103 que são: *o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa; o Governador de Estado; 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*.

Ressalta-se que tais entes são legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade em suas duas modalidades, por ação ou por omissão. A figura do réu é representada pelo órgão responsável em agir e não o faz, justamente por causa de sua inércia é que se acarreta a omissão inconstitucional, violando assim os ditames constitucionais.

A Constituição Federal de 1.988 elegeu como o órgão competente para apreciar e declarar a omissão inconstitucional o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que em se tratando de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não se faz necessária a participação do Advogado Geral da União (defensores do texto impugnado em Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Ação), vez que a razão de ser da ação é justamente a falta de lei ou ato normativo e por tal motivo não há o que se defender.

Por ser uma ação que declara a inconstitucionalidade em tese, seus efeitos são produzidos *erga omnes*, pois se aproveita a todos e *ex nunc*, uma vez que começa a existir a partir do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal também decidiu pela impossibilidade de concessão de liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão em razão da própria incompatibilidade com o instituto. Michel Temer em sua obra, transcreve ementa de um acórdão que trata deste assunto, que foi objeto da ADIn 361-5.

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Liminar. É incompatível com o objeto mediato da referida demanda a concessão de liminar. Se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar no afastamento da omissão, o que se dirá quanto ao exame preliminar. (1999, p. 60).

Devido à influência do Direito Português, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão prevista na Constituição Federal também não obriga o órgão omissor a editar a norma faltante, simplesmente lhe dá ciência de sua inércia.

No tocante à omissão do Poder Legislativo, a decisão do Supremo Tribunal Federal que julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é meramente declaratória. Não há prazo para cumprimento do dever, o Poder Legislativo possui uma liberdade de conformação legislativa. Não há possibilidade de o Poder Judiciário dispor sobre o assunto, editando o preceito faltante, porque se assim fizesse estaria ferindo o princípio da Separação dos Poderes.

Não há previsão de sanção caso não seja editada a norma, o que se busca é um dever moral do Legislador em suprir a omissão, mas não há uma imposição por parte do Supremo.

Segundo entendimento de vários juristas, apesar de não haver previsão de sanção ao Poder Legislativo que se queda inerte, aquele que se sentir lesado pela omissão inconstitucional pode pleitear uma indenização por perdas e danos.

Declarada a omissão inconstitucional do órgão administrativo, este tem o dever de suprir a ausência em 30 dias. Neste caso a decisão do Supremo tem efeito mandamental e o órgão administrativo não possui a liberdade dada ao Poder Legislativo. Há uma verdadeira ordem judicial que deve ser efetivamente cumprida. Se após o decurso do prazo, o órgão administrativo se mantiver inerte, é possível se caracterizar crime de responsabilidade em virtude do ato omissivo atentar contra decisão judicial. (art. 85, VII, CF).

#### 4 ASPECTOS CONTROVERTIDOS

## **ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

No decorrer deste estudo, ficou visível que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão legislativa, encontra barreiras e a sua aplicação fica inviabilizada, pois o único capaz de suprir a omissão é o próprio Poder Legislativo.

A omissão revela-se uma questão mais política do que jurídica, pois como não se pode obrigar o legislador a legislar, tal instrumento tem caráter meramente declaratório e não impositivo, servindo-se apenas como mecanismo de denúncia sobre legisladores que não cumprem o seu dever.

A grande missão do Poder Judiciário, no tocante a declaração da inconstitucionalidade por omissão é afastar com a máxima eficiência a violação à Constituição. Entretanto, certamente em prol do princípio da Separação dos Poderes a impossibilidade de o Poder Judiciário suprir a omissão deixada Poder Legislativo acaba por comprometer o princípio da prevalência da Constituição.

Partindo-se do pressuposto que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão serve somente como instrumento através do qual se obtém a declaração da inconstitucionalidade por omissão como também se dá ciência ao legislador de sua inércia, conclui-se que este mecanismo se torna insuficiente e insatisfatório, uma vez que não tem o condão de suprir plenamente a omissão inconstitucional. O Supremo Tribunal Federal não tem nenhum poder para obrigar o legislador a regulamentar a norma faltante. Sua participação seria efetivamente eficaz, caso fosse possível, quando da declaração da inconstitucionalidade por omissão, a fixação de um prazo para o legislador omisso suprir sua inércia, para assim conferir efetividade à norma constitucional.

Após o decurso deste prazo, sem que o legislador tomasse qualquer providência, poderia o Supremo Tribunal Federal, em casos em que a atuação do legislador fosse absolutamente imprescindível, dispor normativamente sobre a matéria, em caráter provisório, até que o legislador regulamentasse a norma faltante.

Desta forma, ainda que em caráter precário e provisório, o princípio da supremacia da Constituição estaria sendo cumprido, não se vislumbrando o descumprimento do princípio da separação dos poderes, uma vez que declarada a inconstitucionalidade por omissão seria concedido ao legislador um prazo razoável para que fossem adotadas as medidas cabíveis, somente na hipótese de o legislador permanecer inerte mesmo após o término deste prazo é que seria permitido ao Supremo, caso fosse necessário, expedir decisão normativa provisória a fim de conceder aplicabilidade ao preceito constitucional.

Assim, como é possível ao Poder Executivo legislar por meio de medida provisória em caso de relevância e urgência, o que se sugere é a possibilidade, em caso de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, de o Poder Judiciário suprir provisoriamente a omissão, até que esta seja definitivamente suprida pelo órgão competente.

Desta forma, estaria viabilizando o cumprimento da Constituição, afastando a omissão inconstitucional que compromete a sua aplicação integral.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Concluí-se que o constituinte adicionou sabiamente o instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão na Constituição vigente justamente para garantir sua integral efetividade, evitando as omissões inconstitucionais.

Entretanto, a não previsão de sanções em face ao descumprimento do poder de legislar tornou este instituto vazio, vez que através dele não se consegue atender sua função primordial, que é garantir o cumprimento integral da Constituição.

O fato de o Poder Legislativo ter liberdade discricionária de optar em editar ou não a norma infraconstitucional é que impede a concreta realização da Ação Direta da Inconstitucionalidade por Omissão, pois não lhe oferece nenhuma obrigatoriedade de suprimento da omissão, muito menos implica em nenhuma sanção.

Tem-se, desta forma, somente um dever moral e não um dever real, ficando a cargo da consciência do legislador a busca pela completa aplicação da Lei Suprema.

## **REFERÊNCIAS**

ARAUJO, Luis Alberto; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luis Alberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1999

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRARI, Maria M. Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1.997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2.000.

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR  
OMISSÃO**

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Juarez de Oliveira, 2.000.

OLIVEIRA, Juarez de. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2.002.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Controle concentrado de inconstitucionalidade das leis no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos, 2.000.

RODRIGUES, José J. Fernandes. **La inconstitucionalidad por omisión**. Madri: Editorial Civitas S.A, 1999

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1.998.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo, Malheiros, 1.998.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1.999.