INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: UMA PROPOSTA PARA A CONSTITUINTE*

ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ**

1. Introdução; 2. A missão constitucional dos poderes constituídos; 3. O descumprimento, pelos poderes constituídos, de dever constitucional; 4. A configuração da "omissão" dos poderes constituídos como "inconstitucionalidade"; 5. Os meios de controle da "inconstitucionalidade por omissão"; 6. Conclusão.

1. *Introdução*

Há questões que, não obstante sua inegável importância para a normalidade constitucional de um estado, são pouco cuidadas pela doutrina e raramente logram tratamento no direito constitucional legislado.

Dentre essas cabe acentuar uma que, recentemente, tem suscitado maior atenção dos constitucionalistas. Trata-se da chamada "omissão" ou "inércia" dos poderes estatais. A Constituição — Lei Maior — não é efetivamente cumprida e aplicada; por vezes é mesmo esquecida, gerando, como salienta Karl Loewenstein, "a desvalorização da Constituição escrita na democracia ocidental".[1]

A necessária correção desse fenômeno exsurge, de modo evidente e até intuitivo, para quantos se detêm a pensar sobre a matéria, seja o estudioso dos problemas constitucionais, seja o cidadão comum, que, na realidade, é o principal interessado e beneficiário das normas constitucionais.

Em que pese, todavia, à clara percepção do fenômeno, não há respostas prontas e simples para superá-lo.

O esquema institucional de estruturação de poder, particularmente no presidencialismo, rejeita a idéia de órgão supra-estatal, acima dos poderes e encarregados de controlar sua ação. Órgão dessa natureza afetaria, sem dúvida, o delicado jogo de harmonia e independência entre os poderes, pressupostos de tal estruturação, pois cada poder desenvolve suas atribuições constitucionais sem a interferência de outro poder e, nessa atuação, é "insindicável".

Não obstante, contudo, as dificuldades que se reconhecem profundas, não se deve, a nosso ver, afastar o exame da problemática. Impõe-se encontrar soluções que, sem quebra do equilíbrio institucional entre os poderes, evitem ou impeçam as "omissões" dos poderes constituídos, até porque, de outra forma, de nada valerá a Lei Maior, ainda que legítima e solenemente promulgada. A eficiência da

* Comunicação à I Semana do Direito. Unesp, *campus* de Franca. Publicado originariamente na *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, 23(89), jan./mar. 1986.

** Professora assistente; doutora da Faculdade de Direito da USP e da Unesp.

1 Loewenstein, Karl. *Teoría de la constitución*. trad., Barcelona, Ariel, 1970. p. 222.

ação governamental — impõe-se reconhecer — é condição necessária para a efetiva aplicação das normas constitucionais.

Esse artigo pretende, pois, levantar a questão para uma análise mais aprofundada da Constituinte, que, em vias de se instalar no Brasil, visa à elaboração de novo ordenamento institucional para o País.

Não se esgotará o exame do tema no cenário dos debates constituintes. Complexo e difícil, rico em seus desdobramentos e de profunda importância teórica e prática, merece ele figurar no temário de futuras "Semamas do Direito", quando, talvez, se possa examiná-lo de modo mais aprofundado, já a nível de direito comparado, mediante a participação de representantes de outros sistemas constitucionais, que poderiam aqui trazer a experiência de seus países.

Dispensável salientar que este artigo, por sua própria natureza, resume alguns dos aspectos principais do tema, conforme segue.

2. *A missão constitucional dos poderes constituídos*

2.1 A Constituição, obra de um poder mais alto, solenemente promulgada, destina-se a ser efetivamente observada, cumprida e aplicada. Não basta, observa José Afonso da Silva, "ter uma Constituição promulgada e formalmente vigente", impende atuá-la, completando-lhe a eficácia para que seja totalmente cumprida".[2]

2.2 Ora, a Constituição é, em si, obra incompleta, inacabada. Não esgota, e nem pode pretender esgotar toda a matéria que encerra. O seu conteúdo fundamental, por mais minucioso e abrangente que seja, é sempre forçosamente genérico e sintético. Em verdade, não pode o constituinte regular tudo diretamente e nem é oportuno que o faça.

De resto, recomendam a teoria e a prática que "o estatuto supremo deve condensar princípios e normas asseguradores do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de se tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável à época e circunstância diversas, destinado, como é, à longevidade excepcional".[3]

2.3 É inevitável, portanto, que a Constituição deixe um enorme espaço aberto a exigir seu preenchimento pela atuação dos poderes constituídos. Somente com a efetiva ação desses poderes será a Carta Magna plenamente aplicada.

2.4 Várias e diferentes categorias de normas constitucionias exigem ulterior atuação dos poderes constituídos. Basta, para exemplificar, lembrar a chamada categoria das "normas programáticas", tão freqüentes nos textos constitucionais e que desempenham relevante papel na ordem jurídico-constitucional do País.[4]

[2] Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985. p. 212.
[3] Maximiliano, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro, Ed. Jacinto Ribeiro dos Santos, 1981. p. 99.
[4] Para exame dessa classificação das normas constitucionais, ver Silva, José Afonso da. op. cit.

São programáticas aquelas normas constitucionais que, indicando fins a serem perseguidos, valores a serem atingidos, exigem e impõem a atuação dos poderes estatais. Postulam elas uma ulterior legislação ou atos dos poderes públicos para sua efetiva aplicação.

Pertencem a essa categoria, por exemplo, as normas constantes dos arts. 153, §§ 32, 163 e 178 etc., da Constituição em vigor.

Veja-se, para clarear bem o assunto, o texto das normas referidas:

"Art. 153, § 32. Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei"; "Art. 178, parágrafo único. O poder público incentivará a pesquisa e o ensino científico e tecnológico."

2.5 Vê-se, pois, que os poderes constituídos, e, note-se, qualquer deles — Legislativo, Executivo ou Judiciário — são freqüentemente incumbidos, pela própria Constituição, de dar efetiva aplicação ao seu comando impositivo. A norma constitucional traça fins, aponta metas, adota valores, institui órgãos etc., e deixa aos poderes constituídos a tarefa de, desdobrando seus preceitos, aplicá-la efetivamente.

2.6 Em resumo, a Carta Magna de um estado contém um conjunto de normas positivas que exigem deste e dos seus órgãos uma ação que tanto pode traduzir-se na edição de uma lei, na prática de um ato, como em outra medida qualquer. Trata-se, pois, de missão constitucional que se reveste das características de "poder-dever", com todas as conseqüências decorrentes dessa conotação.

3. *O descumprimento, pelos poderes constituídos, de dever constitucional*

3.1 Nem sempre, todavia, um poder ou órgão governamental exercita a competência que lhe é constitucionalmente atribuída. Descumpre, pois, seu dever constitucional.

Caracteriza tal descumprimento uma "omissão" no plano constitucional quando um poder ou órgão recebe competência diretamente da Constituição para agir e não o faz. Permanece inerte e, em conseqüência, resta inaplicada a disposição constitucional que exigia sua atuação.

Configura-se, assim, a inércia constitucional quando há inatividade consciente na aplicação da Constituição, ou seja, quando uma disposição constitucional deixa de ser plenamente eficaz por falta de atuação do poder competente para esse fim.

É o que sucede, por exemplo, quando o Poder Legislativo recebe competência para integrar ou complementar uma norma constitucional e, todavia, não legisla; ou quando o Poder Executivo recebe, diretamente da Constituição, competência para expedir regulamentos visando à execução da lei que, não aplicada, torna letra morta o texto constitucional.

Observe-se que a "omissão" não "revoga" o dever e o direito do Congresso à elaboração de tais leis, nem revoga o direito e o dever do Executivo de expedir sua regulamentação; constitui, apenas, uma lamentável falha, e caracteriza a ausência de senso de responsabilidade e lealdade para com os cidadãos e os eleitores que configuram, pelo voto, aos exercentes dos Poderes Legislativo e Executivo, a missão de cumprir e fazer cumprir a lei consagrada como "fundamental" para reger os destinos do País.

4. *A configuração da "omissão" dos poderes constituídos como "inconstitucionalidade"*

4.1 A "omissão" (ou a "inércia") dos poderes constituídos contraria a Constituição, tanto como a contrariam atos praticados afrontando seus preceitos e normas.

Com efeito, uma Constituição nasce para ser aplicada, para ser cumprida, já vimos. Toda ação ou omissão que obstaculize a aplicação da norma constitucional é com ela incompatível.

Assim, o princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas às ações contrárias à Constituição; abrange, também, as "omissões" ou a "inércia" dos poderes constituídos.

Impõe-se, portanto, a nível de direito constitucional legislado, caracterizar tal "omissão" como "inconstitucionalidade" para que nenhuma dúvida subsista a respeito dessa conotação.

Tão importante quanto fulminar, no texto constitucional, por inconstitucionais, as ações contrárias à Constituição, é fulminar, igualmente, as "omissões" dos poderes constituídos que a tornam letra morta. Cumpre, pois, ao constituinte, não apenas impedir seja a Constituição violada, como, também, exigir seja ela efetivamente aplicada.

4.2 Assim, e como primeiro passo para superar o fenômeno, a Constituição, ao lado dos sistemas de defesa e controle de constitucionalidade de atos que contrariam suas normas e preceitos — o chamado "sistema positivo de controle" — deve prever o controle de constitucionalidade "negativo", isto é, o controle de constitucionalidade das "omissões constitucionais", abrigando em seu texto a figura da "inconstitucionalidade por omissão".

É oportuno lembrar que a idéia não é nova. A Constituição de Portugal cuidou de introduzir a figura da "inconstitucionalidade por omissão" em seu art. 279 (redação original), ainda que só cuidando, nesse dispositivo, do descumprimento da Lei Maior por "omissão" de medidas legislativas necessárias para tornar exeqüíveis as normas constitucionais.[5]

5. *Os meios de controle da "inconstitucionalidade por omissão"*

5.1 A configuração da "omissão" dos poderes constituídos como "inconstitucionalidade" a nível de princípio constitucional não será, contudo, suficiente para superar a inaplicação da Constituição. Torna-se necessário criar o sistema de controle, isto é, indicar os meios para efetivar o controle da constitucionalidade por "omissão" e nisso, sem dúvida, residem as dificuldades.

De vários modos e em diferentes situações é possível constatar quando um poder ou órgão governamental deixa de cumprir dever constitucional, omite-se.

Analisaremos, a título de exemplo, três dos casos de "inconstitucionalidade por omissão" mais facilmente identificáveis: a omissão do legislador que não elabora

[5] Cf., a propósito, a atual situação da fiscalização desse tipo de inconstitucionalidade na obra de Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional.* 2. ed. Revista Coimbra Ed., 1983, t. 2. O autor comenta os arts. 122 e 283 da Constituição de Portugal, após a revisão constitucional de 1982, que extinguiu o Conselho da Revolução.

as medidas legislativas requeridas ou previstas em dispositivos constitucionais; a omissão dos poderes constituídos na prática de atos impostos pela Constituição e a omissão do Poder Executivo caracterizada pela não-expedição de regulamentos de execução das leis.

5.2 Desses casos, o de mais difícil controle é, inegavelmente, a "omissão" ou a "inércia" do legislador.

As Constituições, como vimos, demandam em regra profunda e intensa atividade do Poder Legislativo para sua aplicação efetiva. A prática constitucional revela, lamentavelmente, constantes omissões do legislador.

Karl Loewenstein aponta grande número de disposições constitucionais que restaram inertes, sem aplicação, em razão de omissão ou inatividade do legislador, nas constituições da Itália, da Alemanha e dos EUA.[6]

A inatividade legislativa é particularmente notada na Itália. Biscaretti Di Ruffia investe vigorosamente contra o fato, mencionando os graves problemas decorrentes da omissão ou retardamento do legislador em disciplinar órgãos previstos na Constituição e cita: "A Corte Constitucional somente foi regulamentada em 1955, o Conselho Nacional de Economia e do Trabalho e o Conselho Superior da Magistratura em 1958 e, em 1966, várias instituições ainda não haviam sido reguladas, tais como a 'Região de Estatuto Especial'. De outro lado, inúmeros dispositivos constitucionais permaneciam, em 1966, inertes: assim, o art. 30 (registro de sindicatos), o art. 40 (disciplina do direito de greve etc.").[7]

Também a Suíça revela exemplos marcantes de inércia do legislador.[8]

Quiroga Lavié, analisando as mudanças constitucionais, na América Latina, acentua o sentido democrático da ação popular, adotada em vários países, porém de pouco uso efetivo e observa que, no Peru, a ação foi criada em 1933 e ficou sem aplicação até 1963, por falta de regulamentação legal.[9]

Não foge ao fenômeno a experiência constitucional brasileira. A Constituição de 1946 permaneceu, em grande parte, sem aplicação, porque o Poder Legislativo não editou as normas complementares necessárias à plena eficácia de várias de suas disposições. Por outro lado, leis de importância fundamental, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, tiveram sua aprovação retardada durante longos anos.[10]

A Constituição em vigor, prestes a ser substituída, editada há quase 20 anos, contém inúmeros dispositivos ainda dependentes de medida legislativa. Exemplifique-se com o art. 142, § 1.º.

Por outro lado, várias disposições tiveram suas leis complementares ou integrativas retardadas por tempo prolongado, produzindo conseqüências danosas à boa gestão dos negócios públicos.

[6] Loewenstein, Karl. op. cit. p. 226. Observe-se que a obra de Loewenstein, na edição consultada, é de 1970, e a Lei Fundamental de Bonn é de 1949.

[7] Di Ruffia, Biscaretti. *La constitution comme loi fondamentale dans les états socialistes*. Turim, Institut Universitaire d'Études Européennes, 1966. p. 40-1. A obra do autor é de 1966 e a Constituição italiana é de 1947.

[8] Aubert, Jean-François. *Traité de droit constitutionnel*. Paris, Dalloz, v. 1, p. 123; Bridel, Marcel. *Précis de droit constitutionnel et public suisse*. Lausanne, Payot, 1965. Observe-se que a obra de Marcel Bridel data de 1965.

[9] Lavié, Quiroga, *Los cambios constitucionales*. México, Unaman, 1977. p. 132.

[10] A Lei de Diretrizes e Bases, no Brasil, foi aprovada em 1961, 15 anos após a promulgação da Constituição de 1946.

Veja-se, por exemplo, o art. 45, que dispõe sobre a fiscalização, pelo Poder Legislativo, dos atos do Poder Executivo, que só recentemente foi regulamentado.

O fenômeno atinge, por igual, os estados-membros.

Para exemplificar, basta lembrar os efeitos perniciosos causados pela expedição, longamente retardada no estado de São Paulo, da lei de que trata o art. 106 da Constituição federal. A não-definição do regime especial de servidores públicos, aí prevista, levou à admissão dos famigerados "servidores a título precário".

No campo do ensino, especialmente, essa situação gerou problemas quase insanáveis para a educação. Inexistindo a lei referida, não exercitando o Executivo, conforme lhe competia, a iniciativa para criar cargos públicos, inúmeros docentes do ensino de 1.º e 2.º graus foram admitidos "a título precário". Perderam, com isso, os alunos, que não tiveram professores adequadamente selecionados; perderam os docentes admitidos, porque desprovidos de garantias mínimas no trabalho; perderam os diplomados, de modo geral, porque não puderam concorrer a cargos públicos de professor, inexistentes.

Nesse exemplo, vêem-se as conseqüências do retardamento da disciplina de um dispositivo constitucional e da inércia do Poder Executivo em propor projeto de lei de sua exclusiva iniciativa, em que pese, fosse evidente à época, a necessidade da criação de cargos já que inúmeros eram os docentes admitidos "a título precário".

Observe-se que, nesses casos, o Poder Judiciário nada poderia fazer, pois não lhe era dado constranger o legislador a legislar.

Inúmeros exemplos de inatividade ou retardamento da ação legislativa são encontrados na prática constitucional brasileira, quer a nível estadual.

5.3 Como constranger o legislador a legislar?

Nos sistemas constitucionais contemporâneos não há, na realidade, fórmulas adequadas para tanto. Nem sequer a fixação de prazos, na Constituição, produz resultados. Isto porque, a par da fixação de prazos, as constituições em regra não legitimam ninguém para o exercício de uma pretensão jurídica, objetivando o adimplemento dessa prestação positiva por parte dos órgãos legislativos. É, aliás, o que afirma José Afonso da Silva:

"Não é possível constranger o legislador a cumprir prazos. Se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional, mas este é insindicável e incontrolável jurídica e jurisdicionalmente", acrescentando "primeiro, porque, como adverte Levi, ninguém é legitimado para o exercício de uma pretensão jurídica objetivando o adimplemento de tal prestação por parte dos órgãos legislativos, isto é, ninguém tem o direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, ainda que determinada no texto da Constituição; segundo, e, conseqüentemente, porque a omissão se revela uma *questão política,* que escapa à apreciação jurídica."[11]

A própria Constituição de Portugal, de 1976, precitada, embora tenha instituído a figura da "inconstitucionalidade por omissão" do legislador, não criou, contudo, meio eficiente para controlar tal inconstitucionalidade, na medida em que

[11] Silva, José Afonso da. op. cit. p. 118.

atribuiu ao Conselho da Revolução (órgão já extinto) mera competência, para "emitir recomendações aos órgãos legislativos" visando a sanar a omissão. O Conselho da Revolução não substituía, pois, os órgãos legislativos competentes, isto é, não lhe foi dada a função de "legislar", nem de tomar qualquer iniciativa legislativa mediante a apresentação de propostas de lei; igualmente, as "recomendações" não podiam conter diretivas materiais, isto é, indicar o sentido da legislação, limitando-se, portanto, a verificar a omissão e a reclamar uma ação legislativa para cumprimento de determinadas normas da Constituição. Percebe-se, pois, que o cumprimento das "recomendações" do Conselho da Revolução estava diretamente ligado à força política ou suasória deste órgão; não havendo sanção jurídica para a inércia legislativa, percebe-se a ineficiência do dispositivo constitucional.[12]

5.4 Nada obstaculizaria, contudo, que o constituinte sujeitasse a prazo a legislação complementar ou integrativa da Constituição e cominasse a inobservância desse prazo com sanções políticas ou de outra natureza.

Assim, por exemplo, nos casos de iniciativa legislativa do Executivo, poder-se-ia tipificar a inércia deste como "crime de responsabilidade".

Por outro lado, nada impede se adotem os mecanismos existentes em diversos sistemas constitucionais, tais como a iniciativa popular, a iniciativa legislativa dos estados-membros (nos estados federais, para casos em que a norma constitucional lhes interesse diretamente), a iniciativa legislativa de entidades e associações, como meio de suprir a omissão do legislador.

Impõe-se, portanto, ao constituinte, atuar de modo criativo, no sentido de encontrar os meios adequados para sanar a "inconstitucionalidade por omissão" do legislador.

5.5 A "inconstitucionalidade por omissão" de prática de ato atribuído a qualquer dos poderes parece ser de solução mais simples.

Omite-se o Poder Legislativo, por exemplo, quando, cabendo-lhe aprovar ou negar aprovação para preenchimento de certos cargos previstos na Constituição, não o faz, utilizando-se de manobras políticas que logram evitar o exame ou a discussão da matéria.

A Constituição federal brasileira exige a aprovação do Senado federal nos casos de nomeação de membros do Supremo Tribunal Federal (STF), de ministros do Tribunal de Contas, do governador do Distrito Federal e outros, mas não fixa prazo para o exercício desta atividade (art. 42, III). Por igual, a Constituição paulista condicionava a nomeação do prefeito da capital à aprovação da Assembléia Legislativa, sem fixar prazo; e assim também disciplinava no tocante à aprovação da nomeação dos dirigentes de autarquias estaduais. A experiência revelou exemplos de inércia ou omissão relativamente à prática desses atos.

Em passado não muito remoto, a Assembléia Legislativa do estado, por motivos políticos, omitiu-se, isto é, não incluiu na pauta, não aprovou e não rejeitou, por um período prolongado de mais de dois anos, todas as nomeações de diri-

[12] Ver nota 5.

gentes de autarquia estadual que lhe foram encaminhadas pelo governo do estado.[13]

A omissão do Executivo, no tocante à prática de atos previstos na Constituição, é também freqüente.

Relativamente a essa modalidade de inércia, o modo mais utilizado para impedir o descumprimento de dever constitucional, nos sistemas presidencialistas, é, ainda, a tipificação do ato ou omissão como *crime de responsabilidade.* Nos sistemas parlamentaristas, a responsabilidade do governo apura-se mediante mecanismos tais como o voto de desconfiança, que acarreta a destituição do primeiro-ministro ou do gabinete de ministros.

Ora, a inércia, nesses casos, poderá ser corrigida mediante o estabelecimento de sanções específicas, como, por exemplo, a edição do ato *ad referendum* do poder competente para revê-lo, a aprovação do ato pelo razoável decurso de prazo sem deliberação do poder competente para homologá-lo etc.

5.6 A inércia do Poder Executivo no exercício do poder regulamentar, sumamente perniciosa à vida constitucional dos estados, tem suscitado polêmicas e, não raro, é submetida a soluções nem sempre eficazes.

Não é a doutrina uniforme quanto à amplitude da discricionaridade do exercício do poder regulamentar. Discute-se, por exemplo, se o Poder Executivo é obrigado a expedir regulamentos, se é possível a lei fixar prazo, isto é, determinar o momento ou o período para a expedição do regulamento etc. A resposta à primeira indagação deve ser afirmativa. Sempre que a lei tiver que ser regulamentada, para ser aplicada, existe poder-dever do órgão competente para lhe dar execução, regulamentá-la. No tocante à fixação de prazos para regulamentá-la, posicionam-se, de um lado, os que entendem inconstitucional o estabelecimento de qualquer prazo para regulamentação de leis;[14] de outro lado, posicionam-se os que consideram constitucional a fixação de prazo para expedição de regulamentos.[15]

Qualquer que seja a posição adotada, o fato é que a questão da "inércia" do exercício da atividade constitucional administrativa há de ser contornada por

[13] Ver notícia em *O Estado de São Paulo,* de 18 de novembro de 1981, sob o título STF decide: nomeação para autarquia é livre. Graças a manobras políticas, garantidas por uma oposição majoritária, o assunto não entra em pauta e não é submetido a aprovação ou rejeição durante longo tempo, permanecendo acéfalas várias autarquias, o que provocou graves perturbações na continuidade administrativa dos órgãos. Esse foi um dos fatores que levaram o governo do estado a solicitar ao procurador-geral da República argüição da inconstitucionalidade do artigo da Constituição que previa tal exigência (art. 17, X) e que acabou sendo declarado inconstitucional pelo STF (Rp. n.º 1.089-1/SP, 26.10.81). Observe-se que o preceito, ora declarado inconstitucional, figura nas constituições paulistas desde a Constituição de 1947.

[14] Vanossi, Jorge Reinaldo. *Teoria constitucional.* Buenos Aires, Depalma, 19/6, v. 2, p. 7. O autor menciona decisão da Corte Suprema argentina, considerando incabível fixar prazo para cumprimento de leis, por força do princípio de separação de poderes. Nessa posição, também Diógenes Gasparini analisa a matéria em face da Constituição brasileira. Considera o autor que a Constituição arrolou, de forma exaustiva e expressa, todos os possíveis casos de fixação de prazo, não incluindo, dentre esses, dispositivos admitindo prazos para regulamentação de lei pelo Executivo; acrescenta, ainda, como argumento em defesa de sua tese, que a previsão desse tipo de prazo seria uma imposição indevida de encargo ao Executivo.

[15] Cf., favorável a essa posição, Ferreira, Milton Gonçalves. *Do regulamento e do poder regulamentar.* Maceió, Casa Ramalho, 1957.

mecanismos constitucionais próprios, que não apenas a fixação constitucional de prazo, em especial quanto à expedição de decretos de regulamentação. É imperioso que se cogite desses tipos de mecanismos para evitar prejuízos graves à ordem constitucional e aos administrados.

Observe-se, por exemplo, a instituição do *ombudsman,* adotada inicialmente na Suécia e irradiada para outros países, com a nítida atribuição de controlar a execução das leis e proteger os administrados diante de sua inexecução, que pode, inclusive, consistir na ausência dos competentes regulamentos.

Por igual, deve ser mencionado, no sistema francês, a figura do *médiateur,* introduzida em 1973, com funções análogas;[16] ou do provedor da Justiça, em Portugal, cuja função, nos termos do art. 24 da Constituição de 1976, é a de receber "queixas por ações ou omissões dos poderes públicos".[17]

Não se propõe, para o Brasil, transplante, puro e simples, dessas instituições, mesmo porque elas não são plenamente eficazes para coibir a ausência ou o retardamento abusivo do Poder Executivo na expedição dos regulamentos de execução das leis. São meros exemplos que servem, apenas, para ressaltar o dever do constituinte de encontrar meios adequados à nossa realidade, para evitar ou corrigir a "inconstitucionalidade por omissão" do Executivo, nesses casos.

6. *Conclusão*

Os males advindos da "omissão" dos poderes constituídos diante das disposições constitucionais são evidentes e não podem ser ignorados. Justifica-se, portanto, a nosso ver, afirmar que o tema aqui versado não pode deixar de constar da pauta de discussão dos trabalhos constituintes a serem desenvolvidos em 1987.

Sob dois ângulos, parece-nos, deve a problemática ser considerada:

A concretização do exercício desse controle, reconhecemos, é difícil e complexa, o que, todavia, não justifica, a nosso ver, descarte o constituinte a tentativa de procurar soluções adequadas.

a) de um lado, cabe elevar à categoria de princípio constitucional a figura da "inconstitucionalidade por omissão". Isto porque a inércia no plano constitucional configura procedimento pernicioso à normalidade constitucional, acarretando conseqüências desastrosas à vida constitucional dos estados e arrastando, consigo, a descrença na Constituição. A consagração do princípio, embora não suficiente em si, já terá o condão de abrir caminhos para que se possa exigir a efetiva aplicação constitucional, permitindo maior elasticidade de atuação do Judiciário, inclusive no tocante à "construção jurisprudencial da Constituição";

b) de outro, impõe-se criar meios de controle eficaz dessa modalidade de "inconstitucionalidade".

[16] Cf. Lei n.° 73/76. Malignier, Bernar. *Les fonctions du médiateur*. Paris, Presses Universitaires, 1979.

[17] Cf. Constituição da República portuguesa, anotada por J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Coimbra Ed., 1978. p. 89-90. Trata-se de uma versão do *ombudsman;* ao provedor da Justiça cabe dirigir "recomendações aos órgãos competentes para prevenir e reparar injustiças". Nomeado pela Assembléia da República, com independência assegurada pela Constituição, sua função volta-se principalmente para a fiscalização da administração pública em seu todo.

Dentre os possíveis meios a serem utilizados para o exercício de um controle efetivo, permitimo-nos sugerir, a par daqueles utilizados em outros sistemas constitucionais e possíveis de adoção por compatíveis com a realidade brasileira,[18] os seguintes:

1. A fixação de prazos em matérias de maior relevância, de natureza legislativa ou não, com o estabelecimento de sanções específicas pelo cumprimento do prazo. Em se tratando, por exemplo, de atos dependentes de outro poder, a fórmula adotada poderá ser a edição do ato *ad referendum* do poder competente para revê-lo, atribuindo-se à rejeição efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* conforme a hipótese. Nesses casos, tanto a fixação de prazos como a atribuição de competência para editar atos referendáveis devem ser cercadas de cautelas, para evitar que o instrumento se torne veículo propício à predominância de um poder sobre outro, deturpando-se, desse modo, a finalidade objetivada.

2. Nos casos de omissão de iniciativa legislativa reservada — caso se mantenha tal reserva — poder-se-ia fixar, na Constituição, prazo razoável para o exercício dessa iniciativa (por exemplo, uma sessão legislativa anual). Após o decurso desse prazo, *in albis,* reverter-se-ia a competência da inciativa, que poderia ser atribuída a outro poder. Assim, exemplificando, a inciativa reservada ao Executivo, não-exercitada, no curso da sessão legislativa seguinte poderia ser assumida pelo Poder Legislativo.

3. Por outro lado, poder-se-ia fixar, na Constituição, prazo razoável para expedição de leis complementares, integrativas etc. (por exemplo, a duração de uma legislatura). Decorrido *in albis* esse prazo, atribuir-se-ia ao Executivo competência para expedir "regulamento de execução da norma constitucional", que teria força de lei até que o Poder Legislativo disciplinasse, por lei formal, a matéria.

4. Ainda no tocante a inércia dos poderes constituídos, relativamente ao exercício da função legislativa, poder-se-ia cogitar da:

a) ampliação da participação direta do povo, especialmente a nível local, com as cautelas necessárias, mediante os instrumentos da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo, e incentivo à participação dos órgãos da comunidade;

b) participação dos poderes estaduais, mediante a iniciativa legislativa, no tocante às leis de aplicação constitucional especialmente voltadas para os interesses peculiares do estado-membro.

5. A omissão do Poder Executivo, consubstanciada na ausência da expedição dos regulamentos de execução das leis, poderia ser juridicamente sancionada de vários modos:

a) pela tipificação da "omissão" como "crime de responsabilidade", solução de relativa eficácia, pela conotação política desse instituto e seu procedimento;

b) pela fixação, na Constituição, de prazo razoável para o Executivo expedir o regulamento ou buscar a declaração da "inconstitucionalidade da lei", nos casos em que esse for o fundamento para o descumprimento da norma;

[18] Ferraz, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição.* Tese de doutoramento. Fadusp, 1982. No capítulo 1 do título 3 trata-se da questão da "inércia no plano constitucional" e alinham-se algumas das sugestões ora propostas.

c) para os casos em que a discordância do Executivo, quanto ao cumprimento da lei, decorra de fundamentação de mérito, poder-se-ia, dentro do mesmo prazo anterior, facultar ao Executivo que solicitasse do Legislativo ou submetesse a lei a referendo popular.

6. Para corrigir a "inércia" dos poderes constituídos poder-se-ia cogitar, ainda, da ampliação do alcance dos remédios constitucionais:

a) para abranger os casos de omissão ou inércia dos poderes constituídos — qualquer deles — nas hipóteses que, presentemente, não são neles abrigadas e que, especificamente, envolvam direitos fundamentais e direitos dos administrados;

b) para permitir maior atuação do Poder Judiciário, com vistas à efetiva proteção desses mesmos direitos, eliminando-se algumas das restrições que se lhe impõem e que limitam sua ação na prestação jurisdicional em favor dos titulares de direitos impossibilitados de exercê-los pela inércia dos poderes estatais.

7. As sugestões constantes particularmente dos itens II, III e V, para produzirem efeitos com vistas à efetiva responsabilidade dos detentores do poder diante da inobservância de dever constitucional, implicarão a atribuição, a órgãos específicos, da fiscalização e controle do cumprimento das disposições constitucionais. Para tanto, poder-se-ia incumbir, expressamente, órgãos — tais como a Procuradoria-Geral da República e as Procuradorias-Gerais dos Estados — do exame periódico do desenvolvimento efetivo da atividade legislativa com vistas à aplicação das normas constitucionais e o conseqüente cometimento de competência a órgãos especiais para levantamento e proposição, junto aos poderes competentes de medidas que visem a:

a) edição da norma legal de aplicação da Constituição;

b) reforma do texto constitucional por inoportuno, inviável ou irrealizável, ou no caso de texto transitório, por se ter esgotado pelo cumprimento;

c) inexecução das leis por ausência do competente regulamento. (No tocante às normas programáticas, caberá, como é óbvio, distinguir aquelas cujo conteúdo é inesgotável e que, portanto, por sua própria natureza, demandarão constantemente a atuação do legislador. Veja-se, por exemplo, a norma do art. 180: "O amparo à cultura é dever do Estado".)

O relatório resultante desse exame, além de ser encaminhado aos órgãos competentes omissos, deveria ter ampla publicidade, de modo a se informar a opinião pública relativamente à matéria, permitindo-lhe posicionar-se a respeito.

8. Nos casos em que coubesse, ou em que as medidas sugeridas não fossem, por si, suficientes à fiscalização da omissão, deveria a verificação da existência da "inconstitucionalidade por omissão" ser atribuída a um órgão com função de controle constitucional, de preferência uma Corte Constitucional, que, de resto, em nosso entender, precisaria ser criada. Esta, presentes os pressupostos fixados pela Constituição, particularmente no tocante à omissão do legislador — mediante provocação ou não do procurador da República, dos procuradores-gerais dos estados, de comissões, associações, da iniciativa popular ou do poder interessado —, tomaria conhecimento da inconstitucionalidade e dela daria ciência aos poderes envolvidos, além de dar à sua decisão a publicidade necessária para

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

que se produzissem os efeitos e se desencadeassem os procedimentos previstos na Constituição.

Combinam-se nestas sugestões, como se vê, meios de controle político e jurisdicional, com vistas à efetiva aplicação da Constituição.

Summary

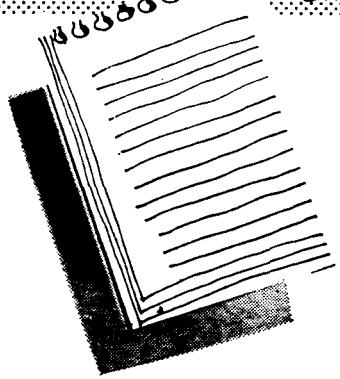
The writer deals with the problem of "omission" or "inertia" of state powers, suggesting the theme for a deeper analysis by the Constitutional Assembly.

It is not her intention to propose an exhaustive examination of the subject during the future constitutional discussion. The issue may still be extremely enriched in the realm of Comparative Law. Then the author lists some of its main aspects: the constitutional mission of vested powers; the unfulfillment by said powers of their constitutional duties; the configuration of "omissions" committed by the vested powers as an "unconstitutionality" and, finally, the means to control "unconstitutionality by omission".

The author stresses that in view of the evils emanating from "omissions" by such vested powers, such matter cannot be left out of the agenda to be discussed during the future Constitutional Assembly activities, taking place in 1987.

Prof. Anna concludes by presenting some suggestions which combine ways of political and jurisdictional control, in order to obtain an effective application of the precepts of the Constitution.

Anote nosso endereço



Livrarias da FGV
- Rio
  Praia de Botafogo, 188
  e Av. Presidente Wilson, 228-A
- São Paulo
  Av. Nove de Julho, 2029
- Brasília
  CLS 104, Bloco A, loja 37