

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Desembargador Federal do TRF da 5a. Região

1. A inconstitucionalidade por omissão vem se caracterizando como novo campo de preocupação da doutrina, sendo também objeto de disciplina por alguns ordenamentos jurídicos modernos, embora em número bastante limitado e voltada, sobretudo, para as chamadas inconstitucionalidades absolutas. Sem dúvida, o tratamento normativo, corretivo, da omissão legislativa a contrariar normas e princípios constitucionais é recente e escasso. **Jorge Miranda**, p. ex., aponta, apenas três Constituições a tratar da questão: a da Iugoslávia de 1974 (art. 377) a Constituição de Portugal de 1976 (art. 283) e a Constituição do Brasil de 1988, esta prevendo uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, parágrafo segundo) como mecanismo de controle abstrato e concentrado e uma autêntica ação constitucional de defesa que é o mandado de injunção (art. 5º, LXXI). Ao lado desses textos, autores como José Manuel M. **Cardoso da Costa** lembram, ainda, a Constituição Polonesa^{1 / 2}. A questão das omissões legislativas não tem, evidentemente, sido objeto de preocupação apenas desses

¹ VII - Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus - Lisboa - 1987 - Relatório Geral de José Manuel M. Cardoso da Costa.

² Nota: Tal controle acha-se previsto na lei polonesa de 29.04.1985, referente ao Tribunal Constitucional polonês:

“Article 5 - Le Tribunal Constitutionnel soumet à la Diète de La République populaire de Pologne et à d’autres organes statuant le droit, ses observation sur les défauts et lacunes juridiques constatés dont l’élimination est nécessaire pour assurer la cohérence du système juridique de la République populaire de Pologne.”

referidos Estados³ que criaram instrumentos para controle da inconstitucionalidade por omissão absoluta que é apenas uma das espécies e não o gênero. Ressalte-se, inclusive, tratar-se de espécie pouco efetiva de controle. Nesse sentido lembraria a recente decisão do Colendo STF na Adin 2061-7 DF (julgamento em 25.04.2001), quando face à omissão do Executivo em encaminhar o projeto de lei previsto no inciso X, do Art.37, da CF/88, resolveu aquela Corte “*assentar a mora do Poder Executivo no encaminhamento do projeto previsto no inciso X, do art.37, da Constituição Federal e determinar a ciência àquele a quem cabe a iniciativa do projeto, ou seja, ao chefe do Poder.*” Verifica-se, pois, tratar-se de ação de pouca efetividade. De qualquer sorte faz-se mister tecer algumas considerações sobre a relevante distinção entre as duas espécies: *omissão relativa e absoluta*.

2. Quanto à distinção entre omissão relativa e absoluta deve-se ressaltar passagem de Luiz de **Aguiar Luque** ao destacar lição de Constantino **Mortari** (in Appunti per un Studio sui Remedi Giurisdizionali p/ Control Comportamenti Omissivi del Legislatore): “EL CITADO AUTOR ITALIANO,..., DISTINGUI LA *OMISIÓN QUE CALIFICA DE <<ABSOLUTA>> ESTO ES, ALLÍ DONDE FALTA TODO TIPO DE ACTUACIÓN NORMATIVA DESTINADA A APLICAR EL PRECEPTO CONSTITUCIONAL DE LA OMISIÓN <<RELATIVA>> DERIVADA DE ACTUACIONES PARCIALES QUE DISCIPLINAM UN TEMA PARA ALGUNAS RELACIONES Y PARA OTRAS ANÁLOGAS, CONECTÁNDOSE ASÍ, LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, ADVERTIENDO DE LAS MAYORES DIFICULTADES QUE OFRECE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LAS PRIMEIRAS QUE SOBRE LAS SEGUNDAS.*”⁴

³ Nota: bem lembra **Cardoso da Costa**: “A problemática das omissões legislativas não é desconhecida noutros ordenamentos nem é de todo excluída a possibilidade de os respectivos órgãos Jurisdicionais do controle normativo apreciarem a ocorrência de tais omissões, retirando daí uma consequência de inconstitucionalidade (v. os relatórios Nacionais da R.F. Alemanha, Áustria, França, Irlanda, Itália e Turquia). Trata-se aí, porém, de omissões que respeitam a um certo regime ou preceito legal e decorrem basicamente de sua “incompletude” a qual pode ser fundamento da inconstitucionalidade do preceito ou diploma em causa (no Relatório Francês dá-se o exemplo de uma lei em que o legislador ficou aquém de sua competência; mas a situação mais referida é a de não consideração pelo legislador, de situações semelhantes a por ele contempladas, com violação do princípio da igualdade) situando, pois, no contexto do controle de normas”.³

⁴ LUQUE, Luiz de Aguiar - “EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA FUNCIÓN LEGISLATIVA; EL CONTROL DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO Y DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISSION” - In Revista de Derecho Político, nr. 24 (1987) - p. 25.

Tal distinção tem sido adequadamente compreendida pela melhor doutrina europeia ocidental, sobretudo a alemã, possibilitando-se o suprimento da inconstitucionalidade relativa pelo Judiciário, mesmo frente a ordenamentos em relação aos quais não há previsão de mecanismo específico de controle de constitucionalidade por omissão.⁵ Tal fato decorre do fundamento diverso do controle nas duas hipóteses. Na de omissão absoluta o comando dirige-se ao *non facere* daquele responsável pela normatização, por exemplo, o legislador. No segundo caso, há um *facere* normativo que não é pelo direito que assegurou, pela disciplina que estabeleceu, inconstitucional. A inconstitucionalidade nesse caso decorre do fato de a normatização não ter observado um comando constitucional de isonomia. Por exemplo, Uma lei concede revisão da remuneração dos servidores civis da União e não determina a aplicação da revisão aos inativos, apesar do que determina o Art.40, parágrafo 8º., da Constituição Federal. Não há inconstitucionalidade pelo que se concedeu, mas pela omissão quanto à observância da regra de vinculação.

É o delicado tema da “*incompletude*” da norma existente, sobretudo em situações que geram a quebra de princípios como da equidade e da isonomia. Bem lembra **Clémerson Cléve** distinguindo as omissões absolutas e

⁵ Nota: Sobre os mecanismos para correção dessas omissões legislativas parciais Giustino **D’Orazio** desenvolve interessante estudo sobre “Le sentenze Costituzionali additive”, lembrando que com ela “*il quid novi non si limita, né si esaurisce in una operazione ermeneutica già consentita, anzi richiesta ex ante ad ogni giudice, ma, sulla base della rilevanza di una illegittima omissione normativa nella disposizione impugnata, la decisione fa, per casi dire, calare in quel vuoto di formulazione, una norma che è già (dalla Corte ritenuta) presente o, comunque, de sumibile da una fonte gerarchicamente sovrastante (fondata al limite, sull’universale principio di ragionevolezza, ex. art. 3 Cost). Pertanto, effetto dell’aditiva è di rendere (attraverso un’interpretazione che, in questo caso, non è fine a sé stessa ma solo premessa a ben altri è più incisive effette) più amplia la sfera di efficacia della disposizione, anteriormente manchevole*” ... (e ainda) da Corte, consapevole di non essere <<abilitata a esercitare solte di esclusiva spettanza del legislatore>> (ord. n° 78/1985) ha più volte affermate e ribadito che, <<in nome delle’eguaglianza>> essa può solo ricondurre le deroghe ingiustificate e le arbitrarie ecogiuni alle **REGOLE GIÀ STABILITE DALLA LEGGE** ovvero oi principi generali univocamente desumibili dall’ordinamento.”⁵ Tenta o autor demonstrar da possibilidade de o Juízo Constitucional completar, esclarecer o sentido da norma incompleta, ampliando-a face à regra da isonomia. Tarefa árdua e sujeita, naturalmente, a atritos com o legislativo mas que, necessariamente deve ser exercida. Canotilho, por outro lado, bem examina a questão das omissões parciais (inclusive com a relevante distinção entre “omissão relativa” e omissão absoluta parcial”) observando que “a relevância jurídica das omissões relativas implica a caracterização constitucional concreta do princípio da igualdade ou das suas várias concretizações: caso “se verifique um dever legislativo concreto, então, na hipótese de actos legiferantes, violadores da igualdade, pode isolar-se, da regulação positiva a omissão inconstitucional, e contra esta dirigir a censura jurídico-constitucional, caso se entenda existir apenas uma omissão aparente>>, deve a regularidade constitucional do comportamento legiferante centrar-se exclusivamente no acto positivo de regulação. O problema é, pois, o da verdadeira natureza jurídico-constitucional da exigência da igualdade.”⁵

as relativas, que “*enquanto aquelas decorrem da violação, por inércia, de um dever autônomo de legislar (as ordens de legislar e as imposições constitucionais, v.g.), estas derivam da violação ao princípio da isonomia. Portanto, se no primeiro caso o legislador deveria necessariamente atuar, no outro isso não ocorre. Aqui poderia o legislador manter-se inerte sem ofender a Constituição. Mas se resolveu atuar, então não poderia descumprir o princípio da isonomia para, por exemplo, deixar de prever o alcance dos dispositivos aprovados, ou excluir dos benefícios concedidos, pela omissão, outras categorias de pessoas em idêntica situação*”⁶ Por sua vez, ressalta **Gilmar Ferreira Mendes** que nesses casos existe a “*caracterização de uma lacuna parcial, configurando ofensa ao princípio da isonomia*”⁷, a serem resolvidas através de decisões denominadas “*aditivas, criativas, ou apelativas*”⁸. No Direito brasileiro, entretanto, a doutrina mais conservadora, arraigada, ainda a uma errônea concepção da teoria da separação de funções e, também, a jurisprudência, têm se mostrado extremamente tímidas no enfrentamento da questão das omissões relativas, ou mesmo diante daquilo que **Canotilho** bem precisou como “*omissão absoluta parcial*” (“casos em que o legislador não cumpre uma imposição constitucional concreta, omitindo certos casos ou excluindo-os expressamente, violando assim, o dever legislativo concreto que tem como elemento constitutivo o princípio da igualdade.”)⁹

3. Vinha, reiteradamente, o Judiciário brasileiro se esquivando de enfrentar esse tipo de questão, ante o argumento de não ser dado aquele Poder competência para “legislar positivamente, mesmo para corrigir injustiças, ou suprir inconstitucionalidade”, com escudo em interpretações como a cristalizada na Súmula no.339 do STF. Expressão desse posicionamento conservador, p.e., é o comentário do ilustre **Roberto Rosas** sobre a citada súmula: “*Não houve alteração após a Constituição de 1988. o princípio da isonomia deve ser concretizado pelo legislador (RMS 21.512-7, DJU 19.02.1993; Adilson Dallari, Regime constitucional dos Servidores*

⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin – A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000. p. 328.

⁷ FERREIRA MENDES, Gilmar - Controle de Constitucionalidade - Aspectos Jurídicos e políticos - Saraiva (1990) - p. 133.

⁸ MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional - Tomo II, 3ª ed., Coimbra Editora - (1991) - p. 511.

⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim - Constituição dirigente e vinculação do Legislador - Coimbra Editora - (1994), p. 336.

*Públicos, p.65)*¹⁰ Sem dúvida, essa posição, é de difícil compatibilização com o princípio da plenitude da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, da Constituição brasileira de 1988. Exemplo típico dessa tímida posição foi a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal brasileira na ADIMC nº 529/91, de seguinte Ementa:

“INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO RELATIVA: ALEGAÇÃO CONTRA A MED. PROV. 296/91: PLAUSIBILIDADE: DENEGAÇÃO, PORÉM DA LIMINAR.

1. AÇÃO DIRETA CONTRA A MED. PROV. 296/91 QUE - DIVERSAMENTE DE OUTRA, PROPOSTA CONTRA O MESMO ATO NORMATIVO (ADIN 525) -, NÃO POSTULA A INVALIDADE DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS AOS SERVIDORES FEDERAIS NELA CONTEMPLADOS, MAS SE FUNDA, AO CONTRÁRIO, NA ALEGADA OMISSÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, NA MEDIDA EM QUE NÃO OS ESTENDEU A TOTALIDADE DO PESSOAL CIVIL DA UNIÃO, COMO IMPOSTA PELAS NORMAS CONSTITUCIONAIS (CF, ARTS. 37, X, E 39, PAR. 1º):

PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA ALEGAÇÃO DE MÉRITO.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DILEMA - NA HIPÓTESE DE OFENSA A ISONOMIA PELA NORMA LEGAL QUE, CONCEDENDO VANTAGENS A UNS, NÃO AS ESTENDE A OUTROS, EM SITUAÇÃO IDÊNTICA -, ENTRE A DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE POSITIVA DA LEI DISCRIMINATÓRIA OU DA INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO RELATIVA.

3. ADMISSIBILIDADE, EM PRINCÍPIO, DA ANTECIPAÇÃO CAUTELAR PROVISÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADIN 361, 5.10.90), AGRAVADA, NA ESPÉCIE, EM QUE O ATO NORMATIVO QUE TRADUZIRIA A DISCRIMINAÇÃO ALEGADA E UMA MEDIDA PROVISÓRIA, AINDA PENDENTE DE APRECIÇÃO PELO

¹⁰ ROSAS, Roberto – Direito Sumular, 10ª .ed. São Paulo : Malheiros, 2000, p.138.

CONGRESSO NACIONAL E, PORTANTO, ELA MESMA, COM VIGÊNCIA PROVISÓRIA E RESOLÚVEL.
RELATOR: MIN. - SEPÚLVEDA PERTENCE.”

Observe-se que apesar das limitações quanto à tese de fundo, por se tratar de julgamento de cautelar e de o Relator admitir a plausibilidade dela, esquivou-se a Corte de enfrentá-la expressamente, embora o relator Sepúlveda Pertence tivesse deixado patente o seu posicionamento no seguinte trecho de seu voto:

“... A solução oposta - a da omissão parcial - seria satisfatória se resultasse na extensão do aumento alegadamente, simples reajuste monetário - a todos quanto sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos vencimentos. A essa extensão da Lei, contudo, faltam poderes ao tribunal, que à luz do art. 103, § 2º, C.F., declarando a inconstitucionalidade pro omissão da Lei - seja ela absoluta ou relativa, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente para que a supra.”¹¹

Na mesma linha de raciocínio o voto do Ministro Carlos Velloso:

“... O constituinte quando introduziu a inconstitucionalidade por omissão, na Jurisdição Constitucional brasileira, teve esta um plus, vale dizer, como forma de ampliar a garantia quer sob o ponto de vista objetivo, quer sob o prisma subjetivo. Na inconstitucionalidade por omissão, obtém-se na verdade, muito menos do que se estivéssemos a considerar a inconstitucionalidade por ação. Obtém-se menos tendo em vista o que dispõe § 2º, do art. 103, da Constituição Federal.”¹²

4. O que se vinha constatando no Direito brasileiro era a não correção das inconstitucionalidades por omissão relativa, pela justiça constitucional,

¹¹ Revista Trimestral de Jurisprudência do S.T.F. nº 146, p. 431 - nov./93.

¹² Revista Trimestral de Jurisprudência do S.T.F. nº 146, nov/93, pág. 434.

quer quando de seu exercício de modo concentrado, quer difuso. A razão dessa ocorrência foi, sem dúvida, o equívoco em confundir ato de criação de norma inexistente (hipótese de omissão absoluta), com a distinta questão de determinar a aplicação de norma existente a todos aqueles, ou a todas aquelas situações a exigirem tratamento isonômico, por força de norma constitucional. Nesse caso, o Judiciário não fixa o parâmetro, não é o legislador positivo, apenas determina a observância do parâmetro fixado pelo legislador a todos aqueles que estiverem em idêntica situação, ou em situação a exigir o mesmo tratamento, por força de imposição constitucional., resta ao Tribunal tão somente, declarar da constitucionalidade da lei, desde que entendida com a correção, com o aditamento interpretativo no sentido de adequar a norma à observância do princípio da isonomia. Tentar assim proceder tornando efetiva a Constituição, sem usurpar funções é, sem dúvida, um difícil mister, mas que nem por isso deve ser evitado. O ponto de equilíbrio deve ser perseguido. No mesmo sentido leciona klaus **Schlaich**, referindo-se ao Direito alemão:

“ICI ADOPTER UN DIFFICILE MÉDIAN EN TEME: L’IDÉE DE LA COMPENSATION DES DÉFICITS DU PROCÉDÉ PARLEMENTAIRE PAR DES JUGEMENTS DU TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL PEUT AVOIR COMME EFFET QUE LES DÉFICITS SERONT ACCEPTÉS À LA LÉGÈRE COMME INÉVITABLES ET QU’AINSI ILS SE RENFORCENT PLEITÔT. C’EST CELA QUE LE TRIBUNAL DEVOIT EVITER. EN MÊME TEMPS, IL NE PEUT PAS NÉGLIGER SA MISSION DE REALISER L’EFFICACITÉ DE LA CONSTITUTION.”¹³

Nesse ponto ressalto da relevância da mudança de postura do Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos envolvendo a pretensão de aplicação do percentual de reajuste de 28,86%, decorrente das leis no. 8.622/93 e 8.627/93, concedido aos servidores militares e não previsto para os servidores civis apesar da regra de isonomia prevista no art.37 da CF, antes da Emenda Constitucional nº.18. Naqueles julgados, que serviram de “leading cases” para os Juízes e Tribunais Regionais Federais o STF supriu a incons-

¹³ SCHLAICH, Klaus - Procédures et Techniques de Protection des Droits Fondamentaux - in Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux - Economica (Paris - 1982 - p. 162).

titucionalidade por omissão parcial afastando-se do entendimento exposto na Súmula no. 339, ou seja, expressamente entendendo que o Judiciário poderia fazer incidir a norma legal concessiva do reajuste para as categorias de servidores públicos federais nela não expressamente consignadas. Consagrou-se, nesse caso, indubitavelmente a tese do controle judicial sobre inconstitucionalidade por omissão parcial, tese que não se compatibiliza com o teor da citada súmula nº. 339.

É relevante, ainda, destacar que o controle judicial da inconstitucionalidade por omissão parcial pode ser exercitado em qualquer processo judicial, em sede de controle difuso. Trata-se de relevante instrumento para dirimir abusos legislativos, com a utilização de critérios diferenciados para o tratamento de situações a exigir a mesma normatização por força de expressa regra constitucional.

5. Deve-se reputar, pois, revogada a súmula no.339 do Colendo STF, impeditiva da plena eficácia do Art.5º., XXXV [*A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*] pois , se assim não se entender o legislador poderia não tratar isonomicamente situações em relação às quais a Constituição impusesse tal igualdade, sem que o Judiciário nada pudesse fazer. Restaria, pois, nessa hipótese, lesão a direito sem apreciação judicial. Essa mudança de interpretação da Corte Suprema deve ser melhor e mais intensamente realçada pela doutrina e mais efetivamente aplicada por outros órgãos jurisdicionais visando dar mais efetividade à Constituição Federal.