

O Supremo Tribunal Federal e o controle das omissões legislativas



Marcus Vinicius
Ex-presidente da OAB

Principia o inciso XXXV do artigo 5º da Carta que “a lei não excluirá da

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. De acordo com o preceito constitucional da inafastabilidade da jurisdição, o cidadão possui o direito de vindicar junto aos tribunais o reconhecimento e a proteção ao direito que lhe pertença. O Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, foi instado a manifestar-se sobre a hipótese de, ainda que um direito seja assegurado por dispositivo constitucional, não haja legislação infraconstitucional a regulamentar seu exercício. Após digressões teóricas em torno da geração de direitos fundamentais, aplicabilidade da normas constitucionais e omissões legislativas inconstitucionais, será trazido o primeiro entendimento do tribunal sobre a (in)viabilidade de controlar a desídia do legislador ordinário em cumprir as obrigações que lhe são impostas pelo texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988 trouxe ao cidadão um extenso repertório de liberdades e garantias. Sua importância no novo ordenamento, embora anunciada no preâmbulo e no Título I de antemão, é evidenciada na localização topográfica dos direitos fundamentais no início do texto. Logo em seu Título II, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, são contempladas as duas primeiras gerações de direitos sugeridos por Norberto Bobbio^[1]: liberdades individuais, civis e políticas, consagradas pelas revoluções do final do século XVIII, e direitos econômicos, sociais e culturais, consagrados pelas revoluções do início do século XX.

Embora os direitos fundamentais estejam presentes de forma indireta em todo corpo da Constituição^[2], os de primeira dimensão encontram-se diretamente previstos no artigo 5º, 12, 13, 14, 16 e 17, enquanto os segundos estão inicialmente disciplinados do artigo 6º ao 11, depois sendo albergados no Título VII, *Da Ordem Econômica e Financeira*, e no Título VIII, *Da Ordem Social*.

Para Ingo Sarlet, dentre as novidades relacionadas ao avanço dos direitos fundamentais, a inovação de maior relevância está consubstanciada no parágrafo primeiro do artigo 5º, que assim determina: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”^[3]. Em que pese tal

dispositivo mencionar genericamente direitos e de garantias fundamentais, a circunstância de estar previsto no capítulo I, *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, provocou à época controvérsia tanto jurisprudencial quanto doutrinária de que tão somente os direitos individuais gozavam de aplicabilidade imediata e, conseqüentemente, de eficácia plena. Os dispositivos de direitos sociais, por outro lado, vez, seriam normas de eficácia limitada — ou seja, a plenitude de sua eficácia dependeria de regulamentação posterior pelo legislador infraconstitucional^[4].

É direito de todos trabalhadores brasileiros, por exemplo, um salário mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo (...)”. Conforme o próprio inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, o salário mínimo deverá ser fixado por lei e assim faria o legislador ordinário em 1991 por meio da Medida Provisória 1.415, de 29 de abril de 1996, cujo *caput* do artigo 1º fixou o salário mínimo em R\$ 116 e cujo parágrafo único estabeleceu o valor diário em R\$ 3,73 e o valor horário em R\$ 0,51^[5].

Entendendo ser o montante estabelecido pela Medida Provisória aquém da determinação constitucional, privando-se o trabalhador de um salário capaz de garantir o exercício da cidadania, e ser o índice de reajuste adotado inferior a todos os demais, reduzindo-se o poder aquisitivo do trabalhador, o Partido Socialista Brasileiro, o Partido Comunista do Brasil, o Partido dos Trabalhadores e o Partido Democrático Trabalhista ajuizaram no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.439. Em suma, era a intenção dos autores que o tribunal reconhecesse a inconstitucionalidade do artigo 1º e parágrafo único da medida, por violar a Constituição “no que concerne ao necessário reajustamento do salário mínimo a fim de lhe ser preservado o poder aquisitivo”.

Havendo a desídia do poder público em cumprir com aquilo que a própria Constituição Federal de 1988 determina, seja pela falta ou insuficiência de medidas legislativas, seja pela falta de medidas políticas ou governamentais e seja pela falta de implementação de medidas administrativas ou outros atos da administração pública^[6], estar-se-á frente a uma omissão constitucional. No caso dos autos da ADI 1.439/DF, a circunstância de o legislador ter editado uma medida provisória não era suficiente para afastar a omissão, uma vez que este poderá ser parcial quando há “deficiência ou insuficiência da atividade legislativa”^[7].

Relator da ADI 1.439, o ministro Celso de Mello discorre que a Constituição Federal de 1988 revela extremas preocupação e cautela quanto às perdas salariais decorrentes do processo inflacionário, pelo que impõe ao Estado o dever de criar mecanismos voltados à preservação do poder aquisitivo do salário mínimo do trabalhador. Assim, o comando do artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal vincularia o Estado à realização de uma prestação positiva para atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família e, ao mesmo tempo, conservar seu poder aquisitivo mediante ajustes periódicos. Ainda, o ministro relator destacou o compromisso assumido pelo Brasil perante a Organização Internacional do Trabalho em instituir mecanismos de reajustes periódicos necessários à preservação do valor real do salário mínimo, tal como dispõe no artigo 3º da Convenção da OIT 131^[8].

O ministro Celso de Mello ainda trouxe as considerações do hoje também ministro Luís Roberto Barroso^[9] para afirmar que a norma que versa sobre o salário mínimo e sobre sua indexação não seria de natureza programática, por fazer menção expressa ao direito garantido e ao modo como concretizá-lo. Se descumprida a determinação, o trabalhador ou seu representante terá a prerrogativa de postular no Poder

Judiciário o cumprimento.

Por fim, o ministro rechaçou tanto o valor quanto os índices de reajuste estipulados na Medida Provisória por serem insuficientes ao atendimento das exigências do artigo 7º, inciso IV, da Carta Magna. Ainda que parcial, a MP 1.415 consubstanciava omissão contrária aos princípios garantidores de piso geral de remuneração e de preservação do poder de compra, pelo que “deve ser repellido, uma vez que qualifica-se, perigosamente, como processo informal de mudança da Constituição, expondo à censura do magistério doutrinário”[\[10\]](#). É justamente para evitar tais comportamentos do legislador ordinário que o legislador constituinte incorporou, pegando emprestando do modelo português, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão no sistema de controle abstrato.

Contudo, o provimento da ação manejada pelos requerentes esbarraria no pedido feito, a saber: “A exclusão dos dispositivos retromencionados no arcabouço jurídico pátrio”. De acordo com o relator, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, não caberia ao Poder Judiciário eliminar do ordenamento jurídico a norma inconstitucional, como é na Ação Direta de Inconstitucionalidade, mas tão somente reconhecer a inércia do poder público e um apelo do Judiciário ao legislador para que supra essa omissão. Igual obstáculo residiria na concessão de liminar, que seria inviável em sede de ADO “eis que o eventual deferimento da medida cautelar importaria em revivescência [repristinação] da legislação revogada (...), o que agravaria ainda mais o estado deplorável em que se acham extensos segmentos da formação social brasileira”. Desta feita, seria necessária a conservação da norma parcialmente imperfeita até que outra sobrevenha para dar efetiva concretização ao texto, pelo que se faz impossível a concessão da medida cautelar.

Estaria ao alcance do Supremo Tribunal Federal apenas cientificar o legislador em mora para que adote as medidas necessárias à concretização integral da norma, na exata forma do artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Com apoio na doutrina de José Afonso da Silva, que nada mais é do que o jurista mais citado nas decisões do tribunal[\[11\]](#), seria defeso obrigar a produção de medida saneadora da omissão, ainda que requerida por lei.

Por todas as considerações, o ministro Celso de Mello entendeu por bem não conhecer a ação, julgando prejudicada a suspensão cautelar da eficácia das normas impugnadas, no que foi seguido pelos demais ministros, com a exceção do ministro Marco Aurélio. Em seu voto divergente, aduziu que a ação fora proposta corretamente, vez que “direcionada a demonstrar que há um conflito normativo atacado com a Carta Política da República” — especificamente, a segunda parte do inciso IV do artigo 7º, que determina a reposição do poder aquisitivo do salário mínimo. Por isso, conheceu da ação.

Assim, consolidou o Supremo Tribunal Federal jurisprudência no sentido de ser infenso ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo, ou seja, produzir direito novo como se Poder Legislativo fosse. De acordo com o entendimento assentado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.439, a atuação judicial estaria circunscrita somente ao reconhecimento da inércia do poder público em regulamentar direito constitucional, emitindo ao legislador um apelo. Porém, esse entendimento foi flexibilizado em diversas ocasiões, a exemplo dos mandados de Injunção 670/DF e 708/DF. Impetrados por servidores públicos em virtude da desídia do Congresso Nacional em regular o direito de greve, em ambos o Supremo determinou a aplicação por analogia da lei de greve da iniciativa privada, como será



analisado na próxima coluna.

[1] Cf. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

[2] GROFF, Paulo Vargas. *Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras*. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, a. 45, n. 178, abr./jun. 2008, p. 125-126.

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79.

[4] De acordo com José Afonso da Silva, são normas de eficácia limitada aquelas “através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 126.

[5] Art. 1º – O salário mínimo será de R\$ 112,00 (cento e doze reais), a partir de 1º de maio de 1996. Parágrafo único – Em virtude do disposto no caput deste artigo, o valor diário do salário mínimo corresponderá a R\$ 3,73 (três reais e setenta e três centavos) e o seu valor horário a R\$ 0,51 (cinquenta e um centavos).

[6] PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 90.

[7] PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. p. 96.

[8] Os elementos tomados em consideração para determinar o nível dos salários mínimos deverão, na medida do que for possível e apropriado, respeitadas a prática e as condições nacionais, abranger: a) as necessidades dos trabalhadores e de suas famílias, tendo em vista o nível geral dos salários no país, o custo da vida; as prestações de previdência social e os níveis de vida comparados de outros grupos sociais;

b) os fatores de ordem econômica, inclusive as exigências de desenvolvimento econômico, a produtividade e o interesse que existir em atingir e manter um alto nível de emprego.

[9] Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

[10] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 230/232.

[11] LORENZETTO, Bruno Meneses; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. *José Afonso da Silva é o doutrinador mais citado pelo STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-06/jose-afonso-silva-doutrinador-citado-supremo-adis>>. Acesso em 22/9/2016.

Date Created

30/10/2016