

OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: ANÁLISE DO CASO LUSO-BRASILEIRO A PARTIR DE MECANISMOS DE DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

UNCONSTITUTIONAL OMISSIONS: AN ANALYSIS OF THE LUSO-BRAZILIAN CASE, USING CONSTITUTIONAL DIALOGUE MECHANISMS

Recebimento: 11 ago. 2022

Aceitação: 4 maio 2023

Carlos Eduardo Ferreira Aguiar

Mestre e Doutorando em Direito

Afiliação institucional: Universidade Federal do Ceará – UFC – (Fortaleza, CE, Brasil)

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/5385811434023311>

Email: car.guiar.18@gmail.com

Renata Albuquerque Lima

Doutora em Direito

Afiliação institucional: Centro Universitário Christus – Unichristus – (Fortaleza, CE, Brasil)

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/1404814572894221>

Email: realbuquerque@yahoo.com

William Paiva Marques Júnior

Doutor em Direito

Afiliação institucional: Universidade Federal do Ceará – UFC – (Fortaleza, CE, Brasil)

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/0421308962735688>

Email: williamarques.jr@gmail.com

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

AGUIAR, Carlos Eduardo Ferreira; LIMA, Renata Albuquerque; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Omissões inconstitucionais: análise do caso luso-brasileiro a partir de mecanismos de diálogo constitucional. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 68, n. 3, p. 63-88, set./dez. 2023. ISSN 2236-7284. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfd.ufpr.v68i3.87216>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/87216>. Acesso em: 31 dez. 2023.

RESUMO

Este estudo tem como objetivo a compreensão do processo de incorporação das omissões inconstitucionais na Constituição brasileira de 1988 a partir da Constituição portuguesa de 1976, utilizando a conceituação de transplantes jurídicos e de migrações de ideias no contexto de diálogo constitucional. Para isso, adotou-se uma análise qualitativa em direito, utilizando o método hipotético-dedutivo para formular a seguinte pergunta de partida: — A omissão inconstitucional e o controle de inconstitucionalidade por omissão foram transplantados ou migraram de Portugal para o Brasil? Quanto à metodologia, foi realizada uma revisão teórico-bibliográfica e utilizado o método de análise documental para trabalhar com o texto das constituições portuguesa e brasileira, assim como de literatura científica sobre transplantes jurídicos e migrações de ideias, caracterizando-se,

este estudo, como exploratório quanto aos seus objetivos. Observa-se que os transplantes jurídicos e as migrações de ideias pressupõem um diálogo entre ordenamentos jurídicos – no caso, um diálogo constitucional. Nesse contexto, conclui-se que o instituto das omissões inconstitucionais presente na Constituição portuguesa de 1976 foi assimilado e inserido na Constituição brasileira de 1988, embora tenha passado por adaptações (por exemplo, na ampliação do rol de legitimados para a propositura de ação e no alcance dos efeitos das decisões judiciais), necessárias à sua aplicabilidade no ordenamento brasileiro. É possível, portanto, no caso luso-brasileiro, verificar uma aproximação potencial entre a incorporação das omissões inconstitucionais e o mecanismo de diálogo constitucional das migrações de ideias, não se caracterizando, assim, a realização de um transplante jurídico.

PALAVRAS-CHAVE

Omissões inconstitucionais. Transplantes jurídicos. Migrações de ideias.

ABSTRACT

This study aims to understand the process of incorporation of unconstitutional omissions into the Brazilian Constitution of 1988 from the Portuguese Constitution of 1976, using the conceptualization of legal transplants and of migrations of ideas in the context of constitutional dialogue. To this end, a qualitative analysis in law was adopted, using the hypothetical-deductive method to formulate the following research question: — Were unconstitutional omission and control of unconstitutionality by omission transplanted or migrated from Portugal to Brazil? As for the methodology, a theoretical-bibliographical review was carried out and the documentary analysis method was used to work with the text of the Portuguese and Brazilian constitutions, as well as scientific literature on legal transplants and migrations of ideas, characterizing this study as exploratory regarding its objectives. It is observed that legal transplants and migrations of ideas presuppose a dialogue between legal systems – in this case, a constitutional dialogue. In this context, it is concluded that the institute of unconstitutional omissions present in the Portuguese Constitution of 1976 was assimilated and inserted into the Brazilian Constitution of 1988, although it has undergone adaptations (for example, in the expansion of the list of persons entitled to file an action and in the scope of the effects of judicial decisions), necessary for their applicability in the Brazilian legal system. It is possible, therefore, in the Portuguese-Brazilian case, to verify a potential approximation between the incorporation of unconstitutional omissions and the mechanism of constitutional dialogue of migrations of ideas, thus not characterizing the carrying out of a legal transplant.

KEYWORDS

Unconstitutional omissions. Legal transplantation. Migration of ideas.

INTRODUÇÃO

As constituições contemporâneas apresentam em seus textos, assim como ocorreu no advento dos códigos, a limitação do poder estatal, a organização do Estado e a apresentação de um rol não exaustivo de direitos e garantias fundamentais inerentes à condição humana, sejam eles de primeira, segunda ou terceira dimensão.

Nesse viés, pensar que a constituição por si não consegue materializar algumas de suas

normas não é nenhuma novidade, uma vez que a Constituinte de 1988 consagrou uma plêiade de normas dotadas de eficácia jurídica, sendo que algumas necessitam de uma atuação por parte do Poder Legislativo para a consecução do projeto de Estado prescrito no texto constitucional.

Com isso, as omissões inconstitucionais configuram-se em uma conduta desrespeitosa para com a constituição e uma notória violação de direitos, uma vez que as normas de eficácia limitada, quando não implementadas mediante a atuação do legislador ordinário, não encontram efetividade na realidade fática da sociedade, restando como letra-morta na própria constituição.

Para tanto, as omissões inconstitucionais, diferentemente da explicitude presente nas ações que diretamente infringem a constituição, são uma forma velada de não concretização de direitos, ainda que tais direitos tenham sido previstos pela Constituinte e já se tenha transcorrido um considerável prazo para sua regulamentação.

Nesse sentido, o constituinte, antevendo essa possível, ainda que potencial, problemática, estabeleceu um sistema de controle de constitucionalidade, o qual deve ser utilizado na realização do balizamento das normas infraconstitucionais a partir do que se encontra previsto no texto da Constituição.

Em face do sistema de controle de constitucionalidade, deve-se observar que a Constituição brasileira de 1988 (CF/88) sofreu certa influência da Constituição portuguesa de 1976, uma vez que em Portugal já existia a previsão da omissão inconstitucional que seria implementada na ordem constitucional brasileira (Brasil, 1988; Portugal, 1976).

Nesse contexto, é atual e pertinente a discussão do processo de assimilação do instituto das omissões inconstitucionais da Constituição portuguesa para a brasileira. Para isso, é importante entender o que seriam os transplantes jurídicos, bem como a migração de ideias, no contexto de diálogo constitucional, para então entender, ainda que de forma aproximada, a realização das omissões inconstitucionais, bem como o controle de constitucionalidade destas, nos casos português e brasileiro.

Assim, foi estabelecida, nesta pesquisa, a seguinte pergunta de partida: — A omissão inconstitucional e o controle de inconstitucionalidade por omissão foram transplantados ou migraram de Portugal para o Brasil?

Com fito no alcance de possíveis respostas à pergunta supracitada, a pesquisa recorreu ao necessário rigor metodológico para a construção de seu raciocínio, ancorando-se em uma análise qualitativa, em direito, bem como no método hipotético-dedutivo para a construção da própria pergunta de partida.

No que se refere à coleta dos dados, a pesquisa utilizou uma revisão teórico-bibliográfica,

bem como o método de análise documental, por meio dos quais se analisou as constituições portuguesa de 1976 e brasileira de 1988, bem como a literatura científica adjacente à temática dos transplantes jurídicos e migrações de ideias, tais como Watson (1974), Legrand (2014) e Silva (2010).

Ademais, o estudo configura-se como exploratório no que se refere aos seus objetivos, uma vez que busca compreender o processo de incorporação das omissões inconstitucionais na Constituição brasileira de 1988, a partir da conceituação dos transplantes jurídicos e das migrações de ideias no contexto de diálogo constitucional.

Para a consecução do referido objetivo, o estudo foi dividido em quatro partes, tratando, nos três primeiros tópicos, da conceituação dos transplantes jurídicos, da migração de ideias e do contexto do diálogo constitucional, e, no último tópico, da conceituação das omissões inconstitucionais e de seu enquadramento no sistema de controle de constitucionalidade, para, por fim, realizar uma análise dicotômica do instituto a partir das realidades jurídicas portuguesa e brasileira.

1 TRANSPLANTES JURÍDICOS

Os transplantes jurídicos são apresentados primeiramente a partir do pensamento de Alan Watson em sua obra *Legal Transplants*, lançada em 1974, na qual o autor estabelece os preceitos básicos do que seria um transplante jurídico e as possibilidades de interferência do meio jurídico-social à movimentação do objeto jurídico transplantado.

Nesse sentido, é perceptível que Watson (1974) estabelece uma notória oposição ao pensamento de Savigny (1980), crítico à codificação do direito entre os séculos XVIII e XIX, bem como o expoente da Escola Histórica. O pensamento de Savigny (1980) apresenta o direito como consequência histórica, advindo do costume de cada povo, tal como a língua, adquirindo as peculiaridades de cada nação, uma vez que vislumbrava na codificação um verdadeiro obstáculo à evolução do direito, como bem leciona Costa (1997).

Nas palavras de Dutra (2018, p. 80) é possível destacar que Savigny (1980) concebia uma “‘conexão orgânica’ entre a formação da lei local e o caráter do povo que a formula”, enquanto Watson acreditava ser possível estabelecer construções jurídicas não oriundas da sociedade na qual são utilizadas, ou seja, que foram transpostas de um sistema jurídico para outro.

A partir disso, Watson (1974) comprehende a existência do fenômeno dos transplantes jurídicos, contudo, cabe destacar que diversos autores concebem que os transplantes jurídicos seriam uma metáfora a partir da qual se pode compreender uma difusão de um determinado direito nacional para ordenamentos jurídicos estrangeiros e, por consequência, alheios a esse direito concebido em

outra cultura jurídica (Graziadei, 2015).

No que diz respeito à terminologia do fenômeno, o ambiente acadêmico proporciona uma gama de sinônimos para se referir ao mesmo objeto, alguns mais aproximados e outros mais distantes, bem como é possível observar uma variação quanto à adequabilidade de tais termos. Assim, Perju (2012, p. 1.309) observa que “as opções disponíveis incluem ‘transplantes’, ‘difusão’, ‘emprestimo’, ‘circulação’, ‘fertilização cruzada’, ‘migração’, ‘engajamento’, ‘influência’, ‘transmissão’, ‘transferência’ e ‘recepção’”.

Em um primeiro momento, é possível destacar uma contraposição entre os autores citados, uma vez que Watson (1974) comprehende o empréstimo de normas jurídicas como um mecanismo comum ao desenvolvimento do próprio direito. Assim, Watson (1974) concebia um transplante puro e simples, sem a necessidade da observância aos fatores da cultura jurídica de ambos os sistemas, isto é, tanto do sistema jurídico doador quanto do receptor.

De modo contrário, Kahn-Freund (1974) observava que a norma transplantada seria posta em um ordenamento jurídico distinto do que fora criada e que tal distinção seria decisiva à sua aceitabilidade ou não, a partir do que “o próprio sentido do transplante se perderia, tal seria a alteração da acepção do objeto transplantado no momento de sua incorporação e posterior aplicação” (Dutra, 2018, p. 82).

Com isso, destaca-se que os transplantes jurídicos necessitam considerar a realidade jurídica do sistema receptor; do contrário, corre-se o risco de estar transpondo um mecanismo insustentável e que ocasionará mais problemas do que as potenciais soluções que se almejava com o transplante. Ou seja, é necessário ser conhecida a realidade de criação e atual utilização da norma a ser transposta, bem como o contexto jurídico-social para o qual será transplantada; do contrário, haveria a existência de um “espírito legalista que ignora o contexto da lei” (Kahn-Freund, 1974, p. 27).

Saindo em defesa de seu pensamento, Watson (1974) infere que o transplante jurídico ocorre por meio de empréstimo para o qual não importaria o contexto no qual a norma transplantada seria inserida, uma vez que as ideias contidas na norma poderiam ser alteradas, ou seja, o sucesso ou o fracasso do transplante restaria presente na observação da ocorrência ou não do transplante, sem se fazer necessário analisar suas implicações positivas ou negativas (Dutra, 2018).

Sendo assim, com base nas notórias distinções acerca dos transplantes jurídicos, é possível inferir que a visão de Watson (1974) se encontra na perspectiva de historicista do direito em uma análise macrolegal, enquanto Kahn-Freund (1974) está inserido numa perspectiva sociológica com viés microlegal, conforme destaca Stein (1977).

Na presente situação, Legrand (2014, p. 5) é categórico em se opor às ideias apresentadas

por Watson (1974), uma vez que “nenhuma forma de palavras que pretenda ser uma ‘regra’ pode existir completamente desprovida de conteúdo semântico, pois nenhuma regra pode existir sem significado”, indo além e inferindo que o significado de determinada regra é “uma função da aplicação da regra pelo seu intérprete, da concretização ou instanciação nos eventos que a regra tenciona governar”.

O presente pensamento vai de encontro às ideias apresentadas por Watson (1974) acerca da possibilidade da realização de transplantes jurídicos, uma vez que para o autor em questão seria socialmente fácil a realização dos transplantes, haja vista que, segundo ele, não haveria grandes dificuldades na elaboração de um código fundamental único em matéria de direito privado, o qual poderia operar no mundo ocidental.

A partir disso, Legrand (2014, p. 4) observa que o pensamento de Watson (1974) parte de uma perspectiva deveras reducionista, na qual “o Direito é regras e somente isso, e as regras são declarações proposicionais vazias e somente isso. São regras que viajam por jurisdições, deslocadas, transplantadas”. Sendo assim, a partir do referido pensamento, uma regra jurídica de um país ocidental seria de possível aplicação em todos os países ocidentais.

Com a referida problematização apresentada por Legrand (2014, p. 6), faz-se necessário destacar o papel do hermeneuta em compatibilizar a norma posta com a realidade social que ela pretende reger, sendo neste ponto entendido que “uma interpretação, portanto, é sempre um produto subjetivo e esse produto subjetivo é necessariamente, pelo menos em parte, um produto cultural”. Com isso, o autor aponta para a impossibilidade de ocorrência de um transplante jurídico, uma vez que se entende que as normas jurídicas e sua aplicabilidade ao caso concreto são fruto da atuação de um intérprete acerca da subsunção do fato à norma em determinado contexto sociojurídico.

Sendo assim, o exercício da interpretação representa uma compreensão específica da regra, a qual se encontra condicionada por uma multiplicidade de fatores, os quais são por vezes intangíveis, ocasionando uma diferença em relação à interpretação realizada em outro lugar ou em outra época, uma vez que tanto o intérprete quanto a norma estariam diante de outras cargas culturais (Legrand, 2014).

Nesse sentido, é imprescindível rememorar Gadamer (1999, p. 35) e sua concepção acerca da consciência histórica na atuação do hermeneuta:

O modo como vivenciamos reciprocamente, como vivenciamos as tradições históricas, as ocorrências naturais de nossa existência e do nosso mundo, é isso que forma um universo verdadeiramente hermenêutico, no qual não estamos encerrados como entre barreiras intransponíveis, mas para o qual estamos abertos.

Assim, “o fenômeno da compreensão e da maneira correta de interpretar o que se entendeu é, pois, uma atitude ligada à nossa existência no tempo e no espaço”; ademais, note-se que “a constituição de sentido para o homem não é obra de uma subjetividade isolada, destacada do tempo e do espaço, mas resultado de nosso pertencimento no mundo”, como acertadamente pontua Costa Júnior (2020, p. 167-168).

Corroborando tal pensamento, tem-se Heidegger (1995) e Gadamer (1999), para os quais o homem, enquanto ser da história e presente na história, sofre e exerce influência no contexto histórico em que se encontra inserido, de tal forma que o direito ali construído advém de uma consciência histórica. Nas palavras de Falcão (2013, p. 69), tem-se que “há, pois, todo um conjunto de pré-estruturas do saber, a que se poderá chamar o pré-entendimento das matérias”.

Portanto, a concepção do direito apartado da realidade social, bem como indiferente à atuação do hermeneuta, como fora proposto por Watson (1974), demonstra-se insustentável e, no presente ponto, é notório que Legrand (2014) é assertivo em seu posicionamento contrário à possibilidade de ocorrência de transplantes jurídicos, uma vez que não há como uma norma sair de um sistema jurídico e ser inserida em outro sem sofrer uma série de modificações, muitas vezes necessárias à sua aplicação no sistema transplantado.

A partir do exposto, é necessário apontar para outro mecanismo para a possível realização dessa comunicação entre sistemas jurídicos. Trata-se da migração de ideias, que será discutida no tópico seguinte.

2 MIGRAÇÃO DE IDEIAS

Conforme exposto anteriormente, o transplante jurídico é identificado como possível mecanismo para a realização da comunicação entre sistemas jurídicos distintos. Contudo, como se tornou claro a partir das ideias de Legrand (2014), a realização de transplantes é inviável, haja vista as complicações do contexto social de origem e de destino, sendo preciso, portanto, voltar-se para outro mecanismo, para entender como tais comunicações estão ocorrendo.

Nesse sentido, deve ser destacado que quatro das metáforas apresentadas por Perju (2012), no que se refere à terminologia deste fenômeno jurídico, obtiveram uma maior capacidade de permanência, quais sejam: “transplantes e seu equivalente de ‘emprestimo’ no direito constitucional comparado; ‘circulação’ e sua ‘migração’ equivalente em constitucional comparado”, como bem observa Lima (2020, p. 196).

Sendo assim, tratando-se de migração de ideias, deve-se observar que:

[...] não se deveria falar propriamente em um deslocamento das normas de um sistema jurídico para outro. O que pode ocorrer é que os conceitos estrangeiros representam uma “irritação legal” no conjunto nacional, o que possivelmente leva a uma reação sistêmica autopoiética, a qual resulta na formação de um instituto similar em âmbito interno e as necessárias adaptações do restante do ordenamento à perturbação (Setti, 2021, p. 18).

Desse modo, assim como observado anteriormente, ainda que sejam inviáveis ou até mesmo impossíveis os transplantes, as transferências de normas jurídicas entre sistemas distintos ocorrem e sua negativa seria infundada (Choudhry, 2006).

Nesse contexto, deve-se optar pela utilização do conceito de migração, “que não conota uma simples transposição normativa, mas um processo muito mais complexo e matizado, o qual inclui a polissemia” (Setti, 2021, p. 19). A partir disso, é perceptível a melhor adequação do fenômeno da comunicação entre os sistemas jurídicos à concepção da migração de ideias, uma vez que esta realiza a “captura do sentido mais próximo do inegável fenômeno de transferência de institutos, elementos e práticas jurídicas entre os países” (Lima, 2020, p. 200).

Logo, ao tratar de migração, não se está pressupondo a existência de um doador e de um receptor, tampouco a existência de um credor e de um devedor, o que seria compatível com a ideia de empréstimo. O que é alcançado com a utilização de migração é a pressuposição de “movimentos entre os sistemas ou entre elementos de tais sistemas, seja de forma ostensiva ou de forma discreta, aceitos ou rejeitados, adotados ou adaptados, iniciados pelo doador ou pelo receptor, e relacionados a questões substantivas, doutrina ou mesmo desenhos institucionais” (Lima, 2020, p. 200-201).

A partir do conceito de migração, é possível inferir que as normas que viajam de um sistema jurídico para outro não o fazem de modo estático, sem que sofram qualquer tipo de mudança, seja tal mudança conceitual, estrutural ou interpretativa, tornando-se assertiva uma vez que aponta para a possível, e por vezes necessária, ocorrência de “ajustes ou adaptações na jurisdição de destino” (Lima, 2020, p. 201).

Contudo, é preciso destacar aqui o posicionamento de Frankenberg (2010), haja vista que, para o autor, ainda que o termo “migração” ampare uma maior gama de possibilidades para a realização da comunicação entre ordenamentos, seria preferível a utilização do termo “transferência”, o qual “[...] se mantém mais distante das conotações espaciais e é mais aberto às variedades de movimentos conscientes e inconscientes” (Frankenberg, 2010, p. 570, tradução nossa).

Portanto, sendo as migrações/transferências jurídicas um fato, é preciso compreender como elas ocorrem. Para tanto, McCrudden (2000) apresenta três vetores que proporcionam essa movimentação das normas jurídicas, quais sejam:

(1) em um primeiro momento, o autor aponta para a observância da similaridade do idioma que os

sistemas jurídicos utilizam, bem como sua ideologia política (McCrudden, 2000). Desse modo, em referência específica à ideologia, é destacada a incompatibilidade da utilização de uma norma pensada para gerir um regime jurídico totalitário, se migrada para um regime democrático, pois as muitas incongruências entre os sistemas fariam a migração não alcançar êxito ou até mesmo gerar mais problemas ao sistema receptor;

(2) como segundo critério, o autor apresenta uma certa deferência dos sistemas mais jovens para com os sistemas jurídicos mais antigos, como numa relação hierárquica na qual se busca uma autorização vinda de cima para a realização de determinado ato (McCrudden, 2000);

(3) o terceiro e último critério seria a necessidade de agradar a “audiência” no caso de decisões judiciais, uma vez que o pensamento do autor vai ao encontro da necessidade dos tribunais de encontrar apoio às decisões tomadas diante de determinado público-alvo (McCrudden, 2000, p. 517).

Em paralelo ao pensamento de McCrudden (2000), destaca-se também o posicionamento de Graziadei (2015), com a apresentação de outros três vetores necessários para a ocorrência das migrações de ideias.

O primeiro deles é o vetor da imposição, fazendo, o autor, uma referência direta ao contexto de metrópole e colônia adstrito ao processo de expansão dos impérios, situação na qual as “leis de países dominantes são geralmente transplantadas para o contexto dos países dominados”, como bem observa Lima (2020, p. 203). Nesse contexto, Graziadei (2015) aponta a migração dos modelos jurídicos construídos no ocidente para as colônias na África, na Ásia e nas Américas.

O segundo fator é o prestígio, e Graziadei (2015) atenta no fato de que, para além da força coercitiva de países colonizadores sobre suas colônias, o desejo de progresso das periferias ao centro faz com que as ideias migradas sejam mais bem aceitas e até mesmo desejadas quando advêm de uma cultura jurídica admitida como superior.

A presente situação é de possível verificação no contexto brasileiro a partir da migração de critérios interpretativos, tais como o princípio da proporcionalidade e suas três vertentes – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, os quais foram adotados inicialmente pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, como bem aponta Silva (2010).

Para Rosenn (1998, p. 61), vários fatores explicam a preponderância do formalismo no Brasil e, na verdade, em vários outros países latino-americanos também. A independência trouxe pouco alívio relativamente a leis inadequadas para as expectativas da sociedade brasileira. Em geral as leis brasileiras nunca foram autóctones. A maioria delas foi transplantada em massa da Europa ou dos Estados Unidos, infelizmente com pouca preocupação com a sua adaptabilidade às necessidades do Brasil.

No mesmo sentido aduz Wolkmer (2010, p. 146-147), ao lembrar que não é por demais relevante lembrar que, na América Latina, tanto a cultura jurídica imposta pelas metrópoles ao longo do período colonial, quanto as instituições jurídicas formadas após o processo de independência (tribunais, codificações e constituições), derivam da tradição legal europeia, representada, no âmbito privado, pelas fontes clássicas dos direitos romano, germânico e canônico.

Igualmente, na formação da cultura jurídica e do processo de constitucionalização latino-americanos pós-independência, há de se ter em conta a herança das cartas políticas burguesas e dos princípios iluministas inerentes às declarações de direitos, bem como dos provenientes agora da nova modernidade capitalista, de livre mercado, pautada na tolerância e no perfil liberal individualista.

Nesse sentido, a incorporação do modo de produção capitalista e a inserção do liberalismo individualista tiveram uma função importante no processo de positivação do direito estatal e no desenvolvimento específico do direito público das antigas colônias ibéricas. Cabe reconhecer que o individualismo liberal e o ideário iluminista dos direitos do homem penetraram na América hispânica, no século XIX, em sociedades fundamentalmente agrárias e, em alguns casos, escravagistas, nas quais o desenvolvimento urbano e industrial era praticamente nulo.

Desse modo, a juridicidade moderna de corte liberal vai repercutir diretamente sobre as estruturas institucionais dependentes e reproduutoras dos interesses coloniais das metrópoles. Tem sido próprio na tradição latino-americana, seja na evolução teórica, seja na institucionalização formal do direito, que as constituições políticas consagrem, abstratamente, igualdade formal perante a lei, independência de poderes, soberania popular, garantia liberal de direitos, cidadania culturalmente homogênea e a condição idealizada de um Estado de direito universal.

Na prática, as instituições jurídicas são marcadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial, formas de democracia excludente, sistema representativo clientelista, experiências de participação elitista, e ausências históricas das grandes massas campesinas e populares. Certamente, os documentos legais e os textos constitucionais elaborados na América Latina têm sido, em grande parte, a expressão da vontade e do interesse de setores das elites hegemônicas, formadas e influenciadas pela cultura europeia ou anglo-americana. Poucas vezes, na história da região, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político reproduziram, rigorosamente, as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de campesinos agrários e os múltiplos movimentos urbanos.

Por fim, o terceiro e último fator diz respeito ao desempenho econômico, com a presente situação ficando mais nítida quando se infere que as relações econômicas estão globalizadas e os sistemas jurídicos acabam por se conectar, e, deste modo, a uniformização de arquétipos legais

proporciona uma maior segurança jurídica, aliada a uma redução de custos financeiros (Graziadei, 2015; Lima, 2020).

Ademais, a migração de ideias não é necessariamente boa ou ruim, independentemente do critério adotado, explícita ou implicitamente, para sua migração. Nesse contexto, Walker (2005) entende que a migração será negativa quando deixar de lado o contexto local, da ordem jurídica que está recebendo a norma jurídica migrante, para prestar uma exacerbada deferência ao contexto original da norma, o que ocasionaria uma “perda considerável de respeito à soberania do sistema democrático interno” (Lima, 2020, p. 204).

Por outro lado, as migrações podem ser benéficas quando sobressaem ao pensamento nacional que seja pouco desenvolvido e, além disso, quando atuam como paradigma para a construção de um projeto interno, próprio do país receptor, uma vez que o sistema jurídico, ao receber a nova norma, irá interpretá-la e adaptá-la ao seu próprio ordenamento, devendo ser consideradas todas as questões culturais e estruturais (Walker, 2005).

Por fim, ressalta-se que mesmo no caso de migrações/transferências, as quais, diferentemente dos transplantes, observam o contexto em que a norma se insere e vai ser inserida, é preciso observar se as culturas, o ambiente e mesmo a economia dos países de origem e destinatários são semelhantes, pois “um país não pode tomar emprestado uma regra ou instituto jurídicos que sejam expressa e estranhamente contrários à sua doutrina” (Lima, 2020, p. 206).

A partir do exposto, é possível entender as migrações/transferências entre ordens jurídicas distintas como um fato que ocorre com certa regularidade. Com isso, para que tais migrações/transferências sejam exitosas e não sejam inseridas indistintamente em ordenamentos exógenos, é preciso observar os contextos enunciados anteriormente, para assim ser possível estabelecer um diálogo constitucional, o qual será tratado a seguir.

3 DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

No que se refere à comunicação entre ordenamentos jurídicos, tanto os transplantes jurídicos quanto as migrações de ideias atuam como mecanismos de promoção do diálogo entre ordenamentos e, tratando-se da incorporação de normas constitucionais estrangeiras na constituição nacional, encontram-se diante de um diálogo constitucional, sendo possível assim falar em migração de ideias constitucionais.

Nesse sentido, Silva (2010) apresenta a dicotomia, presente no contexto da integração jurídica e que pode ocorrer por uma integração institucional-legal, a qual possui como premissa a

necessidade de uma legislação comum, bem como um parlamento e até mesmo uma constituição comuns, de modo que seja possível ocorrer uma integração jurídica.

A segunda forma de integração, que interessa diretamente ao objeto do presente estudo, é apresentada, de forma discursiva, como aquela em que não se faz necessária a existência de jurisdição ou constituição comum; quando muito, são percebidas similaridades de cunho social, econômico e cultural (Silva, 2010).

A partir disso, o referido autor infere os dois mecanismos citados nos tópicos anteriores como formas de estabelecimento de um diálogo entre constituições, empréstimos ou transplantes e migrações ou transferências, e para a referida comunicação constitucional posiciona-se pela prevalência da migração, uma vez que “integração implica algo mais livre e multilateral” (Silva, 2010, p. 519).

Com base nisso, rememorando o pensamento que Walker (2005) apresenta acerca das migrações, elas se configuram em um mecanismo útil no que se refere à comunicação interestatal acerca de normas constitucionais, uma vez que, diferentemente dos transplantes, as migrações não estabelecem uma situação de doador e receptor, uma relação de causa e efeito necessária para com a norma jurídica migrante.

Desse modo, é possível inferir que, para fins de diálogo constitucional, a migração de ideias é o melhor mecanismo para ocorrer a comunicação entre ordenamentos jurídicos. Isso é justificado pelo fato de que, em tal mecanismo, é respeitado o contexto social que circunda a produção, interpretação e aplicação da norma jurídica. Além disso, a migração de ideias compreende o direito a partir da sociedade que o organiza.

Sendo assim, entende-se que a movimentação das normas constitucionais de um sistema jurídico para outro, de uma sociedade para outra, consubstancia a migração de ideias constitucionais, nas quais não ocorre a simples transposição literal da norma, como proposto por Watson (1974) acerca dos transplantes jurídicos, mas a migração da ideia, que será adequada à realidade na qual encontrar destino (Teixeira; Fonseca Junior, 2019).

Portanto, a integração jurídica entre distintas constituições não pressupõe a existência de instituições comuns, mas sim a realização do exercício de conhecer e compreender as realidades jurídico-sociais de onde as normas estão sendo colhidas e de para onde estão sendo migradas, pois, ainda que possam existir instituições comuns, esse não é o fator principal (Silva, 2010). Ademais, Teixeira e Fonseca Junior (2019, p. 44) inferem que:

[...] a migração de ideias constitucionais rompe com a discussão clássica entre a vinculação ou não vinculação de instâncias [sic] constitucionais, sejam (ou não) supranacionais. Isto

porque, a discussão, além de ser multilateral entre os sistemas, se restringe a integrar ou sistematizar por meio de teorias Constitucionais, não por uma lógica jurídica formal e legal.

Nesse sentido, a migração de ideias constitucionais permite que as normas se movimentem entre os ordenamentos sem que haja uma necessária vinculação entre a constituição de origem e a constituição receptora, uma vez que, ao chegar no seu destino, a norma constitucional deverá ser adaptada ao contexto novo, podendo adquirir formas e finalidade distintas das que possuía inicialmente.

A presente situação encaminha o trabalho para o seu objeto de discussão – a omissão inconstitucional –, o qual se encontra presente no sistema de controle de constitucionalidade na Constituição portuguesa de 1976, que exerceu uma certa influência na Constituição brasileira de 1988, sendo, a referida situação, tratada adiante.

4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A princípio, para tratar da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) é necessário compreender o sistema em que o mecanismo está inserido, ou seja, o sistema de controle de constitucionalidade, o qual pode ser entendido como a valoração de normas jurídicas, estabelecendo como parâmetro a própria constituição. Nesse sentido, Dimoulis e Lunardi (2016) inferem que, para ocorrer tal controle, é preciso que coexistam três condições, sendo elas a existência de um ordenamento jurídico organizado, com nítida hierarquização das normas, admitindo como topo do ordenamento a própria constituição, e a existência de um órgão que atue como protetor da constituição – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) recebeu a incumbência de proteger a constituição, conforme prescrito no artigo 102, *caput*, da Constituição brasileira de 1988 (Brasil, 1988). Quanto ao fiscal da observância aos ditames constitucionais, Dimoulis e Lunardi (2016) prescrevem a terceira condição necessária à realização do controle de constitucionalidade, a qual se observa na competência dada ao fiscal, ou guardião, para verificar a compatibilidade das normas com a constituição.

Como citado anteriormente, a CF/88 atribui ao STF a função de guardar a constituição e realizar o controle de constitucionalidade de suas normas, haja vista a capacidade de julgar as ações de constitucionalidade, podendo ser Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), previstas nos artigos 102 e 103 da CF/88 (Brasil, 1988).

A partir disso, observa-se que o objeto central do presente estudo está inscrito entre as modalidades constitucionais de controle das normas, possuindo como parâmetro a constituição, sendo imperioso destacar o que seria a omissão que pode configurar a inconstitucionalidade.

4.1 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A compreensão do atual contexto jurídico de eficácia normativa dos preceitos constitucionais requer uma certa digressão ao momento da gradual emancipação da sociedade do poder absolutista dos reis. Nesse sentido, destaca-se que, à época do processo revolucionário burguês, com a insurgência das revoluções francesa, inglesa e estadunidense, o objetivo dos códigos era regular a atuação do rei, utilizando-se para isso de uma interpretação autêntica, para que na aplicação deles fossem observadas as intenções do legislador quando da feitura da norma, assim limitando o âmbito de discricionariedade e de arbítrio.

Nesse sentido, os códigos à época do Iluminismo apresentam-se com matiz jusnaturalista, como verdadeiros atos revolucionários, uma vez que se buscava uma certa humanização a partir de uma legislação pautada na razão e, por consequência, liberta da irrestrita crença nas autoridades (Wieacker, 1967).

De outro modo, no curso histórico de evolução da sociedade, bem como do direito, foi percebido que o positivismo do século XIX não se fazia suficiente para compreender de forma ampla a realidade social a qual se buscava regular. Para tanto, a partir desse contínuo processo de mudanças das realidades jurídicas e sociais, chegou-se à necessidade de normas que abarcassem para além da limitação do poder do soberano, e que materializassem direitos ao povo.

Como corolário do constitucionalismo, surge o fenômeno da codificação do direito constitucional, que se materializou no arquétipo jurídico mais adequado aos ideais da burguesia, ao atender aos paradigmas de estabilidade e segurança jurídicas. As constituições sistematizadas, ao organizarem um Estado e estabelecerem um rol de direitos, fizeram com que alguns órgãos governamentais concentrassem grandes parcelas de poder político no Poder Executivo.

Conforme aduz Grimm (2007), a constituição moderna fixava em um documento com forma jurídica, com pretensão sistemática e exaustiva, a exigência de como devia ser organizado e exercido o poder do Estado. Já não se referia à situação juridicamente criada, senão à norma criadora daquela: a constituição se erigiu, assim, em conceito normativo. Nesse novo sentido, de forma alguma se pode dizer que todos os Estados tiveram uma. A existência de um documento constitucional, contendo os direitos fundamentais e da representação popular, tornou-se a marca registrada para a classificação

do poder do Estado, e a questão de saber se ele só poderia reivindicar a legitimidade de Estado constitucional entendido nesse sentido dominou todo o século XIX.

Nesse contexto, as constituições do século XX, com destacada proeminência da Constituição mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, adotaram um matiz dirigente, objetivando não apenas estabelecer uma ótica positivista de limitação da discricionariedade do soberano, mas de realizadora das necessárias mudanças sociais. Para tanto, foi observada a necessidade de realizar direitos sociais, tais como saúde, moradia e segurança, para ser possível, a partir da realização dessas necessidades básicas, a realização do exercício pleno dos direitos civis e políticos.

A partir desse contexto, as constituições contemporâneas, ancoradas em uma hermenêutica concretizadora, buscam não apenas regular a situação presente ao tempo de sua feitura, mas apontar o caminho a ser seguido no futuro da sociedade sob sua regência. Para tanto, os constituintes utilizam-se das normas de eficácia plena, as quais não precisam de intervenção do legislador ordinário para que os cidadãos usufruam de seus direitos; de eficácia contida, as quais podem ser restringidas pelo legislador; e de eficácia limitada, as quais precisam de uma atuação legislativa positiva para que seja possível usufruir de tais direitos (Bonavides, 2019).

Sendo assim, ao que interessa ao vertente trabalho, as normas de eficácia limitada são aquelas que podem levar à omissão do legislador, uma vez que a não concretização dessas normas configura o não cumprimento de uma determinação constitucional, haja vista que a norma imposta pelo constituinte não é capaz de se realizar por si mesma. Assim, na ausência de medidas legislativas capazes de proporcionar a materialização da norma, encontrar-se-á o legislador em mora, restando configurada uma possível omissão inconstitucional (Lima, 2014; Miranda, 1996).

Desse modo, é imperioso destacar que não é qualquer omissão que restará caracterizada como inconstitucional. Nesse sentido, Lima (2014) aponta que a omissão inconstitucional advém da não observância de um mandamento de ação constitucional e, seguindo o presente raciocínio, Canotilho (2003) infere que os mandamentos constitucionais de ação precisam destacar uma vinculação, permanente e concreta, do legislador ordinário quanto à realização de atos legislativos necessários à concretização das normas de eficácia limitada.

Sendo assim, é necessário que a omissão, para ser inconstitucional, reflita a não regulamentação de um mandamento constitucional pré-estabelecido, o qual, nos casos das normas constitucionais de eficácia limitada, necessitam de uma regulamentação prévia para o seu pleno exercício (Dimoulis; Lunardi, 2016).

Contudo, deve ser destacado também que, segundo Barroso (2012), a inconstitucionalidade por omissão não pode ser inferida diante de normas programáticas, uma vez que tais normas

apresentam uma disposição genérica de atuação estatal, não se configurando uma relação direta de causa e efeito à atuação do legislador, como é possível depreender-se das normas de eficácia limitada.

Ademais, o processo legislativo possui uma mora inerente ao debate político jurídico que se encontra presente nas casas legislativas. Desse modo, é necessário observar a existência do lapso temporal necessário à configuração de um estado de mora legislativa, igual ou superior ao que se comprehende como necessário para a configuração de omissão constitucional.

Nesse sentido, Lima (2014) aponta duas situações diversas com que os legisladores podem se deparar. A primeira diz respeito à fixação, por parte da própria constituição, de determinado prazo para realização de uma norma, enquanto a segunda se refere à ausência de fixação de um prazo específico para que o legislador implemente as medidas necessárias.

Quanto à situação de fixação de prazos específicos, esta pode ser percebida em alguns artigos dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CF/88, tais como o prazo de noventa dias para criação da Comissão de Estudos Territoriais, previsto no artigo 12 do ADCT, bem como o prazo de cento e oitenta dias para a realização da revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas, conforme dispõe o artigo 20 do ADCT (Brasil, 1988).

Assim, partindo da compreensão quanto à eficácia das normas constitucionais, da existência de normas de eficácia limitada, da necessária vinculação do legislador ordinário quanto à realização de tais normas, bem como dos mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, faz-se necessário compreender, no contexto dos diálogos constitucionais, como ocorreu a chegada do controle da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento jurídico brasileiro, o que será tratado adiante.

4.2 CONTROLE DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: CASO LUSO-BRASILEIRO

A partir da presente contextualização e voltando-se a responder à pergunta de partida, é preciso analisar os pontos convergentes e divergentes presentes em ambas as constituições para destacar, no contexto dos diálogos constitucionais, a observância de um transplante jurídico, nos moldes do que fora proposto por Watson (1974), ou a configuração de uma migração de ideias constitucionais, com as devidas adaptações ao contexto jurídico-social brasileiro.

É devida a compreensão de que o momento histórico em que a Constituição brasileira de 1988 se insere representa um novo paradigma da trajetória do Estado brasileiro, uma vez que se encerrava um período autoritário e se instaurava um regime democrático. O novo e atual regime,

pautado na promoção e garantia de direitos fundamentais, conta com a atuação do corpo legislativo para regulamentação dos direitos que carecem de atuação posterior à promulgação da Constituição.

Em face disso, Rosa (2006) aponta que a Constituição, para além de realizar a positivação de direitos e garantias fundamentais, preocupa-se com a ineficácia desses direitos em momentos anteriores, a qual se dava principalmente por falta de regulamentação legislativa. De forma análoga, Clève (2000) infere que a não realização do mandamento constitucional por parte do legislador infraconstitucional caracteriza um silêncio transgressor.

Nesse sentido, adentrando no caso luso-brasileiro, a Constituição portuguesa de 1976 trata da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no artigo 283 de seu texto, enquanto a Constituição brasileira de 1988 traz o referido mecanismo em seu artigo 103, parágrafo 2º (Brasil, 1988; Portugal, 1976). Além disso, cabe destacar que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe da Lei nº 9.868/99, a qual versa acerca do processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, bem como das ações declaratórias (Brasil, 1999).

Uma vez identificado onde se encontra o instrumento das omissões inconstitucionais nas duas constituições, portuguesa e brasileira, faz-se necessário realizar um detalhamento de sua aplicabilidade à realidade jurídica de cada país. Com base nisso, observa-se que os mecanismos trazidos pelas constituições apresentam um distinto rol de legitimados para propositura da ação e que, ainda que em alguns pontos sejam convergentes, o rol brasileiro é mais amplo que o rol português.

A Constituição portuguesa de 1976 aponta como legitimados à propositura da ação o Presidente da República, o Provedor da Justiça e os Presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autônomas para o caso de violação de direitos das referidas regiões (Portugal, 1976). Quanto à Constituição brasileira de 1988, o rol de legitimados para a inconstitucionalidade por omissão são os mesmos da inconstitucionalidade por ação, sendo eles o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme o artigo 103 da CF/88 e artigo 2º da Lei nº 9.868/99 (Brasil, 1988, 1999).

Ressalta-se que a amplitude do rol de legitimados observada em cada país possibilita um vislumbre da profusão que as omissões inconstitucionais podem ocasionar em cada ordenamento jurídico, uma vez que, possuindo um rol mais amplo, é possível que diferentes setores jurídicos e sociais participem do processo de controle de constitucionalidade. A suscitada situação é perceptível no caso brasileiro no que se refere à participação dos partidos políticos, da OAB e dos órgãos de

classe nacionais, legitimados para propor a ação.

A partir disso, é possível observar a notória diferença no que se refere à amplitude do rol de legitimados à propositura da ação de constitucionalidade por omissão. Desse modo, destaca-se que a Constituição brasileira de 1988 confere maior capacidade de atuação, para realizar a fiscalização das omissões inconstitucionais, aos representantes do povo, destacando-se em um primeiro momento a maior amplitude de atuação no caso brasileiro em comparação ao caso português.

Contudo, Mendes e Branco (2022) ressaltam que, nos casos de iniciativa privativa do Presidente da República, de Governador e das Mesas do Senado e da Câmara, tais legitimados não podem realizar a proposição de ação de constitucionalidade por omissão, uma vez que, sendo os próprios responsáveis pela propositura da norma, seriam eles os destinatários da ação de constitucionalidade por omissão.

Nesse primeiro momento, denota-se que, quanto ao corpo de legitimados, o instituto da omissão inconstitucional sofreu alterações significativas quando foi assimilado do ordenamento português para o brasileiro. Em face disso, é notório que o viés democrático, com inclusão, na Constituição brasileira, da sociedade civil, sobressai-se ao da Constituição portuguesa, o que demonstra uma atenção, do legislador infraconstitucional brasileiro, aos princípios teleológicos apregoados na CF/88.

No que se refere ao órgão julgador da ação, Portugal atribui tal competência ao Tribunal Constitucional, conforme o artigo 283 (Portugal, 1976), enquanto o Brasil confere a competência ao Supremo Tribunal Federal, conforme o artigo 102 (Brasil, 1988). Nesse sentido, o processamento e o julgamento do controle da constitucionalidade por omissão em ambos os países se encontram restritos à cúpula do Poder Judiciário.

Por se tratar de ações com impacto direto no texto da própria constituição, é coerente a atribuição dos julgamentos das omissões inconstitucionais aos órgãos máximos de cada ordenamento, uma vez que o Tribunal Constitucional português “é o Tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional”, conforme o artigo 221 da Constituição portuguesa de 1976 (Portugal, 1976).

No mesmo sentido, o artigo 102 da CF/88 traz o Supremo Tribunal Federal como guardião da constituição, o que implica o processamento e julgamento originário das ações de constitucionalidade (Brasil, 1988). Ademais, é preciso ressaltar que o caso brasileiro apresenta peculiaridades, uma vez que o STF faz as vezes de corte constitucional, turma recursal e tribunal originário, para os casos de ações de foro privilegiado.

Na sequência, destaca-se que os efeitos das decisões das referidas cortes são distintos em

ambos os países. No caso português, o Tribunal Constitucional, a partir da norma presente no artigo 283, encontra-se limitado a dar conhecimento da mora ao órgão legislativo, podendo também se observar que a Constituição portuguesa não abarcou os casos de omissões dos órgãos administrativos e, além disso, não estabeleceu providências a serem tomadas pelo Judiciário em caso de manutenção do estado de inércia quanto à regulamentação da referida omissão. Ao contrário, na Constituição brasileira, as decisões do STF podem se limitar a informar, ao órgão competente pela legislação do tema, quando da ocorrência de omissão legislativa, bem como podem estabelecer o prazo de trinta dias para a realização do ato, no caso de omissão administrativa, conforme se depreende do artigo 12-H da Lei nº 9.868/99 (Brasil, 1999).

Outrossim, a referida lei brasileira confere eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões de constitucionalidade, perante os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como em relação às esferas federais, estaduais e municipais do Poder Executivo, conforme o parágrafo 2º do artigo 12-H, combinado com o parágrafo único do artigo 28, ambos da Lei nº 9.868/99 (Brasil, 1999).

Com isso, as constituições portuguesa e brasileira apresentam uma diferenciada abrangência das decisões dos seus órgãos julgadores, impactando diretamente na eficácia das decisões e na consequente utilização do mecanismo de controle de constitucionalidade por omissão nos referidos ordenamentos jurídicos.

Em face disso, denota-se que a capacidade de influenciar no processo de resolução das omissões constitucionais é mais proeminente no caso brasileiro, haja vista que as decisões do STF possuem maior possibilidade de promover efeitos práticos na realidade jurídica, com potencial capacidade de impulsionar o Legislativo então em estado de inércia. No mesmo sentido, deve-se entender que o princípio da separação dos poderes não é sucedâneo de inamovibilidade do Poder Judiciário em face da morosidade do Legislativo.

Nesse sentido, a independência e a harmonia dos Poderes da União, dispostas no artigo 2º da CF/88, bem como no artigo 2º da CP/76 (a qual traz “separação e interdependência de poderes”), são mecanismos promotores da concretização dos direitos e garantias fundamentais, bem como de estruturação e manutenção do Estado. Acerca disso, Lima e Villas Bôas Filho (2018, p. 206) argumentam que “[...] historicamente, a separação dos poderes se afigura como instrumento de fortalecimento da diferenciação comunicativa, consequentemente de inibição do abuso de poder”.

Por esse viés, a concepção apresentada por Watson (1974), de que os institutos jurídicos poderiam ser transplantados de um ordenamento jurídico a outro sem necessidades de adaptações às culturas jurídicas do doador e do receptor, não é observado no caso luso-brasileiro.

Ao contrário, percebe-se que no processo migratório do instituto, de Portugal para o Brasil,

e aqui possibilitando um vislumbre das conclusões seguintes, as omissões inconstitucionais foram adequadas ao contexto jurídico-institucional brasileiro, possibilitando que os poderes realizassem a manutenção do equilíbrio entre si, bem como promovendo uma maior atenção à necessidade de materialização de direitos.

No caso brasileiro, o valor democrático incrustado na CF/88 promoveu o que Setti (2021, p. 18) nomeou de “irritação legal”, no que se refere à promoção e garantia dos direitos fundamentais e, no caso das omissões inconstitucionais, aos direitos carentes de atuação legislativa posterior para adquirirem eficácia plena. Nesse sentido, o instituto da omissão inconstitucional brasileiro, de inspiração portuguesa, adquiriu contornos nacionais necessários à sua adaptação à realidade jurídica nacional, bem como aos princípios da própria CF/88.

Na sequência, é pertinente destacar os casos de permanência do estado de mora legislativa. Para tanto, Rothenburg (2010) infere que a decisão que verifica a existência da omissão inconstitucional estabelece de plano uma censura judicial, a qual, ainda que simbólica, faz-se politicamente relevante. Além disso, atesta judicialmente que o Poder Legislativo se encontra em mora com a realização de determinada norma constitucional de eficácia limitada – situação que configura responsabilidade civil do Estado.

Por fim, a permanência do estado de mora pode: (1) gerar a caracterização da responsabilidade pessoal do agente público, por improbidade administrativa, conforme o parágrafo 4º do artigo 37 da CF/88 e a Lei nº 8.429/92; (2) configurar crime de desobediência, em consonância com o artigo 330 do Código Penal; bem como (3) crime de responsabilidade, trazido pela Lei nº 1.079/50, o qual teria impacto direto na esfera política.

Caminhando no mesmo sentido, de ampliação da eficácia das decisões, Piovesan (2003) aponta que, após minuciosa análise de caso concreto e em observância ao decurso do lapso temporal necessário à discussão e implementação da norma, o STF poderia dispor da matéria de forma normativa, provisoriamente, até que a atuação do legislador se fizesse presente. De tal modo, restaria respeitado o princípio da separação dos poderes, conforme o artigo 2º da CF/88, bem como respeitarse-ia a exigência de efetivação das normas constitucionais.

Desse modo, voltando-se a realidade da eficácia das decisões de inconstitucionalidade por omissão, vale destacar a posição de Miranda (1996), na qual se observa o valor irrisório dos efeitos das decisões acerca das omissões, situação a qual, principalmente no caso português, pode suscitar dúvidas se o Tribunal Constitucional exerce de fato um controle de constitucionalidade por omissão ou se realiza apenas uma defesa retórica da constituição. A presente situação do caso português é destacada por Abreu (2011), que informa que até o vigésimo quinto aniversário de promulgação da

Constituição portuguesa, apenas quatro decisões acerca de inconstitucionalidade por omissão haviam sido prolatadas pelo Tribunal Constitucional português.

Compreender que atuação do Judiciário é necessária quando os representantes populares se escusam de suas atividades faz parte do processo de respeito à constituição; nesse sentido, Lima e Villas Bôas Filho (2018, p. 210), em referência à abertura dos sistemas de Luhmann (2005), inferem que

[...] quando o julgador se depara com a separação dos poderes, no ato de julgar, como limitador da concretização de um direito, precisa servir-se da sociologia luhmanniana para lembrar primeiramente que os tribunais são os responsáveis pelo fechamento operacional do direito em face da desilusão: incumbidos de dizer se a conduta é conforme ou disforme ao direito.

Por essas razões, o instituto das omissões inconstitucionais, no caso brasileiro, apresenta uma maior possibilidade de produzir resultados práticos de ampliação do acesso a direitos fundamentais, o que já não é tão perceptível no caso português. Nesse sentido, é possível suscitar que as ideias presentes na Constituição portuguesa não foram transpostas de forma direta e indiscriminada para a Constituição brasileira, tampouco para o ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, é possível observar que, especificamente quanto à inconstitucionalidade por omissão, há similaridades entre Brasil e Portugal em relação à eficácia das decisões prolatadas pelos órgãos judiciais, constatando-se, contudo, que o caso português é mais problemático que o caso brasileiro, haja vista os efeitos das decisões e a atuação das cortes, relacionadas ao referido mecanismo de controle de constitucionalidade em ambos os países.

Nesse sentido, os institutos das omissões inconstitucionais presentes nas constituições portuguesa de 1976 e brasileira de 1988 apresentam uma série de pontos divergentes entre si, denotando uma maior adaptação de cada instituto ao contexto jurídico-social em que se insere.

Portanto, é possível observar uma aproximação do caso luso-brasileiro das omissões com as bases conceituais da migração de ideias, uma vez que, ainda que haja similaridade entre os institutos presentes em ambas as constituições, há modificações realizadas para melhor compatibilização ao cenário de aplicação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da realidade jurídica constitucional contemporânea, observa-se que os ordenamentos jurídicos dialogam entre si e, além disso, que a partir desse diálogo é também possível que as normas

presentes em uma constituição migrem para outra, sendo assim deslocadas para uma diferente realidade jurídica, política e social.

Nesse sentido, é imperioso destacar que o direito é muito mais que o sistema de regras aplicáveis a partir da apreciação do caso concreto e sua devida compatibilização com a norma. O direito advém de uma construção político-social, sofrendo influência da realidade fática que o circunda. Assim, para compreender o direito, é necessário voltar para o contexto em que ele se encontra inserido.

Desse modo, a partir da existência de um diálogo constitucional, o questionamento acerca dos transplantes jurídicos em contraposição à migração de ideias, e, no caso luso-brasileiro das omissões inconstitucionais, de ideias constitucionais, é pertinente e necessário, uma vez que compreender a realidade jurídica de um dado instituto jurídico é imperioso para o reconhecimento de suas debilidades e potenciais melhorias.

A partir disso, observa-se que o instituto dos transplantes jurídicos, tal como proposto por Watson (1974) e no caso específico da inconstitucionalidade por omissão presente tanto na Constituição portuguesa de 1976 quanto na Constituição brasileira de 1988, não se realiza. Ao contrário, a situação percebida na elaboração do presente trabalho demonstra que a inconstitucionalidade por omissão representa uma migração de ideias constitucionais, uma vez que os mecanismos de controle de constitucionalidade referentes aos casos de omissões inconstitucionais, ainda que sejam semanticamente semelhantes nos dois países, possuem diversas diferenças jurídicas, tanto no que se refere aos seus legitimados quanto ao efeito das decisões proferidas pelas referidas cortes constitucionais.

Nesse contexto, foi percebido que o rol de legitimados no caso português é notoriamente menor em comparação com o caso brasileiro. Ademais, o Tribunal Constitucional português limita-se à constatação da ocorrência da omissão inconstitucional e comunicação ao órgão legislativo competente, ao passo que o Supremo Tribunal Federal, além de notificar o órgão competente, pode estabelecer o prazo de trinta dias para a realização do ato administrativo necessário à realização e efetividade da norma constitucional.

Com isso, percebe-se que o STF opera para além da omissão inconstitucional legislativa, abarcando também as omissões inconstitucionais configuradas no âmbito administrativo, situação que demonstra um maior nível de atuação e impacto das decisões de inconstitucionalidade por omissão no caso brasileiro, quando comparado àquele observado no caso português.

Por fim, também deve ser destacado que, ainda que a problemática da eficácia das decisões do órgão julgador seja uma constante em ambos os casos, tanto em Portugal como no Brasil é

observada uma diminuta efetividade das decisões no que se refere à superação do estado de inércia, sendo possível inferir que as ideias constitucionais presentes na Constituição portuguesa de 1976 foram adaptadas à realidade jurídica da Constituição brasileira de 1988, havendo ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 9.868/99, que disciplina o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Portanto, em resposta à pergunta de partida estabelecida como norte do vertente estudo, o que ocorreu no caso luso-brasileiro foi, em vez de um simples transplante jurídico de uma norma constitucional, uma migração de ideias constitucionais em um contexto de diálogo, no qual se realizou, para o cenário brasileiro, a migração de ideia presente na Constituição portuguesa, com modificações necessárias à exequibilidade do mecanismo de controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento** – A inércia do legislador e suas consequências. Curitiba: Juruá, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://tinyurl.com/3t94m3cb>. Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://tinyurl.com/ypf3d6vb>. Acesso em: 10 jun. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHOUDHRY, Sujit. Migration as a New Metaphor in Constitutional Law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1-36.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA JÚNIOR, Ernane Salles da. Constitucionalismo e hermenêutica crítica da consciência histórica: Ricoeur, leitor de Gadamer. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Brasília, a. 57, n. 228, p. 165-178, out./dez. 2020. Disponível em: <http://tinyurl.com/3zsj5tjx>. Acesso em: 5 jun. 2022.

COSTA, Dilvanir José da. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018. Disponível em: <http://tinyurl.com/ynkbsuz8>. Acesso em: 9 ago. 2022.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FRANKENBERG, Günter. Constitutional transfer: The IKEA theory revisited. **International journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 8, n. 3, p. 563-579, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução Énio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 441-486.

GRIMM, Dieter. Multiculturalidad y derechos fundamentales. In: DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. **Derecho constitucional para la sociedad multicultural**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 51-69.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 5. ed. Trad. de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1995. 2 v.

KAHN-FREUND, Otto. On Uses and Misuses of Comparative Law. **The Modern Law Review**, [s. l.], v. 37, n. 1, p. 1-27, January 1974.

LEGRAND, Pierre. A Impossibilidade de “Transplantes Jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, [s. l.], v. 9, n. 1, 2014. Disponível em: <http://tinyurl.com/54u5fmc2>. Acesso em: 11 jun. 2022.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. **Paradoxo entre Constitucionalismo e Democracia**: alternativas à colmatação de lacunas inconstitucionais no Brasil. 2014. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <http://tinyurl.com/3uynnv6a>. Acesso em: 5 jun. 2022.

LIMA, Fernando Rister de Sousa; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistemática. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 189-220, jan./abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.56247>. Disponível em: <http://tinyurl.com/2s3v3ecr>. Acesso em: 28 abr. 2023.

LIMA, Walenber Rodrigues. **Estado de Coisas Inconstitucional como técnica para a solução de litígios estruturais em sede de controle difuso incidental no Brasil**. 2020. 296 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

Disponível em: <http://tinyurl.com/2s3fhm8a>. Acesso em: 8 jun. 2022.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005.

MCCRUDDEN, Christopher. A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights. **Oxford Journal Of Legal Studies**, [s. l.], v. 20, n. 4, p. 499-532, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1.304-1.327.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PORUTAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 1976. Disponível em: <http://tinyurl.com/5e5km54a>. Acesso em: 10 jun. 2022.

ROSA, André Vicente Pires. **Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2010.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **System Of The Modern Roman Law**. New York: Hyperion Press, 1980. v. 1.

SETTI, Matheus Gomes. **Migração de Ideias Constitucionais**: a reserva do possível entre a Alemanha e o Brasil. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. Disponível em: <http://tinyurl.com/ypt4tc4c>. Acesso em: 10 jun. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (ed.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-530.

STEIN, Eric. Uses, Misuses—and Nonuses of Comparative Law. **NW. U. L. Rev.**, [s. l.], v. 72, n. 2, p. 198-216, 1977.

TEIXEIRA, Carla Noura; FONSECA JUNIOR, Mauro Augusto Ferreira da. A Migração de Idéias

Constitucionais como Mecanismo de Diálogo Jurisdicional: estudo entre a relação da Corte Européia e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. **Rev. Brasileira de Teoria Constitucional**, Goiânia, v. 5. n. 1. p. 36-53, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://tinyurl.com/yc4y4tvy>. Acesso em: 25 jun. 2022.

WALKER, Neil. The Migration of Constitutional Ideas and the Migration of the Constitutional Idea: the Case of the EU. **EUI Working Paper LAW No 2005/04**, San Domenico, April 2005.

WATSON, Alan. **Legal Transplants**: An Approach to Comparative Law. 2. ed. Georgia: University of Georgia Press, 1974.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, IX, 2010, Curitiba. **Anais** [...]. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010. p. 143-155.