

# SILÊNCIO DOLOSO E OMISSÃO VIOLENTA

WRONGFUL SILENCE AND VIOLENT OMISSION

SILENCIO DOLOSO Y OMISIÓN VIOLENTA

## SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Violência e poder; 3. Omissão violenta; 4. Silêncio normatizador; 5. Norma implícita inconstitucional; 5.1 Norma implícita na omissão total; 5.2 Norma implícita na omissão parcial; 6. Discriminação institucionalizada; 7. Conclusão; Referências.

## RESUMO:

O estudo propõe analisar a violência política em suas conexões com o problema da omissão normativa do Estado violadora de direitos fundamentais. Embora a omissão normativa seja um fenômeno intensamente estudado pela ciência do direito, porque é sobre esta base científica que se pode melhor compreendê-lo, está longe de ser um problema apenas jurídico. Nestes termos, o objetivo é aproximar o problema da omissão normativa do conceito de violência política, e assim expor a hipótese de que as injustiças e desigualdades sociais quando alimentadas por reiterados movimentos disfuncionais do Poder Público perpetua, neste contínuo, violência institucional do Estado. O estado de violência a que se refere o estudo é projetado pela ausência ou insuficiência normativa que impinge à sociedade o atraso no desenvolvimento social e injustiças especialmente a grupos vulneráveis.

Como citar este artigo:

HERANI, Renato.  
Silêncio doloso e  
omissão violenta.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 37, 2022,  
p. 451-480

Data da submissão:  
20/04/2019

Data da aprovação:  
08/07/2021

### **ABSTRACT:**

The study proposes to analyze political violence in its connections with the problem of normative omission of the State as a violator of fundamental rights. Although normative omission is a phenomenon intensely studied by the science of law, because it is on this scientific basis that it can better understood it, it is far from being a legal problem alone. The objective is to approach the problem of normative omission of the concept of political violence, and thus to expose the hypothesis that social injustices and inequalities, when fueled by repeated dysfunctional movements of the Public Power perpetuate, in this continuum, institutional violence of the State. The state of violence referred to in the study is projected by the absence or insufficiency of legislation that impinges upon society the backwardness of social development and injustices especially to vulnerable groups.

### **RESUMEN:**

El estudio propone analizar la violencia política en sus conexiones con el problema de la omisión normativa del Estado que viola derechos fundamentales. Si bien la omisión normativa es un fenómeno profundamente estudiado por la ciencia del derecho, puesto que es sobre esta base científica que se puede comprender mejor, está lejos de ser un problema solo jurídico. En estos términos, el objetivo es aproximar el problema de la omisión normativa del concepto de violencia política, de esa manera, presentar la hipótesis de que las injusticias y desigualdades sociales cuando son alimentados por reiterados movimientos disfuncionales del Poder Público perpetúan, en este continuo, la violencia institucional del Estado. El estado de violencia que hace referencia el estudio es proyectado por la ausencia o insuficiencia normativa que imponga a la sociedad el retraso en el desarrollo social e injusticias, especialmente a los grupos vulnerables.

### **PALAVRAS-CHAVE:**

Violência; Política; Omissão; Lei; Inconstitucionalidade.

### **KEYWORDS:**

Violence; Politics; Omission; Law; Unconstitutionality.

**PALABRAS CLAVE:**

Violencia; Política; Omisión; Ley; Inconstitucionalidad.

**1. INTRODUÇÃO**

Toda sociedade política almeja erradicar a violência, porém é tanto mais árduo tal intento quanto mais constata-se que este é um fenômeno multifacetário e ardiloso.

A violência tem sido investigada por inúmeras ciências sociais e naturais (a psicologia, a antropologia, a sociologia, a biologia, dentre outras), com muitas explicações sobre suas mais variadas manifestações no âmbito do indivíduo. Em geral são estudos que identificam a violência com o físico, e procuram eliminar a subjetividade conceitual em vista de respostas racionais às causas da agressividade humana (se é de origem intrínseca ao próprio sujeito, ou seja, *inata* e instintiva, ou se é resultante da construção cultural).

Há outra parcela considerável da comunidade científica ocupada em desvendar as conexões da violência com o poder. Intensamente estudada por muitos cientistas (Hanna Arendt, Michel Foucault; Eric Hobsbawm, dentre outros), esta perspectiva oferece outros contornos teóricos sobre a violência. O ser humano é observado em seu estado não biológico, mas político por natureza, e como tal é analisado por suas ações de dominação no âmbito da esfera pública, de modo que a violência é racionalizada não como um fenômeno biológico, mas político.

Nossa investigação ocupa-se justamente da violência política. Embora o denominador comum em relação à violência política é *grosso modo* a submissão do ser humano a toda sorte de situações de agudo desrespeito aos direitos fundamentais, partimos aqui do pressuposto de que suas manifestações atendem a certos padrões estruturais mercedores de minucioso estudo, em vista do necessário refinamento científico para se avançar com eficiência contra as causas reais da vulneração humana diante do Estado.

O presente estudo não tem por objetivo captar a violência política em toda sua magnitude. Tão pouco constitui um relato histórico do fenômeno, para o qual remontar-se-ia à Antiguidade até ao pensamento político dos Estados Modernos e, neste último estágio, aos símbolos da violência desde o Reino do Terror na superação ao Poder Absoluto, passando pela

luta das classes industriais dominantes até as reformulações impulsionadas pela política post-Auschwitz, além de tantos outros eventos que converteram o século XX nas palavras de Eric Hobsbawm em “o século mais assassino de que temos registro, tanto na escala, frequência e extensão da guerra que o preencheu” (2004, p. 22). Sem ser refratário às dimensões históricas da violência política, ao contrário, pressupondo-as, a pretensão aqui é comedida, buscamos conexões conceituais mais contemporâneas entre a violência e a política, focando um fenômeno bem específico, que é a *omissão normativa do Estado violadora dos direitos fundamentais*.

Embora a omissão normativa seja intensamente estudada pela ciência do direito, porque é sobre esta base científica que se pode melhor compreendê-la, está longe de ser um problema apenas jurídico. Essa é uma evidência especialmente na realidade brasileira, cuja sociedade de há muito agoniza pela falta de condições mínimas de sobrevivência digna ocasionada por inúmeros fatores, dentre eles está o que motiva este estudo: o silêncio doloso do Legislativo e do Executivo.

Nestes termos, adianta-se, a pretensão é de aproximar o problema da omissão normativa do conceito de violência política, e assim expor a tese de que as injustiças e desigualdades sociais quando são alimentadas por reiterados movimentos disfuncionais do Poder Público perpetuam, neste contínuo, uma violência institucional do Estado. Chamamos com tal tese a atenção para uma variável por vezes desconsiderada, e que nos leva a acreditar – e aqui está a instigação central deste estudo – que *o silêncio doloso do Estado* é um instrumento de violência política, e como tal projeta um padrão estrutural bem definido e delimitado.

A discussão ora proposta em vista da tese anunciada objetiva, sem evidentemente exaurir todas as implicações, uma reflexão da violência no contexto da atuação legislativa em perspectiva teórica própria da contemporaneidade constitucional. Para tanto, estudaremos os sentidos da violência política, isso, é claro, na medida necessária para o desenvolvimento do estudo, para então fazer a conexão possível com o problema da omissão normativa, desvendando, por fim, tal fenômeno da perspectiva jurídica.

## 2. VIOLÊNCIA E PODER

O poder manifesta-se pelo domínio do espaço público com a imposição da força do Estado perante a sociedade. Já a se pensar que a força é

elemento suficiente, e não determinante para a definição da violência, então equivaleria dizer que violência e poder são sinônimos. Tal afirmação nos remete imediatamente ao que disse Hanna Arendt (2004, p. 23) em *Sobre a violência*: “Se a essência do poder é a efetividade do domínio, não existe então nenhum poder maior do que aquele que provém do cano de uma arma”. A provocação de Arendt caminha no sentido de se perquirir se o *poder* distingue-se da *força*, sob a tese de que a relação de dominação (essencial na caracterização do poder) se igualada a uma força qualificada (ou seja, legitimada pela lei ou pela Constituição) elidiria a própria ideia de força.

Aos que pensam negativamente, quer porque a violência é a mais flagrante manifestação de poder, quer porque é sua versão mais mitigada ou qualificada, disse Arendt (2004, p. 23), “o resultado é o mesmo”, ou seja, violência e poder seriam sinônimos. É desse entendimento comum e generalizado que resultou recorrente a afirmação de Max Weber (1979, p. 84): “O Estado é a única fonte do ‘direito’ a violência”; e, por isso, ainda Weber, “reclama (com êxito) para si o monopólio da violência física legítima”.

Porém, é de todo reveladora a inferência de Arendt (2004, p. 9) de que violência e poder não são a mesma coisa, embora exista “a tentação de se pensar no poder em termos de mando e obediência, e, por tanto, igualar o poder à violência”. Estas expressões apresentam, disse Arendt, uma *diferença de qualidade*, pois referem-se a fenômenos distintos e inconfundíveis em si, apesar de indicativos da mesma função, qual seja, são “os meios pelos quais o homem governa o homem” (ARENDR, 2004, p. 27). Para Arendt (2004, p. 28), a violência distingue-se por seu “caráter instrumental”, enquanto que o poder por ser a “habilidade humana de não apenas agir, mas de agir em unísono, em comum acordo” (ARENDR, 2004, p. 28), e, por isso, é “parte essencial de todo governo”, ao contrário da violência (ARENDR, 2004, p. 31).

Assim, a violência é sempre o meio a serviço de algum fim. Seus instrumentos se explicam pelo que com ela se busca, como historicamente vimos nas guerras e revoluções. A experiência revela que os instrumentos de violência são aplicados mirando um novo vigor e altivez ao poder em declínio ou degradação, mais comumente na Idade Média e início da Idade Moderna para restabelecer certa ordem política e, contemporanea-

mente, para operar reformas políticas profundas que doutro modo seriam impossíveis.

A instrumentalização da violência em vista de determinados fins políticos, tal como contundentemente foi defendido por Hanna Arendt, é instigante quando comparada essa ideia com o fenômeno do silêncio legislativo. O silêncio do Legislador seria uma manifestação natural do seu poder, considerando que é do seu exclusivo domínio a decisão de quando e sobre o que legislar ou, ao contrário, é um instrumento de violência política, por sua inércia na criação de leis diante de realidades sociais que clamam por intervenção legal? A resposta a tal indagação não estará correta se não orientada por um referencial espaço-temporal.

O momento revolucionário francês contra o *Ancien Régime* do final do século XVIII foi marcado pela onipotência do legislativo. Emblematizada por Montesquieu a insignificância do juiz que era a *bouche de la loi*, sua condição de mero tradutor da vontade popular dava a correta dimensão do papel do legislador na sociedade. Este era o único na solução dos rumos normativos da sociedade. A decisão de criar ou não uma lei estava sob exclusivo domínio do legislador. Seu silêncio era apenas a outra face do poder de legislar, tão intocável e incontrolável quanto a decisão de criar a lei.

Os campos de atuação política eram cartesianamente bem definidos. A criação da lei era confiada ao legislador e sua aplicação era compartilhada entre o Judiciário e o Executivo. E assim consolidou-se a tradição jurídica de o juiz dedicar-se à aplicação estrita da palavra escrita e codificada da lei (*Codex*). Por tal clássica visão, era mesmo correto dizer que o silêncio legislativo não era bem omissão, mas o legítimo poder de nada legislar, pois fazer ou não fazer uma lei, em qualquer caso, era a expressão máxima da vontade nacional.

No século XVIII, o mundo ocidental vivia o auge do liberalismo econômico. A defesa teórica dos ideais liberais ganhou força no século XIX com a escola clássica inglesa (AMARAL, 1997, p. 112) até a primeira metade deste século, quando o capitalismo liberal já abundava casos de exploração do trabalhador. Neste momento, o Estado liberal mostrava incapacidade de dar respostas às questões fundamentais aos avanços sociais da época da industrialização. Sedimentou-se, com isso, um terreno fértil para as reações ideológicas, ocupado desde então pelo socialismo europeu

do século XIX.

A ascensão do Estado social escancarou necessidades humanas, cuja proteção estatal era indispensável. Bobbio batizou este momento de a era dos direitos fundamentais (BOBBIO, 2004) em referência aos direitos que desde então foram convertidos em conteúdo essencialmente constitucional ao longo do século XX.

O Estado deixa de ser absenteísta ou inimigo, para tornar-se indispensável pela prestação estatal às necessidades sociais. Assim, o indivíduo não era mais protegido apenas contra a atuação abusiva do Poder Público, também contra a sua inércia na implementação de direitos. Os primeiros movimentos desta nova onda de constitucionalização de direitos, agora de cariz social (ou de segunda geração), foram vistos na Constituição Mexicana de 1917, que nacionalizou todas as riquezas naturais e encarregou o Estado da responsabilidade social de garantir a existência digna a cada cidadão, e na Constituição de Weimar de 1919 da Alemanha que popularizou e estendeu ao mundo os direitos fundamentais.

Em meio a esse cenário de reação ao liberalismo econômico e, posteriormente, às barbáries contra a vida humana vivenciadas nas grandes guerras, ocorreu uma importante mudança de paradigma político. O Estado converte-se de Legislativo para alçar-se Constitucional de Direito. A principal referência desse período, citada pela doutrina em geral, está na Constituição alemã, a Lei Fundamental de Bonn de 1949, e na sua prática interpretativa pelo Tribunal Constitucional Federal de 1951. Outras referências igualmente relevantes está na Constituição italiana de 1947 e na sua interpretação pela Corte Constitucional de 1956, seguindo os rastros da Constituição americana e da sua interpretação pela Suprema Corte. A profunda produção teórica e jurisprudencial desse período nos dá a dimensão exata da mudança de paradigma dos critérios de reconhecimento do direito em sociedade, ainda assentados numa percepção de Estado legislativo, mas com outra feição, agora marcada pela preponderância de uma Constituição rígida frente à lei e devota aos direitos sociais.

Essa mudança de paradigma acarretou, como uma das principais consequências, a subordinação da legalidade à Constituição. A estruturação do ordenamento jurídico sofre drásticas alterações: as leis produzidas ordenam-se hierarquicamente, e a Constituição está no plano mais alto, sendo a principal norma de reconhecimento do Direito; as leis buscam

nela o fundamento de validade, de tal modo que mudou o critério de validade das leis; a normatividade constitucional passa a agasalhar não só os direitos públicos subjetivos de primeira geração, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais, repercutindo na sua interpretação; ou seja, a lei passou a ser submetida à relação de adequação ou compatibilidade não só formal, mas material com a Constituição.

Num contexto político assim, de integral submissão das estruturas políticas do Estado ao parâmetro constitucional, não mais haveria espaço para o poder absoluto do silêncio do legislador. Criar ou não criar uma lei deixa de ser uma decisão exclusiva sua, mas condicionada pelo parâmetro da Constituição. Esta é a única fonte válida a qualificar a inércia legislativa ou como um gesto de legítima discricionariedade política ou como um silêncio doloso, que dele ocasiona uma omissão violenta contra a própria Constituição e a sociedade em geral.

Sob as vestes do Estado Constitucional, de fato faz sentido falar em omissão legislativa, pois a inércia legislativa pode converter-se em frustração das expectativas normativas extraídas da Constituição, pela ausência total ou parcial da lei. Com efeito, o silêncio legislativo não é por si um ato contrário à Constituição, enquanto não for obstáculo à criação e aplicação dos direitos fundamentais e às respectivas políticas públicas. Em sendo, o silêncio deixa de ser um exercício legítimo do poder de não-legislar, para converte-se em instrumento de violência política.

Neste caso, a se seguir as distinções de Arendt, resta de fácil distinção a violência do poder. O poder está em legislar sobre os comandos da Constituição que exigem tal complementação normativa para sua plena efetivação social, e ele é fruto do consenso da maioria, logo, é inerente à própria existência do Estado Constitucional, por isso não demanda outras justificativas, é um fim em si mesmo.

O poder de legislar a respeito da Constituição é a maior expressão possível de dominação de um governo constitucional. A inércia de quem o detém não é um fim em si, ao contrário, instiga a perquirição por justificativas aos fins que com ele se busca. Não é uma condição natural do poder abster-se deliberadamente da dominação social pela produção das leis, mormente se o que está em jogo é a Constituição. Nesse contexto, não sem dúvida a omissão legislativa é um instrumento de violência.

Resta assim saber seu propósito. Por que o legislador brasileiro ain-

da se omite a seu dever de regulamentar os dispositivos da Constituição Federal, logo, se abdica de viabilizar pautas constitucionais que lhes renderiam grande popularidade, como a implementação de direitos sociais e com isso a ampliação da inclusão social? Somente a construção de um quadro determinado por fatores históricos e sociais devidamente avaliados por um marco teórico jurídico-político poderia explicar a lógica por detrás da omissão legislativa, o que resta impossível nesse espaço. Porém, como única nota, a abdicação da autoridade democrática do legislador não se reduz ao argumento simplista ou incompleto da falta de vontade política. A questão é mais complexa, e está relacionada ao próprio jogo político. A inércia legislativa parece muito mais um instrumento vocacionado a entrincheirar o Judiciário e assim a blindar o próprio Legislativo e Executivo de decidir sobre questões demasiadamente sensíveis da sociedade. Transferir o dever de regulamentação de certos direitos pelas leis, para o labor jurisprudencial é uma forma perversa de autopreservação do Legislativo e Executivo. Isso nos faz lembrar que, distinguindo-se a violência por seu caráter instrumental, Arendt a associa à ideia de vigor, e diz que “os instrumentos de violência, como todos os demais, são concedidos e usados para o propósito da multiplicação do vigor natural até que, no último estágio de desenvolvimento, possam substituí-lo” (ARENDR, 2004, p. 29).

De toda sorte, o que interessa a este estudo está na afirmação de que o simples fato de fazer algum sentido a busca por justificativas à inatividade legislativa diante do poder extremo de regulamentar a Constituição é suficiente para evidenciar que a omissão legislativa é, antes de tudo, um instrumento contemporâneo de violência política.

### 3. OMISSÃO VIOLENTA

Os instrumentos mais contundentes de violência política são os mais palpáveis, como historicamente tem-se visto nas guerras, revoluções, ações terroristas, ditaduras, totalitarismo. São aplicados ao modo do tudo ou nada, e assim projetam a faceta mais ostensiva da violência política, capaz de expor de maneira dramática a agressividade do Estado para com a sociedade.

Porém, tais instrumentos não são os únicos experimentados e que confirmam o fenômeno da violência política. Existem outros de manifes-

tação mais perene e dissimulada. Aparecem não nos períodos de defesa nacional ou de extrema deterioração da ordem político-social, ou ainda na ação truculenta do Estado-policial. A violência está no cotidiano, onde agentes da força se espriam estruturalmente por todo o Poder Público, quando não entre os particulares. Suas ações instalam um estado institucionalizado de violência, avançando por anos a fio sem que ninguém, que não os atingidos, saiba ao certo as razões da deterioração silenciosa das estruturas sociais. Enquanto os instrumentos mais extremos de violência impingem um estado agudo de intimidação, outros fomentam um paulatino estado de subjugação do povo à permanente privação das conquistas da democracia constitucional. São tão violentos quanto os golpes cruéis das ações terroristas ou das guerras, a diferença está no grau de contunência da força ou coação empregada.

Essa diferenciação possível pela constatação prática nos remete ao que disse Eric Hobsbawm (2003, p. 210) sobre o essencial a respeito da violência como fenômeno social, “ela somente existe sob uma grande variedade de formas”. Neste plexo estão, ainda com Hobsbawm (2003, p. 210), “ações de diversos graus de violência que supõem diferentes manifestações qualitativas da mesma”.

Falar em formas institucionalizadas de violência é trabalhar sob um referencial amplo de agressividade do Poder Público no cotidiano social, em que diversas situações de participação direta ou indireta da autoridade pública são consideradas além das pontuais ações policiais ou carcerárias do Estado (como centrava-se o interesse acadêmico no início dos estudos desta específica categoria de violência política) (PERELMAN; TUFRÓ, 2016, p. 2-19). Também a consideração das vítimas não se limita à população carcerária e seus familiares, amplia-se para pessoas e grupos em situações de vulnerabilidade e afetadas pelas privações sombrias de direitos, como as mulheres, os idosos, os pobres dentre tantos outros reconhecidamente vítimas da exclusão social.

O tema da violência institucional está além das cadeiras universitárias, hoje é pauta irrecusável da agenda política, como também de atuações ativistas. Seu referencial conceitual está no posicionamento injusto e desigual do Estado diante do paradigma dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo que o Estado é agente primário causador dos padrões de violência social, é também responsável por dar respostas de prevenção e

repressão aos direitos fundamentais.

Desde essa perspectiva mais ampla, “a violência institucional abarca todo tipo de inquietudes e injustiças sociais e econômicas, das quais não pode recortar-se uma problemática singular sobre a que se pode atuar sem desmontar a atual estrutura geral do Estado” (PERELMAN; TUFRÓ, 2016, p. 2-19), ao mesmo tempo que é uma categoria de interesse das ciências políticas com “ampliada e difundida por diversos atores para interpretar e categorizar vulnerações de direitos derivadas de desigualdades produzidas pelo Estado e ou o mercado ou vinculadas com omissões estatais estruturais” (PERELMAN; TUFRÓ, 2016, p. 2-19).

Essa ampliação levou a que se aderisse a violência institucional ao âmbito das políticas públicas dos Estados Modernos (MARTÍNEZ, 2007, p. 75-94). E com esse avanço, não se pode deixar de considerá-la por todos os seus tentáculos, dentre os quais está a omissão normativa à revelia da Constituição e assim aos direitos fundamentais.

A omissão normativa tem sido um fenômeno perene no Brasil. Basta lembrar que, depois de 30 anos, a Constituição de 1988 ainda conta com 119 dispositivos sem regulamentação, segundo levantamento da própria Câmara dos Deputados. Somente em relação aos Direitos e Garantias Fundamentais, são ao todo 13 dispositivos que ainda não foram regulamentados que abarcam variadas matérias sobre diversos direitos sociais (como, sobre a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa de trabalhador urbano e rural e adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres e perigosas, ainda sobre o trabalhador rural, sua proteção em fase da automação, sobre associação profissional e sindical, direito de greve, dentre outros).

Com tão extensa falta de regulamentação da Constituição, perpetua-se toda sorte de injustiça e desigualdade sociais, em meio a intrigante contradição. Depois de tanto custo, enfim, os direitos sociais foram soerguidos a valor normativo máximo na Constituição de 1988, mas tal ostensiva proteção não é ainda suficiente para mudar a realidade de distanciamento destes direitos da grande parte da população. Ainda o Brasil está longe de superar a síndrome de um utopismo constitucional que de há muito lhe acomete, em que avançamos com a criação de Constituições estruturadas para transformar a sociedade brasileira (como é a de 1988), ao mesmo tempo que retrocedemos por serem de cumprimento

inalcançável, em especial no que toca aos direitos sociais (BERCOVICI, 2013, p. 285-305). Essa é uma contradição de fácil evidência, bastando o mínimo da atenção aos mais carentes redutos sociais, mas também pelo modo como o Legislativo e o Executivo pouco se empenham para o pleno cumprimento da Constituição.

No tópico seguinte avançamos na análise da omissão normativa do Estado sob a perspectiva jurídica, com a qual se pode tomar em dimensões reais o impacto desta violência.

#### 4. SILÊNCIO NORMATIZADOR

Como dito, a omissão normativa é ao mesmo tempo um fenômeno político e uma categoria jurídica, e em ambos os casos suscita problemas complexos de impossível assimilação ampla nesse curto espaço. Mas para a sequência do estudo, é necessário avançar no conceito de omissão normativa, em especial a inconstitucional.

Já pontuamos que não é qualquer silêncio do legislador que caracteriza a omissão inconstitucional, mas aquela que especificamente agride a Constituição, porque o não-legislar repercute um obstáculo à imperiosa implementação da norma constitucional. Carlos Blanco de Moraes define “omissão inconstitucional como a abstenção de um órgão do Estado Constitucional em cumprir com deveres ou obrigações activas que lhe sejam imperativamente determinados pela Constituição” (MORAIS, 2011, p. 497). Significa dizer que não é qualquer silêncio, mas aquele indicativo da inatividade legislativa que contraria a Constituição, pois implica uma inércia ou abstinência obstativa da imperiosa implementação da norma constitucional. A inconstitucionalidade por omissão decorre do descumprimento de uma obrigação de legislar sobre específicos comandos constitucionais. Por isso, a doutrina é recorrente em dizer que a omissão inconstitucional é, em termos mais gerais, um “silêncio legislativo doloso” (MENÉNDEZ, 1997, p. 190).

Está correta esta concepção, mas a omissão inconstitucional não se resume apenas à perspectiva comportamental do legislador, deve ser considerada, com ainda mais relevância, a repercussão normativa da inércia. As preocupações que se deve ter diante da omissão legislativa começam por seus efeitos jurídicos. A ausência da lei produz, ao contrário de um vazio normativo, uma realidade social normatizada. Por isso, Fernández

Segado com razão diz que “a omissão inconstitucional se apresenta como uma realidade bifronte, isto é, se por um lado, tal omissão é o descumprimento de uma obrigação constitucional do legislador, por outro, é também o resultado objetivamente produzido no ordenamento jurídico por esse mesmo descumprimento” (SEGADO, 2009, p. 13-69).

Por esta perspectiva em que se conjuga as concepções obrigacionais e normativas da omissão inconstitucional enquanto objeto de controle, percebe-se com mais evidência que mesmo nesta seara ainda estamos no campo do controle de normas, e não propriamente no controle de fatos (no caso, *no facere* legislativo). O que se quer bem fixar é que *toda omissão inconstitucional repercute alguma norma inconstitucional*. Se o texto constitucional garante um dado direito cuja realização depende da criação da lei, a sua ausência a quem é por tal omissão afetado implica a proibição ao exercício do direito não regulamentado.

Esta não é uma afirmação assimilável por quem ainda se alicerça na vetusta descrição, diria, positivista *stricto sensu* do Direito<sup>1</sup>, para a qual a distinção entre texto (da lei) e norma soa estranho. A esse respeito, vale lembrar:

A construção voluntária do direito não trabalha, ao menos com realce, a desvinculação do teor literal da norma, ou seja, de sua normatividade. Ambos se confundem numa dimensão única; a norma é ‘o sentido de um acto através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém’ (KELSEN, 1984, p. 22). Essa conduta é estatuída objetivamente como *dever ser*, que constitui o conteúdo da norma, e que pode ser apenas comparada com a conduta de fato, de modo que esta última pode ser julgada como correspondente ou não a conteúdo da norma (KELSEN, 1984, p. 22) (HERANI, 2010, p. 76).

Assim, se para a concepção positivista *stricto sensu* o texto identifica-se com a norma, supõe-se que o controle da omissão inconstitucional é uma mera sindicância de fato político, e não de normas jurídicas. Esse pensamento dificulta a defesa de um controle jurisdicional mais ativo, pois não cabe ao juiz fazer o que é exclusivo do legislador, ou seja, criar o texto normativo geral, ainda que à luz do caso concreto.

Agora, quando se muda o enfoque hermenêutico para aquele

mais afeito às conexões da ciência jurídica com as teorias concretistas, em que se assume a distinção entre o *texto da lei* (dispositivo) e *norma*<sup>2</sup>, percebe-se com mais clareza que o Poder Judiciário nada mais faz do que o bom e velho controle de constitucionalidade de normas jurídicas diante da omissão legislativa.

Dizendo com Riccardo Guastini, “as normas não surgem da legislação, mas bem da combinação entre a legislação e a interpretação” (GUASTINI, 2005, p. 48); logo, mesmo no combate ao silêncio legislativo doloso, controla-se pela via interpretativa um *comando normativo*. Na omissão inconstitucional, a afronta da Constituição não está apenas no fato do silêncio legislativo, mas também em seu efeito, vale dizer, no que disso deriva, que é uma *norma implícita* obstativa da plena efetivação da Constituição.

A identificação desta norma implícita supõe um esforço interpretativo para o qual presume-se a desvinculação da norma de um necessário suporte textual legislativo, já que sua existência como dito deriva do fato da ausência da lei.

Por esta perspectiva, a ausência do texto da lei é só um indicativo da inconstitucionalidade. Ainda é preciso, para a sua caracterização, aferir se da iniciativa legislativa resulta uma conduta normativa (proibitiva) contrária à Constituição. Se o texto constitucional garante um dado direito nos termos da sua regulamentação, a ausência da lei implica a quem é por tal fato afetado em *proibição do exercício do direito*. Este é o comando normativo fruto da ausência completa ou parcial do texto da lei, por isso, é implícito, ao mesmo tempo inconstitucional na medida em que é contrário à Constituição.

A distinção entre texto e norma tem importância fundamental no controle das omissões, não só porque favorece a compreensão deste objeto de controle e sua diferenciação tipológica, como também porque delimita melhor o alcance da inconstitucionalidade e assim da técnica de decisão a ser empregada na sua solução. No entanto, tal distinção é ainda praticamente desconhecida da linguagem comum do legislador, como o é em geral dos próprios juristas (GUASTINI, 2005, p. 25). Embora a ideia de que a norma se constrói a partir da interpretação de textos normativos e por isso

com estes não se confunde já faça parte da linguagem doutrinária brasileira e mesmo jurisprudencial, ainda perdura certo hábito de referências indiferentes a tal distinção. Talvez, com razão Riccardo Guastini, isso ocorre porque:

Tais modos de se exprimir não nascem da negligência ou, ao menos, não só da negligência; nascem da crença (não sei até que ponto consciente) de que entre as normas e as formulações das normas haja correspondência biunívoca: como se cada disposição correspondesse uma (só) norma, e a cada norma correspondesse uma (só) disposição (GUASTINI, 2005, p. 25).

Feitas estas considerações de ordem hermenêutica, é preciso avançar com a melhor compreensão da norma implícita inconstitucional.

## 5. NORMA IMPLÍCITA INCONSTITUCIONAL

Ainda a propósito da distinção entre dispositivo e norma no controle das omissões, Riccardo Guastini destaca, apontando inclusive o consenso doutrinário a respeito da sua existência, “normas sem dispositivos” (GUASTINI, 2005, p. 41). Diz que constituem as normas que não são necessariamente fruto da interpretação das disposições legais, logo não podem ser referidas a um exato enunciado da lei como seu significado. Em um sentido forte, a norma sem dispositivo é “uma norma implícita ou não expressa, isto é, uma norma que não pode ser extraída mediante interpretação de alguma disposição específica ou combinação de disposições que podem ser encontradas nas fontes” (GUASTINI, 2005, p. 41). Sua existência decorre da dedução ou de outra norma expressa (por exemplo, mediante analogia) ou do ordenamento jurídico.

Estas considerações são pertinentes, pois um bom exemplo de norma sem dispositivo é a *norma implícita derivada da omissão inconstitucional*. É norma, porque da omissão deriva-se um comando normativo a condicionar relações jurídicas em geral de proibição; e é inconstitucional, porque seu conteúdo regula “situação jurídica objeto, a um tempo, do silêncio legislativo e da norma constitucional afetada por esse silêncio” (MENÉNDEZ, 1997, p. 109). Daí Villaverde Menéndez dizer que: “A lei pode contrariar a Constituição não pelo que seu enunciado estabelece expressamente (norma explícita), mas pelo que não disse ou deveria dizer, por uma norma implícita que deriva da omissão do enunciado legal e que

cria uma situação contrária à Constituição (MENÉNDEZ, 1997, p. 190).

Disso decorre que é errado dizer que na omissão inconstitucional não há nem norma nem atividade positiva que possa comparar com as normas constitucionais (MENÉNDEZ, 1997, p. 58). Ao contrário, o silêncio legislativo repercute efeitos modificativos no sistema jurídico, justamente com “situações jurídicas contrárias às queridas” (MENÉNDEZ, 1997, p. 58), ou melhor, por proibições contrárias à Constituição, logo tão inválidos quanto os efeitos de uma lei criada sob as mesmas deficiências. Por isso, é mesmo necessário um controle para preservar a supremacia da Constituição com o afastamento do sistema jurídico das normas implícitas derivadas da omissão total ou parcial.

### 5.1 Norma implícita na omissão total

A omissão total caracteriza-se pela inatividade legislativa acerca de certa matéria, a despeito de a Constituição impor o dever de legislar; será inconstitucional, como já visto, se resultar situações jurídicas contrárias à Constituição.

A conduta do legislador de não atender à exigência constitucional de legislar é um *non-facere*, empiricamente verificável. A seleção do fato de *non-facere* para efeito de declaração da omissão inconstitucional deve atender ao critério de relevância da conduta de inatividade legislativa capaz de se verter em fato jurídico, com o qual desencadeia a declaração de inconstitucionalidade. Relevante é o fato capaz de contrariar a conduta prescrita pela norma constitucional que, opostamente, qualifica a atuação positiva do legislador: a norma constitucional prescreve a ação, e a conduta do legislador é de inação (HERANI, 2016, p. 130).

Porém, faltou dizer que o que se controla não é só o fato em si da inatividade legislativa, mas antes o conteúdo normativo derivado do silêncio legislativo, que não é outro senão, com Villaverde Menéndez, a *norma implícita* (aqui indicado como um caso de *norma sem dispositivo*).

A título de exemplo, a Constituição estabelece no §4º do art. 40 que uma lei complementar definirá os termos da aposentação especial em razão das peculiaridades do cargo identificadas nos incisos deste artigo (portador de deficiência e exercício de atividades sob condições de periculosidade e insalubridade). Logo, há obrigação de legislar. O silêncio

legislativo perdurante por tempo não razoável consolida uma situação jurídica contrária à Constituição; com isso torna-se fonte de uma norma implícita, condicionante da *proibição da aposentação especial para quem se enquadra nas situações de vida previstas no §4º do art. 40 da CB*. Quando o STF atuou o fez para erradicar a situação jurídica contrária àquela desejada e expectada pela Constituição (MENÉNDEZ, 1997, p. 58).

Desde esta perspectiva, pode-se inferir com Villaverde Menéndez que, “para o controle dos silêncios do legislador, são necessários atos de aplicação nos quais se manifesta o conteúdo normativo efetivo desse silêncio do legislador” (MENÉNDEZ, 1997, p. 58). Ao contrário do que se costuma dizer, a omissão inconstitucional absoluta pressupõe atos de aplicação jurídica da norma gerada pelo silêncio legislativo, ou seja, da norma jurídica implícita.

### **5.2 Norma implícita na omissão parcial**

Uma omissão não existe apenas no silêncio absoluto do legislador, também está na expectativa frustrada de sua atuação. Neste caso, o problema desloca-se da inatividade completa para a atividade viciosa de produzir um texto legal, ou porque é incompleto ou porque é defeituoso (MENÉNDEZ, 1997, p. 58). Repreende-se, neste caso, o dever de legislar aquém do que é expectado pela Constituição. Como diz Ahumada Ruiz, “se fala de omissões relativas para referir-se aos casos em que a regulação dada pelo legislador é incompleta, defeituosa ou não idônea para cobrir os hipotéticos supostos que abarca a norma” (RUIZ, 1991, p. 169-194).

A respeito deste específico fenômeno, o STF já disse que: “Quando se alega uma omissão inconstitucional parcial, discute-se a validade de um diploma que teria afrontado a Carta Federal por não ser suficientemente abrangente”<sup>3</sup>. O que precisa ser esclarecido é justamente como se caracteriza esta insuficiência normativa.

Para esse passo, a questão central está em definir quando o silêncio legislativo afeta o programa da norma, gerando a situação contrária à Constituição. Qual é o silêncio da lei que dele resulta uma violação constitucional? Esta é uma questão simples quando se trata de omissão absoluta; basta a inviabilidade do exercício concreto de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais, o que pressupõe em geral a verificação do grau de eficácia da norma constitucional (se é limitada, ou seja, dependente de

regulamentação) e inexistência da correspondente regulamentação, para então justificar-se o controle jurisdicional. Assim, na omissão absoluta o objeto controlado advém do *non facere* (norma implícita produzida pelo silêncio legislativo).

Porém, na omissão parcial é diferente, o objeto de controle advém do *facere* (norma implícita produzida pela atuação legislativa). É o que será mais adiante demonstrado, sintetizando desde logo que a omissão absoluta é o *silêncio do legislador*, e a omissão relativa é o *silêncio da lei*. O controle jurisdicional justifica-se, respectivamente, pelo *fato da falta do preceito legal* (para afastar os efeitos do silêncio, com a exclusão da norma implícita e a produção da norma autorizada pela Constituição) e pelo *fato da omissão no preceito legal* (para completar o enunciado explícito, com a exclusão da norma implícita e a produção da norma faltante segundo a Constituição).

Ainda é necessário avançar um pouco mais nessa análise para deixar mais claro esse fenômeno da insuficiência normativa na omissão parcial. Insistindo no correto pressuposto da distinção entre o enunciado e a norma como recurso útil para a própria composição e mesmo preservação do ordenamento jurídico, Menéndez (MENÉNDEZ, 1997, p. 58) assinala um problema próprio da omissão parcial: o silêncio da lei cria uma *dupla normatividade*. Diz que, uma é a *norma explícita adequada à Constituição* e a outra é a *norma implícita contrária à Constituição*. A norma explícita advém diretamente do texto da lei e introduz um *dever-ser* constitucionalmente querido. Já a norma implícita advém do silêncio da lei e é contrária à Constituição.

Com isso, a inconstitucionalidade por omissão parcial não decorre do vício na norma explícita, mas, sim, na norma implícita, é esta a fonte de um *dever ser* contrário à Constituição. Neste caso, o controle da omissão parcial não atua contra o que é expressamente prescrito pela disposição da lei (supõe-se constitucional), mas contra o que é implicitamente prescrito pelo silêncio do dispositivo da lei.

Portanto, no controle da omissão inconstitucional parcial, o objeto controlado é a norma implícita derivada (do silêncio) do texto da lei, alcançada por uma operação interpretativa altamente direcional para a identificação da vontade constitucional. Vontade que “não deve partir de juízos ou valorações de caráter subjetivo, mas do cotejo da lei que fora

editada com a norma construída a partir da interpretação do dispositivo constitucional” (MENÉNDEZ, 1997, p. 59). Deve mesmo ser assim, não porque se trata de uma exceção, mas porque o controle das omissões inconstitucionais, embora pressuponha total ou parcial ausência de lei, não deixa de ser um caso de *controle de normas jurídicas*.

O exemplo pode clarear ainda mais estas ideias. O inciso II do art. 162 da CB estabelece que a lei complementar deverá dispor sobre critérios de rateio dos recursos dos Fundos de Participação. A Lei Complementar n. 62/89, em efeito, regulou a matéria relativa a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação dos Estados, porém omitiu-se sobre os critérios de rateio, de modo que não cumpriu por insuficiência a integralidade do comando do inciso II do art. 161 da CB. A omissão da LC n. 62/89 criou uma situação jurídica contrária ao estabelecido por este comando constitucional, que é a definição de critérios de rateio aptos a promoverem o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos e assim a redução das desigualdades regionais e sociais (igualdade). A esse respeito o STF entendeu: “Da leitura do referido dispositivo constitucional, extrai-se que os critérios escolhidos pelo legislador para o rateio dos fundos de participação somente serão constitucionais se aptos a promoverem a redução das desigualdades regionais e a equalização da situação econômico-financeira dos entes federativos. Trata-se de um comando constitucional de cumprimento obrigatório pelo legislador”<sup>24</sup>.

Neste caso, o objeto de controle indica “uma figura fronteira entre a ação e a omissão inconstitucional”<sup>25</sup>. De fato, é isso mesmo, é difícil dissociar a ação da omissão legislativa, pois “a afirmação de que o legislador não cumpriu integralmente o dever de legislar contém, implícita, uma censura da própria normação positiva”<sup>26</sup>. É que há um descompasso legislativo – entre o legislado (enunciado) e o não-legislado (silêncio) –, do qual resulta numa inconstitucionalidade. Porém, a afronta à Constituição não está propriamente, ou necessariamente, na *norma explícita* (aquela deduzida do enunciado da lei), mas sim na *norma implícita* (aquela deduzida do silêncio legislativo).

Há aqui uma diferenciação de objeto e, por isso, de técnica de de-

cisão. Embora é certo existir uma zona fronteira entre a comissão e a omissão inconstitucionais, o que justificaria na visão de Gilmar Mendes a fungibilidade entre os meios de controle (a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão), o fato é que na omissão parcial é possível delimitar a extensão do controle da constitucionalidade, de modo que seja aplicado na exata medida da inconstitucionalidade existente. Assim é, pois, em regra “a inconstitucionalidade da omissão por vulnerar o princípio da igualdade não implica necessariamente a do preceito legal que alberga a omissão” (MENÉNDEZ, 1997, p. 62).

Deveras, se há razões para declarar a inconstitucionalidade do texto porque dele decorrem normas explícitas inconstitucionais (o que eiva de vício parte do dispositivo), então não se justificaria o ajuizamento de duas ações, uma de inconstitucionalidade por comissão e outra por omissão. Neste caso, a fungibilidade bem se aplicaria, porém, é bom que se diga, muito mais para admitir a extensão do objeto de controle, do que propriamente sua sobreposição. A omissão parcial suscita sempre uma análise sob *dupla operação interpretativa* acerca da inconstitucionalidade, uma direcionada à norma explícita e outra à norma implícita.

Na primeira operação, deve-se analisar a desconexão entre o dispositivo (pelo que disse) e a norma explícita (dele decorrente); no exemplo acima, aquele artigo 2º assegurou a todos os Estados e Distrito Federal a distribuição dos recursos do Fundo de Participação sob a previsão de coeficientes individuais de participação; sob esse aspecto, explicitamente, não há qualquer vício de inconstitucionalidade.

Na segunda operação, deve-se verificar a desconexão entre o silêncio do dispositivo (o que não disse e deveria) e a norma implícita (dele decorrente); ainda no exemplo, a Constituição estabelece que o critério de rateio deve promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios; contudo, dadas as circunstâncias vigentes ao tempo do reconhecimento da inconstitucionalidade, os critérios legais se mostraram de evidente insuficiência para atender àquele comando constitucional, de tal modo que criou-se uma situação jurídica contrária à Constituição (justamente a de um rateio sujeito a critérios que não promoviam tal equilíbrio, ao contrário, atuavam para acentuar as desigualdades entre as regiões). Logo, a inconstitucionalidade tem sua causa essencialmente na exclusão

criada à população dos Estados que não têm acesso ao valor mais adequado as suas particularidades sociais. Não necessariamente, como se observa, o problema está na previsão positiva da distribuição, nem mesmo na definição de critérios (tal como consta do enunciado da lei), mas sim no que não constou da lei, em termos de melhores escolhas de coeficientes segundo a diretriz constitucional.

Entre estas duas operações, “a desconexão entre enunciado e norma, que sustenta a possibilidade de se eleger entre impugnar o preceito legal ou sua omissão, permite soluções distintas” (MENÉNDEZ, 1997, p. 63). Só se deve atuar sobre o dispositivo da lei se sua normação explícita estiver eivada de inconstitucionalidade. Neste caso, se ainda restar possível preservar parte dele, que assim se faça, juntamente com o reconhecimento da inconstitucionalidade do silêncio legislativo; com isso restará a inconstitucionalidade parcial por comissão (para afastar a norma implícita inconstitucional) e a inconstitucionalidade por omissão (para, por interpretação extensiva, colmatar a lacuna legislativa). Agora, se o dispositivo da lei é totalmente inconstitucional, sem possibilidade de salvá-lo, então não resta alternativa senão fulminá-lo independentemente da omissão legislativa.

O exemplo acima nos faz lembrar que existem variadas propostas de classificação das omissões legislativas, nem sempre coincidentes. Não é o caso aqui de apresentá-las, apenas reafirmar aquela que melhor dimensiona os efeitos a serem observados da omissão inconstitucional. Entre as omissões legislativas, como já visto aqui, a primeira distinção comumente praticada é a que distingue a *omissão total* da *omissão parcial*. A violação da Constituição decorre ou da *total inexistência do texto legal* ou da *parcial suficiência normativa do texto legal*. Neste último caso, não é indiferente quanto ao descumprimento parcial da Constituição, se o defeito da atividade legislativa gera insuficiência da lei que repercute, como distingue Jorge Miranda, a contrariedade institucional ou não institucional à Constituição: “Pode não ser indiferente, para o efeito, se trate de omissão *institucional* (relativa a uma instituição ou a um órgão criado pela Constituição ou a um regime procedimental) ou de omissão *não institucional* (relativa a um direito fundamental ou a uma incumbência do Estado)” (MIRANDA, 2013, p 366).

Os autores que fazem esta distinção subdividem as omissões por de-

feito ou insuficiência normativa da lei. Para Carlos Blanco, por exemplo, as omissões que se caracterizam por um descumprimento institucional caracteriza a *omissão absoluta parcial*, que não se confunde, para ele, com a *omissão relativa*, que é a que promove o descumprimento não institucional, caracterizado pela “discriminação injustificada entre pessoas colocadas numa situação homóloga, violando o princípio da igualdade” (MORAIS, 2011, p. 498).

De fato, é correta esta subdivisão, pois não incorre no erro de não distinguir diferentes descumprimentos constitucionais. Apenas por uma questão de preferência de nomenclatura, os casos de insuficiência normativa do texto legal podem ser genericamente indicados, como aqui faço, por *omissão parcial*, que se divide em: *omissão parcial em sentido amplo* e *omissão parcial por desigualdade*. O importante é saber que o que diferencia uma espécie da outra é o tipo de norma constitucional que não foi completamente densificada pelo legislador.

Em termos práticos, o maior problema das omissões parciais está na discriminação de diversos grupos sociais minoritários. A ausência da lei que favoreceria a parcela da população a que se destina a norma constitucional e cuja plena aplicação depende da atuação legislativa e por vezes executiva (como é próprio dos direitos sociais que dependem em geral de políticas e serviços públicos) não implica um puro e simples vazio normativo, ao contrário, uma imposta privação de direitos, como tudo o que disso socialmente decorre.

Sob tal percepção, Villaverde Menéndez (1997, p. 190) vai dizer que:

A lei pode contrariar a Constituição não pelo que seu enunciado estabelece expressamente (norma explícita), mas pelo que não disse ou deveria dizer, por uma norma implícita que deriva da omissão do enunciado legal e que cria uma situação contrária à Constituição.

Em termos mais diretos, o silêncio legislativo repercute efeitos modificativos no sistema jurídico, criando concretos hiatos constitucionais. A frequência com que ainda convivemos com a omissão normativa alimenta um estado institucionalizado de violência, quer porque o Estado não cumpre seu dever de criar a norma, quer porque, quando atua, o faz de maneira incompleta. Daí se dizer que as omissões podem ser totais ou parciais, resultando destes modelos a aplicação discricionária da Consti-

tuição, e amiúde excessivamente severa, pois são dirigidas aos fracos e por vezes convertidas num eficiente meio de opressão. O'Donnell sintetiza o que é da tradição latino-americana: “Na América Latina há uma longa tradição de ignorar a lei ou, quando ela é acatada, de torcê-la em favor dos poderosos e da repressão ou contenção dos fracos” (1998, p. 37-61). Essa avaliação vale quer para a aplicação seletiva da lei (com a consequência da impunidade), quer para a decisão seletiva de se criar a lei (em um dirigismo do atendimento aos direitos).

A omissão pode ser total quando a inatividade legislativa, a despeito de a Constituição impor o dever de legislar, é plena ou absoluta, o que resulta, em termos práticos, na *total inexistência do texto legal*. Neste caso, como dito, a falta da lei não gera vácuo puro e simples, mas normatização implícita contrária à Constituição, como se viu em temas caros à sociedade. Um exemplo disso é o direito de greve dos servidores públicos, para qual se não fosse a sua judicialização, ainda restaria inacessível aos servidores, pois até hoje não há lei que o regulamente. A solução veio do Supremo Tribunal Federal com a autorização da aplicação da lei de greve do setor privado. O mesmo problema ocorreu com a demarcação de terras indígenas. Aqui o Supremo também precisou atuar contra a inatividade do Congresso Nacional.

O silêncio do legislador não se caracteriza apenas pela falta da criação do texto da norma, também por não atender à expectativa de uma atuação em linha com a Constituição. Na omissão parcial, o problema desloca-se da inatividade absoluta para uma atividade viciosa, em que a produção do texto legal é ou incompleto ou defeituoso (MENÉNDEZ, 1997, p. 58). Repreende-se, neste caso, o dever de legislar aquém do que é esperado pela Constituição. Como diz Ahumada Ruiz (1991, p. 169-194), “se fala de omissões relativas para referir-se aos casos em que a regulação dada pelo legislador é incompleta, defeituosa ou não idônea para cobrir os hipotéticos supostos que abarca a norma”.

Enquanto na omissão total há o *silêncio do legislador*, na omissão parcial, ao contrário, há o *silêncio da lei*. Neste caso a omissão ocorre por defeito ou insuficiência normativa da lei, em razão da qual cria-se a contrariedade, como distingue Jorge Miranda (2013, p. 366), institucional ou não à Constituição:

Pode não ser indiferente, para o efeito, se trate de omissão

*institucional* (relativa a uma instituição ou a um órgão criado pela Constituição ou a um regime procedimental) ou de omissão *não institucional* (relativa a um direito fundamental ou a uma incumbência do Estado).

É preciso detalhar um pouco mais esta específica forma de omissão, pois vem dela, a nosso ver, a mais grave manifestação de violência institucional.

## 6. DISCRIMINAÇÃO INSTITUCIONALIZADA

Como se tem aqui afirmado, não é relevante aqui trazer as variações conceituais, tão pouco o debate em torno de propostas classificatórias acerca das omissões, porque o que é mesmo importante para a temática deste estudo está nos efeitos deletérios da omissão parcial, quando a ausência da lei ou sua insuficiência normativa é causa de deterioração e exclusão sociais.

A omissão parcial inconstitucional ocasiona uma “discriminação injustificada entre pessoas colocadas numa situação homóloga, violando o princípio da igualdade” (MORAIS, 2011, p. 498). Enquanto a lei viabiliza o exercício de direitos fundamentais de um grupo de pessoas, ao mesmo tempo, em detrimento de outros, contraria os parâmetros da igualdade. O silêncio parcial do texto separa a realidade social entre os incluídos e os excluídos na proteção da lei, criando, com isso, injustiças em geral impingidas a grupos vulneráveis.

Para se tomar mais prática a explicação, tomemos o caso em que o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos. A se tomar exclusivamente por sua literalidade o art. 128 do Código Penal não contempla entre as hipóteses autorizadas de aborto a gestação de fetos anencefálicos, logo, para as mulheres nesta condição impunha-se até a intervenção do Supremo a proibição da interrupção da gravidez. Tal proibição projeta uma injustificada discriminação contra um grupo de mulheres em situações especiais em que, ao modo de ver do STF, também estão contempladas pela Constituição à “defesa da dignidade humana da mulher infortunada” (STF, ADPF 54), tal como estão as gestantes indicadas nas expressas hipóteses de aborto autorizado.

A omissão parcial estará configurada se a lei promove uma *exclusão implícita*, vale dizer, contempla um grupo determinado e guarda silêncio

em relação a outros. Assim, a violação ao princípio da igualdade está na discriminação implícita contrária à Constituição promovida a partir do silêncio do texto da lei. Por isso, Juliano Tavares Bernardes (2004, p. 226) está certo quando diz que: “o ato produzido pelo órgão constituído descumpra o texto constitucional, em razão de não contemplar determinados fatos, pessoas ou situações que igualmente deveriam estar incluídos no respectivo programa normativo”.

A omissão parcial por desigualdade tem muitas facetas, pois as exclusões constitucionais podem se dar por critérios subjetivos, materiais, espaciais e temporais.

Em razão da *pessoa*, o texto da lei é deficiente porque, tendo pouca extensão subjetiva, ocorre a exclusão inconstitucional de certos grupos que também deveriam ser expressamente contemplados pela lei. Um bom exemplo deste caso pode-se projetar a partir da ADI 4.364/SC. Nessa ação, discutiu-se a legitimidade constitucional de lei estadual que estabeleceu piso salarial diferenciado para certos trabalhadores ocupantes de atividades e segmentos econômicos, buscando a proteção de certas categorias específicas de trabalhadores, com o traço comum de serem “menos organizados no plano sindical” (*critério diferenciador* ou *discriminador*) e, por isso, “necessitariam de uma postura mais proativa do Estado”. A lei prescreve um tratamento jurídico diferenciado em relação aos “trabalhadores que já tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho”. Ou seja, o critério de discriminação adotado foi o de “classes de trabalhadores menos mobilizadas” e “com menor capacidade de organização sindical”. Caso a lei não tivesse adotado tal critério, mas simplesmente selecionado um grupo de beneficiários (como pescadores), teria deixado de fora tantos outros trabalhadores (como agricultores e trabalhadores informais, dentre outros).

Em razão da *matéria*, o texto da lei projeta uma norma desprovida de suficiente prescrição das circunstâncias sociais, o que reflete a discriminação a certos grupos de pessoas. Estas pessoas podem ser as que a lei expressamente busca beneficiar (*omissão ao beneficiário da lei*) ou as que são excluídas pelo silêncio da lei (*omissão por exclusão de beneficiários*). No caso da omissão ao beneficiário da lei, o exemplo mais direto e fácil é o da lei que prevê salário mínimo em valor insuficiente à remuneração digna determinada no inciso IV do art. 7º da CB. Já no caso da omissão

por exclusão de beneficiários, o exemplo das ações afirmativas pode bem ilustrar a omissão inconstitucional parcial. Não falta quem defenda que o critério correto da institucionalização de cotas não é o étnico-racial, mas o sócioeconômico; a se pensar assim a adoção apenas daquele critério resultaria em omissão parcial por exclusão da política pública de cotas de pessoas brancas e em situações socioeconômicas desfavoráveis.

Em razão do *tempo*, o texto da lei deixa de abranger um certo período injustificadamente. O melhor exemplo é dado pelo André Ramos Tavares (2013, p. 393), quando a lei penal mais benéfica “preveja a incidência para os fatos ocorridos a partir apenas do ano seguinte”, neste caso, a inconstitucionalidade parcial por omissão está na exclusão dos “anos anteriores não mencionados e que, por disposição expressa da Constituição, deveriam ser contemplados por norma legal que pretenda enunciar (enumerar) as hipóteses temporais de incidência da respectiva lei, na qual se situa tal norma”.

Por fim, em razão do *espaço*, haverá uma inconstitucionalidade por omissão parcial quando o texto da lei apresenta uma insuficiência normativa quanto a sua extensão territorial, como nos casos em que, injustificadamente, favorece-se a certas pessoas provenientes de certas regiões, discriminando as de outras regiões.

A discriminação inconstitucional pode ser concomitante à criação da lei, daí dizer que, neste caso, a omissão inconstitucional parcial é *originária*. Mas, a discriminação inconstitucional também pode não ser concomitante à criação da lei, seu aparecimento pode ocorrer depois de certo tempo, quando já alteradas as circunstâncias que justificavam beneficiar apenas um grupo de pessoas. Neste caso, a omissão inconstitucional parcial é *superveniente*. O exemplo está nos casos de discriminação positiva inconstitucional superveniente. Aqui, existe a violação ao princípio da igualdade pela institucionalização legal de políticas de ação afirmativa destinadas a certo grupo em situação desfavorável por estigma social negativo (pretos e pardos), mas que, alteradas as circunstâncias originais, comprova-se que a contemplação daquele grupo (que atende ao critério étnico-racial), não era suficiente para a promoção da inclusão social, reconhecendo-se necessário contemplar novos grupo sob outros critérios, como o socioeconômico.

## 7. CONCLUSÃO

O resultado a que de alguma forma se chegou com as colocações acima poderia exprimir-se muito brevemente na assertiva de que *a violência política não se manifesta só pela ação, também é impulsionada por omissões – como a normativa – concatenadas num intermitente processo de indiferença e marginalização sociais*. Num Estado Constitucional, o silêncio legislativo não é uma opção sem consequências, ao contrário, converte-se em instrumento de violência política, pelo estado de suspensão constitucional que cria e com danos sociais irreparáveis.

Não é uma condição natural o legislativo abster-se deliberadamente de legislar a respeito da Constituição, sendo tal atividade a maior expressão possível de dominação governamental. A omissão a tal dever e assim à oportunidade de viabilizar pautas constitucionais de popularidade, como a implementação de direitos sociais, é parte de um jogo político de auto-preservação do Legislativo e Executivo. Sua estratégia está em entrincheirar o Judiciário atrás da pressão social, transferindo-lhe a regulamentação dos direitos sensíveis.

Porém, a desídia política aos direitos sociais representa, em termos jurídicos, vazios normativos e, em termos reais, lenta e dolorosa deterioração democrática. Sua feição é marcante e revoltante, pois a omissão normativa produz um paralelismo social em que, de um lado, tem-se o grupo inserido em espaços regularmente normatizados e, de outro, o grupo mais vulnerável à margem da Constituição. Antes de ser um problema jurídico por vezes pensado apenas numa dimensão essencialmente abstrata e formal, a inatividade do legislador é um fenômeno político e com profunda força deletéria.

Essa é uma discussão particularmente relevante no Brasil, cuja realidade socioeconômica está enferma, sem tempo para aguardar a efetiva execução das missões transformadoras da Constituição de 1988.

A despeito de suas instituições políticas terem sido constituídas sob uma Constituição centralmente fundada na dignidade da pessoa humana, o Brasil ainda opera um sistema econômico-social que marginaliza parcela mais vulnerável da sociedade do acesso aos mais essenciais direitos sociais (como saúde, educação, assistência social, dentre outros).

Os obstáculos à plena implementação destes direitos não estão apenas nas ações equivocadas do Estado, mas, sobretudo, em suas omissões,

a começar pela normativa.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. *História das ideias políticas: apontamentos*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1997, v. II.

ARENDDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. Maria Claudia Drummond, 2004. Disponível em: <<http://pavio.net/download/textos/ARENDDT,%20Hannah.%20Da%20Viol%C3%Aancia.pdf>>, acesso em: 28 jan. 2019.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição brasileira de 1988, as “constituições transformadoras” e o “novo constitucionalismo latino-americano”. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 26, maio/ago., p. 285-305, 2013.

BERNARDES, Juliano Tavares. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, Câmara dos Deputados, *Legislação*. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras\\_regulamentacao/dispositivos](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras_regulamentacao/dispositivos)>. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADPF 54*, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADI 875/DF*, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADI 4.079/DF*, 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADI 4.364/SC*, 2011.

DIMITRI, Dimoulis, *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do protagonismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

GUASTINI, Riccardo, *Das fontes às normas*, Tradução: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

HERANI, Renato Gugliano, *Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais*. São Paulo: Método, 2010, p. 76.

HERANI, Renato Gugliano, *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prisma, 2016.

HOBSBAWM, Eric. J. *Era dos extremos*. 2 ed. São Paulo: Companhia

das Letras, 2005.

HOBSBAWM, Eric. J. *Revolucionários: ensaios contemporâneos*. 3 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

MARTÍNEZ, María Josefina. Violencia institucional y sensibilidades judiciales: el largo camino de los Hechos a los Casos, *Antopolítica*, Niterói, n. 22, p. 75-94, 2007.

MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde, *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: MacGraw-Hill, 2007.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 366.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional*, tomo II, 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

O'DONNELL, Guillermo, Poliarquias e a (in)fetividade da lei na América Latina, *Novos Estudos*, n. 51, p. 37-61, 1998.

PERELMAN, Marcela; TUFRÓ, Manuel, Violência institucional: tensiones actuales de una categoria política central, *Centro de Estudios Legales y Sociales*, Buenos Aires, 2016, p. 2-19.

RUIZ, Maria Angeles Ahumada, El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 8, jan. abr. 1991, p. 169-194.

TAVARES, André Ramos. O cabimento do mandado de injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies, In: Gilmar Mendes; André Rufino do Vale; Fábio Lima Quinta. *Mandado de Injunção, Estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

WEBER, Max, *El político y el científico*. Madri: Alianza Editorial, 1979.

'Notas de fim'

1 Expressão extraída da distinção conceitual que faz Dimitri Dimoulis em positivismo jurídico lato sensu, distinguindo-o do jusnaturalismo, do direito natural, e positivismo jurídico stricto sensu, diferenciando-o do moralismo jurídico que, em sua opinião, pertence ao positivismo jurídico lato sensu. Dentre os adeptos da categoria stricto sensu expoentes como Austin, Hans Kelsen, Hebert Lionel Adolphs Hart e Joseph Raz, rejeitam não somente o jusnaturalismo, mas também a vinculação do direito a outros fenômenos e sistemas normativos sociais (DIMITRI, 2006, p. 77).

2 Dentre várias definições entre dispositivo e norma, está a de Riccardo Guastini: “(1) chamo ‘dispositivo’ qualquer enunciado que faça arte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes”, aqui também chamarei de texto da lei ou simplesmente texto; já “(2) chamo ‘norma’ todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento da disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições)” (GUASTINI, 2005, p. 25).

3 STF, ADI 4.079, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 26.2.2015.

4 STF, ADI 875/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.02.2010.

5 STF, ADI 875/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.02.2010.

6 STF, ADI 875/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.02.2010.