

Coleção
Eduardo Espínola

Eric Baracho Dore Fernandes

**OMISSÕES
INCONSTITUCIONAIS
E SEUS INSTRUMENTOS
DE CONTROLE**
Contribuições para o
aprimoramento institucional

CONFORME
NOVO
CPG

2017



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050

Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Ana Caquetti

O54 Omissões inconstitucionais e seus instrumentos de controle / Eric Baracho Dore
Fernandes – Salvador: JusPodivm, 2017.
432 p. (Eduardo Espínola / Coordenação Fredie Didier Jr.)

Bibliografia.
ISBN 978-85-442-1518-0.

1. Direito Constitucional. 2. Omissões inconstitucionais. 3. Instrumentos de controle. I.
Didier Jr., Fredie. II. Fernandes, Eric Baracho Dore. III. Título.

CDD 341.2

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	23
CAPÍTULO 1	
INTRODUÇÃO.....	25
CAPÍTULO 2	
O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE	
POR OMISSÃO.....	45
2.1. Marcos teóricos.....	46
2.1.1. A ideia de força normativa da Constituição.....	49
2.1.2. Constitucionalismo dirigente.....	53
2.1.3. Neoconstitucionalismo e doutrina da efetividade: algumas releituras.....	60
2.1.4. A ascensão da jurisdição constitucional no Brasil.....	76
2.1.5. Diálogos constitucionais e “a última palavra” sobre o sentido da Constituição.....	85
2.1.6. Conclusões parciais quanto aos marcos teóricos propostos.....	97
2.2. Experiências no direito comparado.....	100
2.2.1. Matrizes tradicionais do modelo europeu continental.....	103
2.2.1.1. Alemanha.....	104
2.2.1.2. Portugal.....	109
2.2.1.3. Espanha.....	113
2.2.2. Notas sobre o controle das omissões inconstitucionais na América Latina.....	116
2.2.3. Controle de “convencionalidade” por omissão?.....	132

2.2.4.	Experiências com o controle de constitucionalidade por omissão em países do Common Law: Inglaterra, Estados Unidos e Índia.....	138
2.2.5.	Outras experiências	148
2.3.	Marcos normativos e atual desenho institucional no direito brasileiro	150
2.4.	Pressupostos ou elementos caracterizadores da inconstitucionalidade por omissão	153
2.4.1.	Dever constitucional de agir, explícito ou implícito.....	166
2.4.1.1.	O dever constitucional de agir à luz da teoria dos princípios.....	175
2.4.2.	Norma constitucional de eficácia plena ou limitada	181
2.4.3.	Ausência de meios concretos para realização dos fins constitucionalmente previstos.....	187
2.4.4.	Decurso de tempo razoável	190
2.5.	Classificações.....	192
2.5.1.	Quanto ao órgão, poder ou função omissa.....	192
2.5.1.1.	Função legislativa	195
2.5.1.2.	Função administrativa	197
2.5.1.3.	Função jurisdicional.....	198
2.5.2.	Quanto à extensão da omissão	202
2.5.2.1.	Inconstitucionalidade por omissão total.....	202
2.5.2.2.	Inconstitucionalidade por omissão parcial (relativa e propriamente dita)	207
2.5.3.	Quanto ao parâmetro de controle.....	209
2.5.3.1.	Constituição Federal	210
2.5.3.1.1.	Emendas à Constituição Federal e normas extravagantes.....	212
2.5.3.2.	Constituições Estaduais.....	213
2.5.3.3.	Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	214

2.5.4. Inconstitucionalidade por omissão (legislativa) e perspectivas externa e interna	215
2.5.5. “Estado de coisas inconstitucional”	217
2.6. Casos relevantes de omissão pós-88	219
2.6.1. Omissões inconstitucionais no direito constitucional financeiro e tributário.....	219
2.6.1.1. Omissões quanto à disciplina normativa de limitações constitucionais ao poder de tributar ...	221
2.6.1.2. Omissões normativas quanto ao exercício da competência tributária na instituição de tributos	225
2.6.1.3. Omissões parciais e o princípio da isonomia na concessão de benefícios fiscais.....	228
2.6.2. Omissões inconstitucionais no direito penal e os mandados constitucionais de criminalização.....	231
2.6.3. Direitos de servidores públicos	249
2.6.3.1. Direito de greve	251
2.6.3.2. Aposentadoria especial.....	255
2.6.3.3. Revisão geral anual dos vencimentos	259
2.6.4. Omissões inconstitucionais e princípio federativo.....	262
2.6.4.1. Procedimento de fusão, incorporação e desmembramento de Municípios.....	262
2.6.4.2. Fundo de participação dos Estados	265
2.6.4.3. Tribunal de Contas: Criação de Cargos no Modelo Federal.....	267
2.6.5. Instituição da Defensoria Pública.....	269
2.6.6. Direitos trabalhistas.....	273
2.6.6.1. Salário mínimo	273
2.6.6.2. Participação nos lucros.....	274
2.6.6.3. Aviso prévio proporcional.....	275
2.6.7. Direitos sociais de natureza prestacional.....	276

2.6.8. O “estado de coisas inconstitucional” e o sistema carcerário brasileiro	284
---	-----

CAPÍTULO 3

INSUFICIÊNCIAS DOS INSTRUMENTOS JURISDICIONAIS DE CONTROLE E PROPOSTAS DE APRIMORAMENTO INSTITUCIONAL.....

289

3.1. Controle difuso, concreto e incidental da inconstitucionalidade por omissão	291
3.2. O Mandado de Injunção e a Lei nº 13.300/2016	298
3.2.1. Aspectos gerais do Mandado de Injunção	299
3.2.1.1. Legitimidade	303
3.2.1.2. Competência	313
3.2.1.3. Procedimento.....	322
3.2.1.4. Efeitos da decisão	326
3.2.2. Modelos estaduais e experiências locais	340
3.2.3. Projetos de lei e tentativas anteriores de regulamentação	353
3.2.4. Críticas à Lei nº 13.300/2016 e sugestões de aprimoramento.....	358
3.2.4.1. Quanto à legitimidade	358
3.2.4.2. Quanto ao procedimento	360
3.2.4.3. Quanto à competência para julgamento	361
3.2.4.4. Quanto aos efeitos da decisão	361
3.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o desafio de conciliar democracia e normatividade constitucional	362
3.3.1. Modelos estaduais e experiências locais	363
3.3.2. Parâmetros e propostas doutrinárias sobre os efeitos da decisão na ADO	364
3.3.2.1. Aplicação analógica do trancamento de pauta.....	364
3.3.2.2. Omissão no dever de legislar como crime de responsabilidade.....	365

3.3.2.3. Responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa	368
3.3.2.4. Parâmetros para decisões de caráter aditivo	372
3.3.2.5. O caminho participativo: instrumentos políticos, democracia direta e federalismo de cooperação ..	375
3.3.3. Conclusões parciais.....	380
3.4. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma panaceia para o mal da inefetividade?	382
CAPÍTULO 4	
CONCLUSÕES.....	391
REFERÊNCIAS	399
ANEXO I	
PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO.....	429