

O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E A CONCESSÃO DE PRAZO PARA LEGISLAR

Cláudio Alcântara Meireles Júnior*

RESUMO: Este trabalho busca investigar a caracterização de uma omissão inconstitucional quanto à atuação do Poder Legislativo, analisando o papel do Poder Judiciário diante de tal inércia na elaboração de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional. Para tanto, primeiramente realiza-se revisão bibliográfica para definir o conceito de norma constitucional de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, identificando os casos em que resta configurada uma inércia em legislar violadora da Constituição. Depois, examina-se a natureza das decisões em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), para então proceder na descrição e análise de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) no exercício do controle jurisdicional abstrato de constitucionalidade em tais ações, descrevendo como a posição não concretista é materializada em sua jurisprudência a partir dos precedentes que firmaram prazo para legislar quando da procedência das respectivas ações diretas.

PALAVRAS-CHAVE: Omissão inconstitucional. Supremo Tribunal Federal. Prazo para legislar.

ABSTRACT: This paper investigates the Legislative omission to legislate when the Constitution demand regulatory laws, analyzing the role of the Judiciary against the legislative inertia. At first, the concept of not self-executing provisions is examined. Then, the nature of the decisions in the context of abstract judicial control of constitutionality by the Brazilian Supreme Federal Court is studied, describing how the non-concretist position is materialized in its jurisprudence based on the precedents that set a deadline for legislating.

KEYWORDS: Unconstitutional omission. Supreme Federal Court. Deadline to legislate.

1 INTRODUÇÃO

No atual paradigma do Estado Democrático de Direito¹ a justiça constitucional² tem papel central no sistema democrático, sendo que, quando se analisa

* Doutorando em Direito (Área de Concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico) pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito (Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Previdenciário e Trabalhista pela Universidade Regional do Cariri. Professor do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Pesquisador com ênfase em História do Direito, Direito Constitucional e Direito do Trabalho.

¹ Juraci Mourão Lopes Filho (2014, p. 69) identifica três características fundamentais do constitucionalismo contemporâneo: “(...) o compromisso moral, ao tomar o capítulo dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores; a constitucionalização do Direito, ao propor a interpretação jurídica em cotejo com tais valores constitucionais, mesmo nas relações privadas regidas pelo direito civil; e a força normativa da Constituição, que vincula a todos por meio das disposições de direitos fundamentais, independentemente de lei parlamentares.”

² Conforme Georges Abboud (2018), já no final do século XX a atuação da jurisdição constitucional traspsô a papel de mero legislador negativo diante da demanda pela efetivação dos direitos fundamentais.

a conjuntura brasileira, o modelo constitucional, o contexto social e a arquitetura institucional do Judiciário – em especial do Supremo Tribunal Federal (STF)³ –, percebe-se que a atividade jurisdicional tem peculiaridades próprias.

O extenso texto constitucional atual torna matéria constitucional os mais diversos aspectos da vida em sociedade. A opção brasileira consagrada na Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi por um texto constitucional composto por muitos valores substantivos objetivados, ou seja, não se limitou a questões estruturais ou procedimentais. As normas constitucionais possuem forte apelo político⁴, o que influi diretamente na atuação jurisdicional, posto que tais normas, por vezes, são interpretadas com o recurso de valorações subjetivistas.

Nesse azo, a atuação do Poder Judiciário como um todo, e especialmente do Supremo Tribunal Federal, ganha relevância ainda mais contundente, chamando a atenção e provocando o debate nos mais diversos setores da sociedade, dotada de importante caráter político na proteção e garantia de direitos fundamentais, ainda que isso não signifique uma necessária preeminência do Judiciário sobre o Legislativo e Executivo.

110 | Importante ressaltar que a eficácia das normas diz respeito ao seu poder de produzir efeitos, sendo que, por vezes, o direito positivado não se encontra instituído e instrumentalizado por si mesmo, especialmente as normas constitucionais, dependendo da ação legislativa que possibilita que os preceitos contidos no texto da Constituição Federal de 1988 sejam efetivos.

Questiona-se, então, as consequências das omissões legislativas que violam determinações constitucionais que demandam regulamentação infraconstitucional e o papel do Poder Judiciário frente a tais questões, uma vez que existem instrumentos processuais cujo escopo é exatamente o de sanar a inércia violadora do texto constitucional.

Para tal investigação, opta-se pelo exame do mecanismo de controle abstrato de constitucionalidade frente à inércia violadora da Constituição: ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

Se, por um lado, a Lei 13.300/2016, que regulamentou o mandado de injunção (MI), possibilitou ao Judiciário estabelecer as condições em que se dará

³ O já clássico artigo de Oscar Vilhena Vieira (2008) trata das competências superlativas do STF e do processo de expansão dos poderes do Supremo institucionalizado pelo texto constitucional de 1988.

⁴ Para Paulo Bonavides (2012) as normas constitucionais possuem plasticidade inerente, posto que sua natureza política e forte teor axiológico que influenciam profundamente nos métodos interpretativos que lhes são próprios.

o exercício dos direitos constitucionais – após, esclareça-se, a superação de prazo razoável para que o responsável pela edição de norma regulamentadora suprisse a omissão –, a regulamentação normativa – seja constitucional ou infraconstitucional, como será visto – da ADO não contém previsão expressa nesse sentido.

Parte-se do pressuposto de que a omissão ou atuação ineficaz do Executivo e Legislativo no cumprimento dos direitos fundamentais gera a necessidade de a justiça constitucional atuar no sentido da concretização de tais direitos. Deve-se ser perquirido, contudo, em quais termos o Judiciário pode agir de maneira que permaneça coadunado com o princípio da conformidade funcional.

Para a compreensão do tema foi utilizada pesquisa bibliográfica, com o uso dos principais referenciais teóricos no assunto, fosse por meio de livros ou artigos científicos publicados. Quanto aos fins, a pesquisa é exploratória, pois busca inicialmente aprimorar ideias e descritiva porque descreve a situação no momento no qual se ocorre a investigação, classificando e interpretando os fatos e a ordem jurídica-constitucional. Utiliza-se ainda da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como objeto privilegiado para a compreensão do pensamento constitucional que permeia a corte de cúpula do Judiciário brasileiro.

111

2 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À APLICABILIDADE E AS NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA

A aplicabilidade de uma norma jurídica diz respeito à capacidade da norma ser efetivamente aplicada e produzir seus efeitos. Nesse aspecto, remeta-se à classificação clássica proveniente da doutrina jurídica do constitucionalismo liberal característico do final do século XIX e início do século XX, especialmente do norte-americano, que na doutrina pátria foi transladada por Ruy Barbosa (1932), qual seja a dicotomia de normas *self-executing* e *not self-executing*⁵.

As normas executáveis por si mesmas ou auto executáveis (*self-executing provisions*): são as determinações para executar que não dependem do estabelecimento ou designação de autoridade qualquer, tampouco da criação ou in-

⁵ Pontes de Miranda (1967) também discorreu sobre o tema, dando denominação distinta, mas que se aproximava da classificação de Ruy Barbosa. As normas bastantes em si seriam auto executáveis, enquanto as normas não bastantes em si seriam as não auto executáveis.

dicação de processo especial, ou seja, são as normas nas quais o direito encontra-se instituído e instrumentalizado por si mesmo, pelos seus próprios meios de execução.

Já as normas não executáveis por si mesmas ou não auto executáveis (*not self-executing provisions*): são as normas que demandam a atuação do legislador ordinário, pois não se executam por si mesmas, pelo que, a ação legislativa que possibilita que os preceitos contidos no instrumento normativo sejam efetivos.

Hodiernamente a doutrina tem utilizado com frequência a classificação de José Afonso da Silva (2007): normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, sendo essas últimas o objeto da presente análise.

As normas de eficácia plena⁶ e aplicabilidade direta, imediata ou integral, da maneira que se encontram previstas na Constituição, podem ser aplicadas, ou seja, estão prontas para produzir efeitos, não dependendo de ulterior processo de legitimação infraconstitucional. Já as normas de eficácia contida⁷ e aplicabilidade direta, imediata ou restringível não dependem de regulamentação posterior para produzir efeitos, mas podem possuir limites infraconstitucionais, ou seja, a maneira como o direito será exercido poderá sofrer contenção por regulamentação legislativa posterior.

O objeto de estudo da presente pesquisa são as normas de eficácia limitada⁸ e aplicabilidade mediata, indireta ou reduzida, as quais possuem força normativa, mas dependem de lei para sua aplicação, ou seja, para o direito constitucional possuir efetividade, demanda regulamentação infraconstitucional.

⁶ Exemplos: CF/88, Art. 5º, XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; CF/88, Art. 37, III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

⁷ Exemplos: CF/88, Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; CF/88, Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade

⁸ Exemplos: CF/88, Art. 37, VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; CF/88, Art. 146. Cabe à lei complementar: I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; CF/88, Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.; CF/88,

As normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata ou indireta são as disposições constitucionais que demandam expressamente a regulamentação por meio de lei, seja complementar ou ordinária, sem as quais sua efetividade fica comprometida.

Diversas normas de eficácia limitada são também denominadas de normas programáticas⁹, pois “veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos” (BARROSO, 2006, p. 292), norteados os percursos a serem esquadrihados pelo legislador e pela Administração Pública, estabelecendo programas de ação¹⁰.

Tais normas constitucionais dependem, em um primeiro plano, da atuação dos Poderes Políticos do Estado, demandando a regulamentação devida pelo Poder Legislativo – e até mesmo, a depender do caso, pelo Poder Executivo – além das políticas governamentais de aplicação dos mandamentos constitucionais.

Isso posto, perquirição importante diz respeito aos instrumentos de correção da inércia estatal diante do texto constitucional, especialmente quando ocorre omissão em legislar e qual o papel do Poder Judiciário nessa questão.

113

3 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Diante da ausência de medida para tornar efetiva norma constitucional, portanto, quando há um dever constitucional não observado, ocorre uma inércia inconstitucional, posto que tal omissão é violadora dos mandamentos constitucionais.

⁹ Relevante para o debate é a já clássica classificação da CF/88 como dirigente, que, conforme o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho (2001, p. 224), seria aquela “entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições”, delimitando “o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais”.

¹⁰ Parte da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem afirmando que a aplicabilidade das normas programáticas é diferida, pois são comandos-valores, cujo destinatário primeiro é o legislador – que deverá editar regulamentação infraconstitucional visando a concreção das metas constitucionalmente estipuladas –, muito embora não seja o único destinatário. Segundo essa mesma corrente, não se pode negar eficácia às normas programáticas, mesmo quando não há lei infraconstitucional que delimite as formas de consecução desses objetivos político-sociais. Dessa maneira, mesmo sem regulamentação legislativa específica, as normas programáticas possuem eficácia negativa, pois a partir dos valores nelas esposados, poderá ocorrer a não recepção de leis a elas contrárias, ou ser declarada a inconstitucionalidade de legislações posteriores.

Importante remeter à lição de Luís Roberto Barroso (2019) de que muito embora o legislador possua uma margem de discricionariedade no exercício de sua função típica, e por vezes o não legislar é uma escolha política, quando a Constituição impõe o dever de editar norma regulamentadora, a abstenção do órgão legiferante será ilegítima, caracterizando a omissão inconstitucional.

Nesse mesmo sentido é Lenio Streck (2013), segundo o qual uma vez que a Constituição estabeleceu expressamente uma conduta a ser seguida pelo Executivo ou Legislativo, trata-se de uma obrigação imposta pela pelo texto constitucional, ainda que, por exemplo, quando se trata de norma regulamentadora, seu conteúdo possa ser bastante diverso, não há dúvida de que a sua não edição configura uma inércia violadora da própria Constituição.

Em síntese, a inconstitucionalidade por omissão – relacionada às normas de eficácia limitada e aplicabilidade indireta – ocorre mediante a inação estatal, que deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta da Constituição, especialmente quanto à omissão no dever concreto de legislar, não realizando o que o texto constitucional exige expressamente a fazer.

Ocorre uma omissão total quando o dever de legislar foi deliberadamente integralmente ignorado, não havendo a edição da norma exigida pela CF/88, ou uma omissão parcial, ocasião na qual o ato normativo atende apenas parcialmente a exigência constitucional. (BULOS, 2015)

Importante exemplo de omissão parcial é a denominada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, posto que existe regulamentação infraconstitucional, mas a norma afronta o princípio da isonomia por conceder vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas. (MENDES; BRANCO, 2017)

Impende destacar que, havendo omissão total e sendo o Judiciário provocado, poderá o órgão jurisdicional simplesmente esposar entendimento no sentido de que a norma constitucional é, na realidade, autoaplicável (auto executável). Contudo, em o órgão jurisdicional reconhecendo a omissão inconstitucional, poderá seguir dois caminhos: declarar a mora do órgão competente para legislar, comunicando-o a respeito da omissão, ou – com concessão de prazo ou mesmo diretamente – estipular o próprio Judiciário a regra para o caso concreto. (BARROSO, 2019)

Diante dessas possibilidades, indispensável examinar os dois instrumentos processuais constitucionalmente previstos que possuem como objeto a reparação de tal inércia inconstitucional, quais sejam a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

3.1 O mandado de injunção e a posição concretista intermediária

O mandado de injunção está previsto no Art. 5º, LXXI, da CF/88¹¹, sendo regulamentado pela Lei n. 13.300/2016. Tem como objeto a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Trata-se de processo subjetivo, por meio do qual é exercido controle de constitucionalidade concreto e por via incidental, tendo como escopo viabilizar o exercício de direitos constitucionais por seus titulares¹².

Antes da edição da lei de regência em 2016, utilizava-se a Lei 12.016/2009 (mandado de segurança) para reger o procedimento do mandado de injunção. Sem uma regulamentação específica que delineasse os efeitos de uma decisão pela concessão da injunção, os efeitos de tal julgamento foram motivo de debates durante muito tempo.

O STF manteve durante longo período após a promulgação da CF/88 entendimento de que o objeto do mandado de injunção circunscrevia-se à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, cuja consequência da constatação de tal mora era sua mera comunicação ao Poder Legislativo a fim de que fossem adotadas as providências necessárias para suprir a omissão legislativa, sem sequer ser fixado prazo para que o órgão legiferante ditasse a norma regulamentadora¹³.

Esse entendimento traduzia a posição não concretista, segundo a qual o Poder Judiciário poderia apenas reconhecer formalmente a inércia do Poder Público, dando ciência da sua decisão ao órgão competente, sendo estritamente

¹¹ CF/88, Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

¹² Lei n. 13.300/2016, Art. 3º São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

¹³ Nesse sentido, conferir o MI 107, e relatoria do Ministro Moreira Alves, julgado em 21/11/1990, no qual o STF concluiu que ao Judiciário cabia apenas declarar a inconstitucionalidade da lacuna normativa para comunicar ao legislador a necessidade de adotar as medidas cabíveis.

respeitada a Separação dos Poderes, pois não caberia ao Judiciário assegurar ao impetrante o exercício do direito carente de norma regulamentadora, tampouco obrigar o Legislativo a legislar.

Em 25 de outubro de 2007, no entanto, no julgamento dos mandados de injunção de n. 670, 708 e 712¹⁴, quanto à ausência de regulamentação da greve dos servidores públicos (Art. 37, VII, CF/88), a Corte de Cúpula do Judiciário brasileiro modificou seu posicionamento até então consolidado.

Prevaleceu o voto-vista do ministro Gilmar Mendes no sentido de que a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passou a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial, razão pela qual admitiu-se que o Poder Judiciário adotasse medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configurasse como ofensa ao modelo de separação de poderes. O novo paradigma jurisprudencial firmou a posição concretista, de que o exercício do direito deve ser concretamente assegurado na decisão judicial.

Com o advento da Lei n. 13.300/2016, a posição concretista intermediária foi normatizada no Art. 8º do diploma normativo de regulação do mandado de injunção¹⁵, pois primeiramente deve ser notificado o órgão responsável pela edição da norma para suprir a omissão e, caso a inércia permaneça, o Judiciário delimitará como o direito será exercido.

3.2 A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a posição não concretista

A ADO é o outro mecanismo processual disponível para combater a inércia violadora da Constituição. Está prevista no Arts. Art. 102, I, “a”, da CF/88,

¹⁴ MI 670, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, redação para acórdão do Ministro Gilmar Mendes; MI 708, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes; e MI 712, de relatoria do Ministro Eros Grau. Todos foram julgados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 25/10/2007.

¹⁵ Lei n. 13.300/2016, Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

tendo o seu procedimento regulamentado pela Lei n. 9.898/99 (alterada pela Lei n. 12.063/2009, que incluiu os artigos específicos sobre ADO¹⁶).

O objeto da ADO é a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa¹⁷. Trata-se de uma das ações do controle de constitucionalidade concentrado e em abstrato, razão pela qual as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) serão dotadas de eficácia erga omnes e efeito vinculante (Art. 102, § 2º, da CF/88; c/c Art. 28, Parágrafo único, Lei 9.868/99).

Diferentemente do mandado de injunção, por se tratar de processo objetivo, não há busca por interesses privados, não servindo para compelir produção de ato administrativo em caso concreto. As ações diretas do controle jurisdicional de constitucionalidade abstrato visam a defesa do interesse genérico da sociedade em relação à tutela da CF/88, ou seja, a proteção da ordem jurídico-constitucional objetiva.

Diferente da logicidade processualista clássica, não há partes propriamente ditas, posto inexistir litígio no sentido de pretensão resistida, pois o conflito que se pretende solver é aquele violador da CF/88, não de interesses concretos em disputa. Isso posto, a autor de uma ADO será um dos órgãos ou autoridades elencados no rol exaustivo do Art. 103, da CF/88¹⁸, que não ajuizarão a referida ação perseguindo tutela de direitos subjetivos; enquanto o requerido da ADO é o órgão ou autoridade responsável pela edição da norma, não sendo propriamente um réu, mas sendo notificado para prestar informações a respeito do objeto da ação.

Dentro dessa lógica, pode-se considerar que o objetivo da ADO será o de apenas declarar a mora em legislar, ou seja, possibilitando decisões do STF tão somente no sentido da posição não concretista. Portanto, a natureza da decisão em sede de ADO é meramente declaratória.

¹⁶ Conforme Lênio Streck (2013), o modelo português serviu como inspiração para o regramento da inconstitucionalidade por omissão no Brasil em sede de ADO.

¹⁷ Lei n. 13.300/2016, Art. 12-B. A petição indicará: I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

¹⁸ CF/88, Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Essa é, inclusive, a dinâmica extraída do regramento normativo insculpido no Art. 103, § 2º, da CF/88¹⁹, c/c Art. 12-H, caput e §1º, Lei n. 9.868/99²⁰, de forma que uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional em sede de ADO, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Isso posto, em sendo a inércia do Poder Legislativo, ausente a previsão normativa de concessão de qualquer prazo para legislar ou mesmo outra medida mais assertiva de resolução da omissão violadora da Constituição. Mesmo no caso de órgão administrativo, não há previsão expressa de que o STF possa suprir a omissão após o transcurso do prazo.

Deve-se ser perquirido, no entanto, se dessa forma a ordem jurídico-constitucional não restaria hipotutelada em caso de inércia legislativa, e se a ADO não seria um mecanismo processual inócuo em relação ao escopo das ações diretas em manter a ordem jurídico-constitucional intacta ou retificar possíveis violações.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF, como forma de amenizar a ineficácia da ADO, contempla alguns julgados nos quais a decisão definitiva de mérito pela procedência da ação permaneceu adstrita à posição não concretista, mas foi estipulado prazo para legislar, mesmo em caso de omissões do Poder Legislativo e não de órgãos administrativos, o que se passa a analisar.

4 O JULGAMENTO DE ADO E A QUESTÃO DO PRAZO PARA LEGISLAR

Em julgados recentes de ADO, o STF tem buscado alternativas para sanar a inércia inconstitucional, levantando questionamentos a respeito de uma possível postura ativista de intervenção indevida no Poder Legislativo. Destacam-se os seguintes julgados como paradigmáticos em razão da concessão de prazo para legislar: ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) por Omissão nº 3.682, ADO nº 24 e ADO nº 25.

¹⁹ CF/88, Art. 103, § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

²⁰ Lei n. 9.868/99, Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. § 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

A ADIn por Omissão nº 3.682 foi ajuizada em 06/03/2006, portanto, antes da Lei n. 12.063/2009, que regulou especificamente a ADO, razão pela qual foi autuada como ADIn. A Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso foi a autora, tendo como requeridos o Presidente da República e o Congresso Nacional, cabendo a relatoria ao Ministro Gilmar Mendes.

O dispositivo constitucional debatido foi o parágrafo 4º, do artigo 18, da CF/88, que estabelece a necessidade de lei complementar federal para delimitação de prazo para criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios mediante lei estadual. A redação da referida norma constitucional foi dada pela Emenda Constitucional nº 15/1996, ou seja, quando do ajuizamento da ação já faziam 10 anos de inércia na edição da lei complementar federal.

A ação foi julgada em 06/09/2007, tendo sido procedente²¹, por unanimidade, para reconhecer a mora legislativa, e, por maioria – vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que não fixavam prazo – para con-

²¹ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar a Lei Complementar a que se refere o § 4o do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional no 15/1996. ação julgada procedente. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4o, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (STF, ADIn 3.682 MT, Relator Min. Gilmar Mendes, Publicação em 06/09/2007)

ceder prazo de 18 meses para que o congresso Nacional adotasse as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição.

Acontece que diversos Estados da Federação haviam editado leis estaduais que criaram municípios ou alteraram seus limites territoriais, sem, contudo, existir ainda a necessária lei complementar federal a que alude o art. 18, § 4º, da CF/88, pelo que, o próprio STF já havia decidido, nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689, pela estipulação do prazo de 24 meses para que as leis estaduais continuassem vigendo, até que a lei complementar federal fosse promulgada contemplando as realidades desses municípios²².

Importante observar que na Ementa da decisão, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, houve a preocupação em deixar consignado que “Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável”.

Considera-se, contudo que de fato se trata do primeiro julgado do STF em sede de controle abstrato a delimitar ao Legislativo um verdadeiro prazo para legislar²³, atentando ao fato de que, a época, a Lei nº 9.868/99 não possuía dispositivos normativos específicos para o julgamento de ADO, mas apenas o Art. 103, § 2º, da CF/88, cujo trecho “será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”, pode ser considerado uma cláusula de abertura para a fixação de lapso temporal razoável para a supressão da omissão.

Também foi nesse julgamento que se firmou o paradigma de ser cabível ação direta diante da *inertia deliberandi* (discussão e votação) das Casas Legislativas, ou seja, quando já existem projetos de lei em tramitação, mas ocorre a mora do Parlamento em deliberar.

A relevância da ação ora analisada reside também na resposta do Congresso Nacional que, aproximadamente 15 meses depois da decisão do STF, no lugar de sanar a omissão – que permanece até os dias atuais –, editou a Emenda Constitucional (EC) nº 57 de 18 de dezembro de 2008, acrescentando

²² Tratou-se de caso de inconstitucionalidade progressiva em razão das denominadas situações constitucionais imperfeitas, nas quais a norma é considerada ainda constitucional até a implementação das estruturas normativas previstas na Constituição.

²³ Interessante observar que também foi em 2007 o julgamento dos mandados de injunção de n. 670, 708 e 712, nos quais houve a virada paradigmática para a posição concretista explicitada anteriormente.

o art. 96 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) nos seguintes termos: Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.

Outra ação importante foi a ADO nº 24, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), tendo como requeridos o Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente do Senado Federal, na data de 20/06/2013, ficando sob relatoria do Ministro Dias Toffoli.

A omissão estava relacionada à EC nº 19, de 04/06/1998, que modificou o regime e dispôs sobre princípios e normas da Administração Pública, estabelecendo em seu art. 27: O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.

Por conseguinte, quando do ajuizamento da ADO nº 24, haviam se passado 15 anos da edição da EC nº 19, sem a criação da lei referida, que tinha prazo de 120 para ser elaborada, prazo imposto ao Congresso Nacional por si mesmo, diante da EC nº 19/98.

O Projeto de Lei nº 6.953/2002 estava em tramitação e pendente de análise e de deliberação no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados. Por essa razão, a OAB pleiteou Medida Cautelar na ADO para determinar aos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem assim à Presidência da República, que adotassem providências para que a análise do Projeto de Lei nº 6.953/2002 e sua conversão em lei ocorressem, no prazo máximo, de 120 dias²⁴.

O caso descrito tratava, por conseguinte, de *inertia deliberandi* no âmbito das Casas Legislativas, ou seja, a inércia em deliberar projeto de lei já em tramitação, que pode ser objeto de ADO, conforme o precedente estabelecido na ADIn nº 3.682 retro analisada.

Em decisão monocrática de 01/07/2013, o Ministro Relator Dias Toffoli concedeu a medida cautelar para reconhecer o estado de mora do Congresso Nacional, a fim de que os requeridos, no prazo de 120 (cento e vinte) dias,

²⁴ Na exordial, a OAB requereu, subsidiariamente, a aplicação subsidiária e provisória da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

adotassem as providências para a edição da lei em questão, tendo em vista ter sido o prazo definido no próprio art. 27 da EC nº 19/98²⁵.

O que chamou atenção na ação foi a concessão de prazo para legislar em decisão monocrática, ainda que *ad referendum* do Plenário, e em sede de medida cautelar. Primeiramente, ressalte-se que a Lei nº 9.868/99 não prevê a possibilidade de concessão de cautelar monocraticamente pelo relator, sendo, no entanto, procedimento já consolidado na jurisprudência do STF.

Ademais, parágrafo 1º, do Art. 12-F, da referida lei, prescreve que a medida cautelar em ADO poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal. A parte final do dispositivo constituiu-se, por conseguinte, em cláusula de abertura, possibilitando que o Supremo delibere com certo espectro de liberdade qual medida mais apropriada deverá ser tomada.

A decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli foi objeto de Agravo Regimental interposto pela Mesa do Senado Federal, cujo argumento principal foi a ausência de previsão constitucional ou infraconstitucional da possibilidade de ser dado, pelo STF, prazo para legislar ao Parlamento, razão pela qual a decisão monocrática violaria a Separação dos Poderes. Outro fundamento do recurso foi a afronta à cláusula de reserva de plenário, posto que o caput do Art. 12-F, da Lei nº 9.868/99, exige maioria absoluta dos membros do Supremo para o deferimento de cautelar em ADO, remetendo ainda ao Art. 97, da CF/88²⁶.

Depois de transcorrer alguns anos de tramitação da ação sem julgamento do agravo de instrumento ou decisão definitiva de mérito, finalmente o Projeto de Lei nº 6.953/2002 foi convertido na Lei nº 13.460 de 26 de junho de 2017, que dispôs sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, ou seja, quase 4 anos após a con-

²⁵ Trecho da decisão monocrática: “Nesses termos, acolho a sugestão do autor da demanda e fixo o prazo razoável de 120 (cento e vinte) dias para a edição da lei em questão, tendo em vista ter sido esse o prazo definido no próprio art. 27 da EC nº 19/98. Como afirmado pelo requerente, em sua inicial, a presente decisão, ‘na prática, teria o condão de renovar o prazo inicialmente concedido pela própria Emenda Constitucional nº 19/98, não implicando, no mais, em maiores consequências jurídicas””.

²⁶ CF/88, Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

cessão da medida cautelar. Em 19/12/2017 o Ministro Relator Dias Toffoli extinguiu o processo sem resolução do mérito por perda do objeto, arquivando-o.

Por fim, passa-se à análise da ADO nº 25, ajuizada pelo Governador do Paraná, em 27/08/2013, tendo como requerido o Congresso Nacional, em face da omissão diante da elaboração de lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

A EC nº 42/2003 alterou o Sistema Tributário Nacional, modificando, dentre outros, o art. 155, § 2º, X, “a”, da CF/88, no sentido de instituir a desoneração do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores.

Tal medida poderia acarretar desequilíbrio arrecadatório aos Estados da Federação, pelo que a própria EC nº 42/2003 incluiu o art. 91 do ADCT: A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, “a”.

Passados 10 anos sem a elaboração da lei complementar, foi ajuizada a ADO, requerendo fosse declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, para que fosse determinado ao Congresso Nacional a adoção imediata das providências necessárias para sanar a problemática.

A ação foi julgada procedente²⁷, por unanimidade de votos, em 30/11/2016, para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que

²⁷ EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 2. Federalismo fiscal e partilha de recursos. 3. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas compensatórias. 4. Omissão inconstitucional. Violação do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Edição de lei complementar. 5. Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão. Após esse prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União, enquanto não for editada a lei complementar: a) fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do

seja sanada a omissão. Após esse prazo, o STF inovou ao determinar que caberia ao Tribunal de Contas da União (TCU), enquanto não for editada a lei complementar: a) fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

A questão ainda não foi resolvida, posto que a lei complementar ainda não foi elaborada e em 07/11/2017, a União protocolou pedido de dilação do prazo estabelecido pelo STF, que foi deferido, em parte, para prorrogação por 12 (doze) meses, a contar da data de 21/02/2019. Atualmente, a União e os Estados estão em negociações para buscar uma conciliar em vista de resolver a problemática.

5 CONCLUSÃO

124 O intérprete da Constituição deve observar a estrutura de repartição dos poderes constituídos, não usurpando atribuição de outro poder, o que ganha especial relevância no contexto da relação entre Poder Legislativo e Poder Judiciário no caso da inação dos órgãos legiferantes acarretam a impossibilidade de que o comando constitucional tenha efetividade, posto que sua aplicabilidade depende de legislação infraconstitucional.

Nessas situações, a própria CF/88 instituiu os mecanismos processuais adequados para que tal problemática possa ser sanada, pois uma omissão em editar lei regulamentadora de norma constitucional, inviabilizando a efetividade do dispositivo normativo, é tão grave quanto a edição de uma lei que afronta diretamente a Constituição.

Não é de se esperar, portanto, que os instrumentos processuais em si também sejam eivados em inefetividade. Se a Lei nº 13.300/2016, que regula o Mandado de Injunção, já contemplou a possibilidade do Poder Judiciário estabelecer prazo para edição da lei e até mesmo as condições em que se dará o exercício dos direitos constitucionais, coube à jurisprudência do STF firmar os mecanismos próprios da ADO.

ADCT; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. (STF, ADO 25 DF, Relator Min. Gilmar Mendes, Publicação em 18/08/2017)

Pela análise das ações (ADIn nº 3.682, ADO nº 24 e ADO nº 25) retro descritas, observou-se que, mesmo inexistindo previsão normativa expressa e inequívoca, seja constitucional ou infraconstitucional, o STF tem reiteradamente confirmado a corrente de entendimento da possibilidade de delimitação de prazo para legislar em sede de ADO de maneira que seja sanada a omissão violadora da Constituição.

A concessão de prazo na ADIn nº 3.682 era fundamental diante das situações constitucionais imperfeitas, com municípios criados sob a égide de leis estaduais inconstitucionais. No contexto político da época, foi mais viável convalidar tais situações por meio de Emenda Constitucional do que editar a Lei Complementar.

Já na ADO nº 24, diante do descumprimento pelo Congresso Nacional do prazo contido na EC nº 19/98 para edição de lei, portanto, prazo estipulado pelo próprio Parlamento, era plenamente razoável a delimitação de lapso temporal, pelo Judiciário, para que a referida lei fosse promulgada.

A cautelar concedida monocraticamente, contudo, por ser medida de intervenção – ainda que legítima – de um poder em outro, deveria ser proferida pelo Plenário da corte. Trata-se de mais um exemplo da problemática do excesso de decisões monocráticas no STF, o que favorece o subjetivismo e as oscilações de cada ministro. Quando a decisão é proferida pela maioria absoluta dos membros do Tribunal, os debates e discussões permitem que se atinja maior qualidade na deliberação, fortalecendo a legitimidade e autoridade do Supremo enquanto corte de cúpula do Judiciário.

Quanto à decisão na ADO nº 25, percebe-se que o STF adotou medida inovadora ao, além de estabelecer prazo para legislar, consignar alternativa em caso da permanência da inércia, de maneira a possibilitar solução eficaz para o caso.

O Supremo, no entanto, não trouxe para si a atribuição de suprir a omissão, designando tal tarefa a órgão que possui, supostamente, a expertise técnica para definir os valores a serem repassados, pelo que não se pode considerar que houve rompimento com a posição não concretista.

Observa-se que mesmo quando ocorre a determinação do referido prazo para legislar, mas sem qualquer previsão de medidas mais incisivas quando do seu descumprimento, a decisão judicial resta desprovida de efeitos práticos

para solucionar a omissão. Não deve caber ao próprio Supremo, porém, o arbítrio de livremente designar a medida de intervenção nos demais poderes será cabível.

Assim como ocorreu com o mandado de injunção, no qual o próprio Parlamento editou norma (Lei nº 13.300/2016) que permite decisão judicial de cunho concretista, é o caso de aperfeiçoamento legislativo via reforma da Lei nº 9.898/99 de maneira a dispor expressamente a respeito de medidas a serem tomadas pelo STF quando da persistência dos órgãos legislativos na inércia.

Por se tratar de controle jurisdicional de constitucionalidade em abstrato, uma prescrição idêntica ao do inciso II, do Art. 8º, da Lei nº 13.300/2016, não se mostra mais adequada, posto não haver a busca pelo exercício de direito subjetivos específicos.

Propõe-se debater a possibilidade de estabelecimento de medida similar ao que ocorre no procedimento legislativo sumário ou em regime de urgência (art. 64, §§ 1º-4º, da CF/88) para os casos de *inertia deliberandi*, ou seja, quando já existe projeto de lei em tramitação. Dessa forma, projetos de lei sobre a temática objeto de ADO teriam prazos para discussão e votação, com a possibilidade de sobrestamento das demais deliberações nas Casas do Congresso Nacional.

Medida dessa natureza evitaria uma interferência mais aguda do Judiciário no Legislativo, pois não haveria como obrigar um parlamentar a propor projeto de lei ou sequer aprovar um já existente – o que, por si só, já configuraria novo limite para a efetividade decisão –, mas daria celeridade às propostas já em discussão, forçando que a temática entrasse na pauta do Parlamento.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BARBOSA, Ruy. **Comentários a Constituição Federal Brasileira**. Colligidos e ordenados por Homero Pires, São Paulo: Saraiva, 1932.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2019.

- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, n. 61, São Paulo, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 2001
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Juspodivm: Salvador, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: RT, 2013.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, jul-dez, p. 441-464, 2008.