

## **EFEITOS DAS DECISÕES EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: DA POSSIBILIDADE DE PROLAÇÃO DE SENTENÇAS CRIATIVAS NO CONTROLE ABSTRATO DAS OMISSÕES DO PODER PÚBLICO**

### ***EFFECTS OF DECISIONS IN DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY FOR OMISSION: THE POSSIBILITY OF PRONOUNCING CREATIVE SENTENCES IN THE ABSTRACT CONTROL OF OMISSIONS OF THE PUBLIC POWER***

Gabriela Costa e Silva

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, sob orientação do Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior. E-mail: gabicesilva@gmail.com

Dirley da Cunha Júnior

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestre em Direito Econômico pela UFBA. Professor de Direito Constitucional nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade Federal da Bahia (UFBA), da Universidade Católica do Salvador (UCSAL) e do Curso de Graduação e Pós-Graduação (Especialização) da Faculdade Baiana de Direito (FBD). Conferencista e Autor de diversas obras jurídicas. Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia. Ex-Promotor de Justiça do Estado da Bahia (1992-1995). Ex-Procurador da República (1995-1999). E-mail: dirleyvictor@uol.com.br

Recebido em: 10/03/2017

Aprovado em: 06/12/2017

**RESUMO:** Este trabalho objetiva demonstrar as deficiências que a interpretação restritiva do artigo 103 §2º da Constituição Federal Brasileira pode representar para os fins atribuídos à ação direta de inconstitucionalidade por omissão no exercício do controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa maneira, recorre-se a elementos de direito comparado, aos princípios da supremacia e da força normativa da Constituição, além da proposta de releitura neoconstitucionalista do princípio da separação das funções do Estado, a fim de se justificar a possibilidade de emissão de decisões de caráter não apenas informativo, mas também mandamental, aditivo e normativo em sede de ADO.

**Palavras-chave:** Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Controle de Constitucionalidade. Efeitos da Decisão. Supremacia Constitucional.

**ABSTRACT:** This work aims to demonstrate the deficiencies that a restrict interpretation of article 103 §2º of the Brazilian Constitution can represent to the achievement of the objectives aimed by the the direct action of unconstitutionality of omission carried out by the Brazilian Supreme Court in the abstract judicial review process. Thus, taking into consideration elements of comparative Law, the principles of strength and supremacy of the Constitution, besides of a neoconstitutionalist interpretation of the separation of Powers, it was intended to justify the possibility of decisions that go beyond its informative shape, being also mandatory, additive or normative in terms of the so called ADO.

**Key-words:** Direct Action of Unconstitutionality of Omission. Judicial Review. Effects of decisions. Constitutional Supremacy.

**SUMÁRIO:** Introdução – 1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão: linhas gerais – 2. Parâmetro de controle abstrato das omissões inconstitucionais – 3. Dos efeitos ordinários das decisões em sede de ADO - 4. Da possibilidade de decisões de efeito mandamental, aditivo e normativo – 4.1. Decisão declaratória de efeito informativo – 4.2. Decisão declaratória de efeito mandamental – 4.3. Decisão normativa de efeito aditivo – 4.4. Decisão normativa de efeito de solução – Conclusão – Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

O artigo 103, §2º, da Constituição Federal da República Brasileira prevê que a decisão declaratória de inconstitucionalidade por omissão terá por efeito dar ciência ao Poder omissor competente para que sejam adotadas as providências cabíveis, sendo que, em se tratando de órgão administrativo, tais correções devem ser tomadas no prazo de 30 dias.

Se interpretada de maneira restritiva, esta previsão poderá ter caráter marcadamente limitado em alguns casos, ainda mais em se considerando que o problema das omissões do Poder Público é um dos grandes desafios do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Em verdade, admitir que as decisões em ações de controle de constitucionalidade por omissão sejam de natureza meramente informativa significaria transformar este importante instrumento da jurisdição constitucional em instituto inócuo.

Sabe-se que, como ação do controle abstrato que o é, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem natureza de processo objetivo, sendo sua finalidade precípua a defesa da efetividade da Constituição. No caso das omissões, em específico, essa defesa se revela pelo combate à violação ao imperativo constitucional de integração normativa.

Dessa maneira, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão o que se pretende repelir não é um diploma normativo em específico, mas sim a conduta inerte do ente político que deixa de praticar atos regulamentares determinados pela Constituição. Em outras palavras, a omissão inconstitucional existe quando o legislador deixa de cumprir o dever constitucional de integração do ordenamento jurídico, violando, por isso, a imperatividade da sua norma vértice.

Por esses motivos, antes de analisar as possibilidades dos efeitos decisórios em sede de ADO, necessário se faz compreender, preliminarmente, quais seriam as finalidades deste instituto de jurisdição constitucional, suas origens, seu objeto e desdobramentos no ordenamento jurídico pátrio, e em especial, quais seriam as normas constitucionais parâmetro dessa modalidade de controle.

Em outras palavras, o primeiro passo para se admitir a criatividade decisória em sede de ação direta de inconstitucionalidade se dá pela análise das finalidades deste instituto, que foi inserido na Carta Constitucional Brasileira de 1988, e o reconhecimento das modalidades de normas constitucionais que necessitam de integração normativa a cargo dos Poderes instituídos.

## 1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: LINHAS GERAIS

Pelo esboço histórico do instituto em estudo, é possível vislumbrar que a primeira Carta Constitucional a prever expressamente a existência de um instrumento de jurisdição constitucional exclusivamente voltado ao controle das omissões foi a Constituição Socialista Iugoslava de 1974 (CUNHA JR., 2016, p. 276-277).

Naquele diploma, o artigo 337º dispunha que, caso o Tribunal Constitucional Iugoslavo verificasse que determinado órgão competente não tivesse promulgado as prescrições necessárias

à execução das disposições constitucionais, deveria disso dar conhecimento à Assembleia da República.

Ainda em sede de estudo comparado, é de se perceber que, em determinados países, a inexistência de uma ação do controle abstrato específica para o caso das omissões não obsta a apreciação dos Tribunais Constitucionais sobre estas questões. O *Bundesverfassungsgericht* alemão, por exemplo, lança mão de diversas técnicas de interpretação e integração constitucionais para corrigir o problema das omissões públicas.

Uma delas é o *Apellentscheidung*, ou apelo ao legislador, por meio da qual a Corte comunica preventivamente ao legislador sobre a existência da supressão normativa que caminha para a inconstitucionalidade, sendo esta uma decisão de caráter marcadamente preventivo, pois não declara de imediato a inconstitucionalidade por omissão, instando o poder Legislativo a solucionar por si o problema (MENDES, 2004, p. 406).

Já o chamado “processo de concretização”, ou *Konkretisierung*, é o método de hermenêutica constitucional que permite ao Tribunal adotar decisões alternativas nos casos em que as omissões do legislador tenham o condão de obstar o exercício de direitos fundamentais.

A utilização deste método foi feita no emblemático caso julgado em 1969 em torno do art. 6º, parágrafo 5º da Lei Fundamental da Alemanha, que determinava ao legislador assegurar aos filhos havidos fora do casamento condições idênticas àquelas vigentes para os filhos legítimos (BVerfGE 25, 167).

Naquele caso, o Tribunal Constitucional alemão declarou que, configurada a mora do legislador, poderiam os juízes e tribunais aplicar o preceito de maneira direta, permitindo a concretização (*Konkretisierung*) dos direitos tutelados, a despeito da inércia do Legislador (MENDES, 2004, p. 415).

Na Itália, a modulação dos efeitos das sentenças proferidas em controle de constitucionalidade, obtida através das *decisões manipulativas ou aditivas*, também permite solucionar o problema das omissões inconstitucionais em concreto. Nesses casos, as decisões tem o condão de ampliar o conteúdo normativo, sem alteração do texto, no intuito de assegurar o exercício de direitos em casos específicos (CHAVES; PEREIRA, 2014, p. 2).

O mesmo ocorre com o modelo americano difuso, no bojo do qual, não apenas a *Supreme Court*, mas também os demais tribunais e juízes podem solicitar aos órgãos legislativos que promulguem as leis necessárias ao exercício dos direitos fundamentais, operando essa atividade em verdadeira injunção (CUNHA JR., 2016, p. 275).

Como se depreende dos exemplos acima, as soluções encontradas em Direito Comparado no combate às omissões do poder público enquadram-se mais aos casos de ofensas constitucionais aos direitos subjetivos, não havendo necessariamente instrumentos que protejam *in abstracto* as ordens emanadas pelas Cartas Constitucionais no sentido do dever de normatizar.

Dessa maneira, pode-se dizer que o ordenamento jurídico que tem a expressa previsão de um mecanismo de controle das omissões inconstitucionais mais próximo ao exercido pela ADO brasileira seria o processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão descrito no art. 283º da Constituição Portuguesa de 1976<sup>1</sup>.

Nesse país, as omissões passíveis de controle por meio da ação específica do controle abstrato seriam aquelas relacionadas à falta ou insuficiência de medidas legislativas, e, ainda assim, restringindo-se aos casos em que houvesse o dever imperativo de legislar. Nesse sentido,

---

<sup>1</sup> Art. 283 - 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em 12 de outubro de 2016.

reproduz-se a ideia da doutrina portuguesa que diferencia as imposições constitucionais das normas de programa nos seguintes termos:

As omissões legislativas inconstitucionais derivam desde logo do não cumprimento de *imposições constitucionais legiferantes* em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da constituição. Consequentemente, devemos separar omissões legislativas resultantes da violação de preceitos constitucionais *concretamente* impositivos, do não cumprimento da constituição derivado da não atuação de *normas-fim* ou *normas-tarefa*, abstratamente impositivas (CANOTILHO, 2003, p. 1034).

Já para o caso brasileiro, o objeto de controle parece ser um pouco mais amplo que o português, uma vez que não abrange apenas às imposições feitas ao Poder Legislativo, havendo referência genérica no art. 103 §2º ao “poder competente”, expressando-se, inclusive, a possibilidade de que tal omissão se dê por conduta imputada a órgão administrativo. (*Art. 103 § 2º CF. 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*).

Da leitura do singular dispositivo que disciplina a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão na Constituição Federal Brasileira de 1988, é possível notar, ainda, que nos casos das omissões administrativas, a decisão do Supremo Tribunal Federal não se limitará a “dar conhecimento” da situação ao órgão omisso, como acontece no caso português. Nessa hipótese a decisão terá caráter *mandamental*, tendo sido previsto até mesmo o prazo de 30 (trinta) dias para a supressão da lacuna normativa.

De qualquer forma, em todos esses casos, a atividade dos Tribunais Constitucionais se dará no sentido de identificar os silêncios normativos que possam representar ofensas aos preceitos ou mandamentos constitucionais.

Admitindo-se, portanto, que no caso brasileiro as omissões controláveis por meio de ADO são aquelas de caráter normativo, podendo este dever de complementação ser direcionado não apenas ao Legislativo, mas também ao Executivo ou até mesmo ao Judiciário<sup>2</sup>, importa saber, a partir daí, qual seriam as normas constitucionais parâmetro de aferição dessas violações, passando-se, então, ao estudo desta nuance.

## 2 PARÂMETRO DE CONTROLE ABSTRATO DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

É certo que o parâmetro de controle da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é constituído pelas normas inscritas na Constituição Federal. Dentre estas, no entanto, apenas as normas que determinem a necessária atuação regulamentar superveniente poderão ser objeto de controle das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>2</sup> Sobre o assunto, destaca-se: “A omissão inconstitucional pode se dar no âmbito dos três Poderes, pela inércia ilegítima em adotar-se uma providência (i) normativa, (ii) político-administrativa ou (iii) judicial. Relativamente às omissões de natureza político-administrativa, existem remédios jurídicos variados, com destaque para o mandado de segurança e a ação civil pública. As omissões judiciais, por sua vez, deverão encontrar reparação no sistema de recursos instituídos pelo direito processual, sendo sanadas no âmbito interno do Judiciário. Por essa razão, o tratamento constitucional da inconstitucionalidade por omissão refere-se às omissões de cunho normativo, imputáveis tanto ao Legislativo, na edição de normas primárias, quanto ao Executivo, quando lhe toque expedir atos secundários de caráter geral, como regulamentos, instruções ou resoluções. Em tese, é possível conceber uma omissão normativa do Judiciário, nas hipóteses em que a Constituição lhe confira competência dessa natureza (como no caso do regimento interno dos tribunais)” (BARROSO, 2008, p. 237-238).

Tal modalidade normativa é denominada por José Afonso da Silva (2001, p. 82) de *normas constitucionais de eficácia limitada* e se caracterizam por não produzir todos os seus efeitos essenciais desde sua entrada em vigor, tendo sido reservada ao legislador ordinário a tarefa de preencher-lhes em conteúdo, ao contrário das *normas constitucionais de eficácia plena*, que já produziriam todos os seus efeitos desde a inserção no texto constitucional.

Em releitura a este conceito, Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 237) aponta que, embora todas as normas constitucionais tenham um mínimo de eficácia, algumas delas já possuem, desde seu nascedouro, condições materiais de cumprimento imediato em virtude da existência de estruturas previamente organizadas (ex: sufrágio universal), enquanto outras demandariam maior esforço estatal de concretização (ex: direito à saúde). Estas últimas hipóteses demandariam a *intermediação regulamentar*, não apenas porque existem limites práticos e temporais à atuação do Constituinte Originário, mas também porque a regulação normativa demandaria do ente estatal maior espaço de reflexão frente à realidade prática cambiante<sup>3</sup>.

E mesmo no âmbito desta classe normativa, que exige complementação infraconstitucional para produzir plenos efeitos, servem como parâmetro de constitucionalidade apenas as normas de eficácia limitada que demandam a instituição de organizações ou definem direitos, excluindo-se deste rol aquelas que instituem finalidades direcionadas ao Poder Público, chamadas pela doutrina majoritária de *normas programáticas*.

De qualquer forma, é preciso salientar que em virtude da existência de um mínimo eficaz das normas parâmetro do controle abstrato das omissões, sua complementação não será uma ação sujeita ao juízo discricionário de conveniência e oportunidade do Poder Público, mas representam estas previsões efetivos comandos de normatização inseridos na Constituição.

São exemplos de tais disposições:

- i. Art. 5º, VII é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
- ii. Art. 5º XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;
- iii. Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
- iv. Art. 18 § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)
- v. Art. 37 VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;
- vi. Art. 173 § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

<sup>3</sup> “A diferença central entre eles é: enquanto as condições – institucionais, legais, materiais, etc. – de produção de efeitos dos direitos individuais, em geral, já existem, as condições – institucionais, legais, materiais, etc. – para a produção de efeitos dos direitos sociais e de outras normas de chamada eficácia limitada ainda não existem” (SILVA, 2010, p. 237-238).

vii. Art. 220 § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

viii. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

ix. Art. 227 § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Estão excluídas desta categoria normativa as normas de competência dos entes da Federação e aquelas que determinam as atribuições dos órgãos legislativos, haja vista que ambas constituem tão somente prerrogativas materiais de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, não importando necessariamente em dever constitucional de regulamentar.

Também não podem ser consideradas como parâmetro de ação direta de inconstitucionalidade por omissão normas que instituem faculdades ao poder público, como se tem, por exemplo, nas aberturas constitucionais ao poder de tributar.

Essa impossibilidade é bem demonstrada no parecer dado pelo Procurador Geral da República na ADO 31, na qual o Governador do Estado do Maranhão requer do STF o reconhecimento da omissão do legislador em instituir Impostos sobre Grandes Fortunas:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 153, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ILEGITIMIDADE ATIVA. FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. MÉRITO. INSTITUIÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS (IGF). FACULDADE DA UNIÃO. INEXISTÊNCIA DE DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR. REGULAÇÃO PROVISÓRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE. 1. Governador de estado não possui legitimidade para propor controle concentrado de omissão legislativa referente a imposto de titularidade da União, não sujeito a repartição de receita tributária. Ausência de pertinência temática. 2. Por não veicular o art. 153 da Constituição da República norma de natureza impositiva, mas mera *faculdade* da União para criar determinados tributos, não é possível determinar ao Congresso Nacional que legisle para instituir o imposto sobre grandes fortunas. 3. Não cabe, em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, determinar instituição provisória de imposto, sob pena de afronta à divisão funcional do poder e à legalidade tributária. 4. Parecer pelo não conhecimento da ação; no mérito, pelo indeferimento da cautelar e, em definitivo, pela improcedência do pedido. (ADO 31, Manifestação da PGR, 22/02/2016)

A vedação pode ser explicada, nesse caso, pela disposição envolver não somente uma faculdade do Legislador, mas também por sua atuação implicar direta imposição de deveres aos cidadãos (*status subjectionis*), já que a instituição de impostos é claro exemplo de interferência do poder público no patrimônio privado.

Por isso é que se entende que, em tais casos, a prerrogativa de se instituir ou não o tributo deve estar a cargo dos regulares movimentos de discussão parlamentar, sob pena de

atuação confiscatória irregular do Poder Judiciário. Sobre a limitação dos parâmetros de controle de constitucionalidade por omissão, complemente-se:

É necessário enfatizar que não é toda e qualquer omissão do poder público que a Constituição conduz à inconstitucionalidade. Não haverá omissão inconstitucional, v.g., se a medida omitida não for indispensável à exequibilidade da norma constitucional. Por outro lado, o conceito de omissão não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples “não fazer”. Omissão inconstitucional somente é aquela que consiste numa abstenção indevida, ou seja, em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma “certa e determinada”. De observar-se que a inconstitucionalidade por omissão não se afere em face do sistema constitucional em bloco, mas sim em face de uma certa e determinada norma constitucional, cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da constituição. Ademais disso, não basta o simples dever geral de legislar ou atuar, sendo necessária a existência de uma imposição constitucional ou ordem de legislar, seja ela, porém, abstrata ou concreta, mas forçosamente, reiterar-se, definida em norma certa e determinada. Por tudo isso, anuncia-se, com acerto, que a omissão, para ser relevante, deve guardar conexão com uma exigência constitucional de ação: a Constituição determina uma atuação do Poder Público, que simplesmente não se realiza ou não se realiza a contento. Logo, só há falar em omissão inconstitucional quando há o dever constitucional de ação (CUNHA JR., 2016, p. 263).

Por esse motivo é que, como dito anteriormente, também as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático não poderão ser apontadas diretamente como omissão inconstitucional atacável por via de ADO.

Isto porque, normas que elencam, por exemplo, os princípios e objetivos fundamentais da República, além daquelas que imputam deveres genéricos ao Estado como no caso da saúde (art. 196 CRFB) e da educação (art. 205 CRFB), a despeito de sua importância axiológica, instituem finalidades públicas abstratas que devem ser preenchidas pelos Poderes Públicos na medida das possibilidades e de acordo com os anseios sociais existentes em determinado momento histórico.

Esse é também o entendimento de Jorge Hage (1999, p. 70), quando pronuncia que as normas programáticas ou normas-objetivo, são aquelas deixadas aos poderes políticos ao seu “juízo sobre a conveniência e oportunidade, deixando-se a sua avaliação a medida do conteúdo da sua realização concretizadora”.

Ainda que não possam servir de parâmetro direto para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, as normas programáticas exercem importante papel na jurisdição constitucional, servindo de vetor interpretativo por chamar os poderes públicos à concretização de direitos fundamentais por meio das demais ações de controle concreto das omissões, como seria o caso da ADPF, do Mandado de Injunção e da Ação Civil Pública.

Dessa maneira, é possível concluir que, para a configuração de determinada omissão inconstitucional, passível de discussão no âmbito de ADO, é necessária a existência de violação direta a dispositivo certo e determinado que estabeleça em seu texto a obrigatoriedade da atividade normatizadora para completar seu sentido e torná-la plenamente exequível.

Além disso, outro importante fator de aferição da inconstitucionalidade por omissão é o tempo decorrido entre a inclusão da imposição na Carta Constitucional, que pode ser oriunda do Poder Constituinte originário ou derivado, e o tempo da apresentação da questão ao STF a partir do ajuizamento da respectiva ADO.

Dessa maneira, averigua-se se o tempo da inatividade é razoável ou não para se declarar a inconstitucionalidade. Nesse sentido, Flávia Piovesan (1995, p. 82) destaca que pode haver

casos em que a própria Constituição estipula o prazo específico para edição normativa, estes mais comumente observados nos dispositivos da ADCT, e casos em que não exista tal fixação.

A primeira hipótese é facilmente resolvida, configurando-se a inconstitucionalidade pelo simples decurso do prazo. No segundo caso, no entanto, a declaração de inconstitucionalidade por omissão irá requerer, por parte dos Ministros do Tribunal Constitucional, a análise do critério da *razoabilidade*, que irá variar de acordo com as peculiaridades do mandamento constitucional violado e o bem jurídico reflexamente afetado pela inércia. Sobre o tal critério, tem-se que:

A inconstitucionalidade da omissão legislativa não se conecta necessariamente com os *prazos ou tempos* dentro dos quais deveria necessariamente ter havido a *interpositio* legiferante necessária para tornar exequíveis os preceitos constitucionais. De um modo geral, o legislador constituinte fixa prazos quando se trata de *ordens de legislar*. Na hipótese de omissões derivadas do não cumprimento de *imposições constitucionais*, os “momentos” decisivos para a verificação da existência da inconstitucionalidade são mais a *importância e indispensabilidade da mediação legislativa* para dar operatividade prática às normas constitucionais do que a fixação de eventuais limites *ad quem* (CANOTILHO, 2003, p. 1037).

Nesse caso, por se tratar de ação do controle abstrato, a aferição da razoabilidade estará ligada à análise dos critérios da *congruência*, ao ser verificar a harmonização entre a inexistência do diploma normativo e as condições externas de sua aplicação, a exemplo da necessidade socioeconômica do regramento negligenciado, e da *equivalência*, ao se verificar a relação entre o critério adotado (falta da disposição normativa) e a grandeza que o dimensiona (tempo) (ÁVILA, 2014, p. 198).

Logo, levando-se em conta que as normas constitucionais passíveis de sofrer violações por omissão são limitadas àquelas que instituem dever preciso e específico de normatizar, excluindo-se as faculdades legislativas e as normas-fim ou normas-tarefa, encerram-se, assim, as hipóteses objetivas de cabimento da ADO no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. À luz desses critérios propedêuticos, então, é que se parte para a análise das possibilidades decisórias e seus efeitos no âmbito do instrumento processual ora analisado.

### 3 DOS EFEITOS ORDINÁRIOS DAS DECISÕES TOMADAS EM SEDE DE ADO

O §2º do art. 12-H da Lei 9.868/99 determina que à ADO cabe a aplicação subsidiária dos efeitos das decisões em ação direta de inconstitucionalidade no que lhe for compatível. Dessa forma, a decisão sobre a inconstitucionalidade por omissão só poderá ser tomada por maioria absoluta do Plenário do Supremo Tribunal Federal, devendo estar presentes na sessão de julgamento pelo menos oito de seus Ministros.

O art. 26 da Lei de Ritos da ADIN, ADO e ADC, determina, ainda, que a decisão de inconstitucionalidade será irrecurável, cabendo apenas embargos declaratórios para sanar possíveis dúvidas ou omissões que venham a surgir na consolidação do julgamento. Este mesmo inciso elenca a impossibilidade de ajuizamento de ação rescisória em face da decisão definitiva do Supremo, justificada pelos princípios da supremacia da Constituição, da isonomia e da autoridade dos pronunciamentos do STF (ZAVASCKI, 2001, p. 134).

Como parte do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, a decisão em ADO terá, em regra, efeitos temporais *ex tunc*, em virtude da aplicação do princípio da nulidade ao reconhecimento das inconstitucionalidades em abstrato. No entanto, abre-se a possibilidade de *modulação de efeitos temporais* disciplinada pelo art. 27 da referida lei quando autorizada pelo *quorum* de dois terços dos Ministros do Supremo. Esta previsão permite que, em prol da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo possa determinar que a eficácia



da decisão seja prospectiva, instituindo o marco temporal a partir do qual a inconstitucionalidade será configurada.

Além disso, a declaração de inconstitucionalidade por omissão, tomada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, terá eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, nos termos do art. 28 parágrafo único da Lei 9868/99. Como se vê, a referida disposição não se direciona ao Legislativo sob a justificativa da necessidade de abertura do princípio democrático.

No entanto, há que se destacar que, em se tratando de omissão inconstitucional representada pela inércia ao dever de normatizar, o principal destinatário dos provimentos dados em ADO acaba sendo o próprio Poder Legislativo. Dessa maneira, é possível questionar a aplicação prática dessa limitação dos efeitos das decisões tomadas em sede de ADO por meio de uma concepção pós-moderna da teoria da separação dos poderes.

Com essa ideia é que se pretende questionar a interpretação restritiva do art. 103 §2º da Constituição Federal, que consiste em delimitar os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão à mera notificação de inércia ao Poder Legislativo, enquanto para a Administração Pública, a ciência é acompanhada de mandamento para sanar a situação no prazo de 30 dias, ainda que não se institua em específico a possibilidade de sancionar o poder inerte nesses casos.

A limitação interpretativa do referido dispositivo não se coaduna com os objetivos fundamentais da ação em comento, mostrando-se, em muitos casos, insuficientes para sanar a situação lesiva. Por esse motivo é que se sugere a utilização de interpretação extensiva, sistemática e conforme desta disposição constitucional, a fim de que se dê a maior efetividade possível aos provimentos estabelecidos no âmbito das Ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

#### **4 DA POSSIBILIDADE DE DECISÕES DE EFEITO MANDAMENTAL, ADITIVO E NORMATIVO**

Como relacionado acima, os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão dependerão do contorno da questão específica trazida ao crivo objetivo do Supremo Tribunal Federal. De se destacar que, a limitação ou extensão destes efeitos das sentenças proferidas em ADO dependerão da análise dos seguintes fatores ou critérios de avaliação:

- i. qual a norma constitucional parâmetro de controle e o valor/bem jurídico que ela tutela;
- ii. a medida do grau de generalidade da imposição;
- iii. por quanto tempo dura a omissão;
- iv. necessidade de urgência da solução;
- v. quais as possibilidades materiais de cumprimento da decisão.

Para verificar a utilização prática desses critérios, será feito, a seguir, o estudo de alguns casos já debatidos no Supremo, identificando-se suas características específicas e as deficiências ou inovações presentes nos posicionamentos da Suprema Corte nesses casos, a fim de se avaliar as diferentes possibilidades decisórias existentes em torno da ADO.

##### **5.1. Decisão Declaratória De Efeito Informativo**

Por se enquadrar à interpretação estrita dos efeitos da ADO enunciados no art. 103 §2º da Constituição Federal, essa possibilidade decisória acabou sendo aquela mais utilizada pelo

Supremo Tribunal Federal ao longo do tempo, principalmente quando observada a atuação embrionária da Corte, logo após a criação do instituto pela Constituinte de 1988.

Para ilustrar decisões desta monta, utilizaremos da ADIN 1458-DF, no âmbito da qual a Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde – CNTS - questionou ao Supremo a inconstitucionalidade por omissão parcial da Medida Provisória nº 1415, de 29 de abril de 1996, que teria deixado de prever metodologia de cálculo para atualização do salário mínimo, prejudicando a preservação do poder de compra do trabalhador, em confronto com a imposição prevista ao artigo 7º, inciso IV da Constituição Federal.

Neste caso, é possível identificar que a norma constitucional violada tem por objeto a tutela do direito social dos trabalhadores à percepção de salário mínimo capaz de suprir todas as necessidades elencadas no dispositivo (*capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo*). O enquadramento objetivo da discussão e o valor constitucional tutelado pela norma que sofreu a omissão são identificáveis no seguinte extrato de ementa da ADIN 1458-DF (critério I):

SALÁRIO MÍNIMO - SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS - GARANTIA DE PRESERVAÇÃO DE SEU PODER AQUISITIVO. A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira *imposição legiferante*, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade *vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva* destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL. A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, *configura um claro descumprimento*, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

Pois bem, delimitados os contornos do primeiro critério de avaliação, passa-se a verificar o grau de generalidade do mandamento constitucional violado. Nesses moldes, assevera-se que o texto do art. 7º, IV da Constituição Federal determina um rol de condições às quais deve se ater o legislador na instituição do salário mínimo, havendo, sob a luz desses critérios, pequena margem de discricionariedade para sua atuação, uma vez que, sendo previamente existentes as condições de fixação, elas devem ser atendidas, sob pena de descumprimento dos ditames da Constituição (critério II).

Dessa maneira, o salário mínimo vigente deve ser suficiente para atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família com: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Levando em consideração, portanto, que a observância destes critérios depende de intensos estudos sócio-econômicos dos

custos de tais direitos, vislumbra-se a primeira justificativa para admitir-se que a decisão de reconhecimento de inconstitucionalidade, neste caso, se restrinja apenas à comunicação aos órgãos eletivos sobre sua inércia.

Outra justificativa para isto é o fato de que as alterações nos valores do salário mínimo repercutem de maneira direta em diversos segmentos da sociedade. Isso porque, o aumento da remuneração básica do trabalhador acarreta em maiores custos para o empregador, e, por via de consequência, esses custos são compartilhados com todos aqueles que se utilizam dos produtos e serviços por ele oferecidos. Com isso, conclui-se que o debate restrito na Suprema Corte a esse respeito não seria suficiente para atender às possibilidades materiais do cumprimento da decisão (critério V), justificando-se, portanto, a emissão de sentença de caráter meramente informativo nesse particular.

A necessidade de discussão em profundidade em casos tais demonstra, ainda, que a formulação decisória não deve levar em conta apenas os aspectos estritamente jurídicos, mas também os aspectos de cunho material, sendo necessário realizar um *estudo de prognoses* das repercussões sociais da decisão, o que poderia ser melhor praticado nas Casas do Congresso Nacional em virtude da sua composição plúrima e natural processo de deliberação<sup>4</sup>.

De outra ponta, se a inconstitucionalidade fosse configurada em virtude do não atendimento tempestivo da obrigação constitucional imposta, poderia ser autorizada a emissão de sentença que constituísse em mora o legislador, uma vez, nos termos expressos do artigo, o reajuste deve ser dado de maneira periódica.

Dessa maneira, quando se estivesse diante do “congelamento” dos valores do salário mínimo, poderia o Supremo instar os órgãos competentes a atualizá-lo em prazo razoável, levando em consideração para isso o tempo de duração da omissão (critério III) e a urgência em se recuperar o poder aquisitivo da população (critério IV).

Analisando-se também o critério da urgência da medida, poderia o julgador, nesse caso, recorrer à técnica do Apelo ao Legislador (*Apellentscheidung*), que tende a não declarar de imediato a inconstitucionalidade, mas apenas alerta sobre o iminente risco do órgão incidir em tal irregularidade, atuando o Tribunal Constitucional, nesse caso, apenas em caráter preventivo. Sobre as origens e finalidades do instituto, cita-se:

A expressão *Apellentscheidung* foi utilizada, pela primeira vez, no conhecido escrito de Rupp v. Brüneck, de 1970, no qual a antiga juíza da Corte Constitucional defendeu a pronúncia, em determinados casos, da sentença de rejeição de inconstitucionalidade vinculada a uma conclamação ao legislador para que empreendesse as medidas corretivas necessárias. [...] Vê-se, pois, que o apelo ao legislador tem conteúdo preventivo, operando no “campo preliminar da patologia constitucional” (MENDES, 2004, p. 404-406).

De qualquer forma, a solução de se instituírem prazos para atuação do Poder omissivo foi adotada expressamente pelo constituinte no caso de omissões carreadas pelos órgãos administrativos, que deverão suprimir a irregularidade constatada no prazo de 30 dias.

Se existe esta previsão para o administrador, não se justificaria que não fosse também adotada junto ao Poder Legislativo, ainda mais quando se admite que o próprio dispositivo constitucional que sofreu a omissão, nesse caso, determina expressamente que sua incidência deve observar espaço de tempo determinado.

<sup>4</sup> Sobre a natural limitação material das deliberações obtidas no âmbito da Suprema Corte em detrimento das Casas do Congresso Nacional preleciona Gilmar Mendes (2004, p. 478): “Tal como visto, a aferição dos fatos e prognoses legislativos pela Corte Constitucional é um controle de resultado (*Ergebniskontrolle*) e não um controle do processo (*Verfahrenskontrolle*), até porque para isso faltaria qualquer parâmetro de controle ou uma específica autorização constitucional. Em outros termos, não se cuida, no juízo de constitucionalidade, de verificar *como* o legislativo examinou os fatos legislativos, mas *o que*, efetivamente ele constatou.”

Ainda assim, a simples imposição de prazos-limite para a supressão da omissão pelo órgão competente para editar o ato normativo faltante poderia dar margem ao descumprimento da ordem judicial caso não fosse acompanhada de sanções ou soluções alternativas que motivassem o órgão inerte a fazê-lo.

Por isso é que se passa, nesse momento do estudo, à análise de casos nos quais se faria possível, para além da cominação de prazos, a instituição de sanções por descumprimento de modo a motivar o Poder omisso a atuar em concreto, suprimindo a omissão e retornando seu comportamento aos parâmetros da constitucionalidade.

## 5.2. Decisão Declaratória De Efeito Mandamental

Nesta celeuma, indica-se o estudo do caso trazido pela ADI 3682-MT, ajuizada pela Assembleia Legislativa Do Estado Do Mato Grosso, questionando a omissão do Legislador no que tange à formulação de lei complementar federal que estipulasse prazos para criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios nos termos do art. 18, §4º da Constituição Federal.

Como se percebe, a questão versa sobre tema de direito administrativo, envolvendo a forma federativa do Estado, a partir da possibilidade de modificações na estrutura dos Municípios pelos Estados Membros e a autonomia dos entes federados em auto-organizar-se (critério I).

O conflito federativo se instaura a partir do momento em que, mesmo em não havendo o regramento federal determinado pela Emenda Constitucional 15/1996 que incluiu o art. 18 §4º na Constituição, os Estados continuaram a criar, incorporar, fundir e desmembrar Municípios de acordo com suas necessidades.

Conforme justificado pelo autor da ação de inconstitucionalidade em discussão, a não realização destas atividades implicaria prejuízos às comunidades locais que estivessem em condições de emancipar-se e constituir novos Municípios, existindo, naquela oportunidade, apenas no Estado do Mato Grosso, pelo menos 40 conglomerados enquadrados na situação descrita.

A irregularidade representada pela ausência da lei complementar também gerou insegurança jurídica, causando o reconhecimento da inconstitucionalidade de diversas leis estaduais instituidoras de novos municípios pela falta de legislação federal que determinasse os parâmetros mínimos para este processo<sup>5</sup>.

Em análise às condições fáticas e às possibilidades materiais da questão debatida (critério V), é possível perceber que a demanda de reestruturação dos entes federados municipais é inerente ao processo de desenvolvimento das comunidades locais, principalmente naqueles Estados Membros que vêm observando incremento populacional recente por condições históricas e ambientais. Dessa maneira, não apenas a Constituição obriga, mas também a realidade dos fatos demonstra a necessidade e urgência de edição do diploma normativo faltante (critério IV).

Veja-se, por exemplo, que, no julgamento da referida ação, citados os argumentos de Justificação da Proposta de Emenda 22 de 1996 no Senado Federal que deu origem à Emenda Constitucional criadora do dever de legislar, apontou-se que a lei complementar federal a ser normatizada teria por finalidade evitar que a criação de municípios fosse utilizada como recurso eleitoral, prevendo-se um limite mínimo de tempo entre as modificações municipais e o período das eleições, de forma a evitar a malversação desses atos administrativos.

Percebe-se, então, que a previsão normativa impositiva teria por objetivo o simples estabelecimento de prazos, o que seria uma questão aparentemente fácil de resolução se considerado o caráter restritivo do mandamento constitucional analisado (critério II). Assim é que, a edição de tal diploma normativo, não requereria maiores esforços ou estudos prévios tão

<sup>5</sup> Sobre o assunto ver ADI-MC 2.381/RS, ADI 3.149/SC, ADI 2.702/PR, adi 2.967/BA, ADI 2.632/BA.

intensos como aqueles necessários para o caso anteriormente estudado, bastando apenas que os parlamentares chegassem a um efetivo consenso no âmbito das votações, a despeito das divergências partidárias que pudessem advir da questão federativa.

Característica de destaque na decisão ora analisada, portanto, é o reconhecimento da dilação desproporcional entre o tempo de vigência da imposição constitucional, e o tempo da inatividade legiferante (critério III).

O Acórdão da referida ação, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes e publicado em 06 de setembro de 2007, reconhecia que o prazo de 10 anos sem a edição de tal regramento acusava resistência deliberada e injustificável em se proceder à tarefa normatizante. Veja-se:

ACÇÃO 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. ACÇÃO 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.

Como se depreende da ementa acima reproduzida, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, naquele caso, que a inconstitucionalidade por omissão não poderia ser sanada pela simples tramitação do projeto de lei pertinente. Seria necessária a efetiva deliberação, representando o processo de normatização uma *obrigação de resultado* imposta ao legislador.

Avançou, ainda, no sentido de determinar como sendo razoável para fins de votação e publicação definitiva da referida lei complementar o prazo de 18 meses, não se limitando apenas

a declarar a inércia do órgão legislativo, a despeito do texto previsto ao art. 102 §3º da CF. No entanto, a determinação dada passa a ser apenas aparente quando pronunciado que a na decisão “*Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável.*”

O resultado da falta de reconhecimento da possibilidade mandamental desta decisão foi, inegavelmente, a perpetuação da omissão no tempo, uma vez que o projeto da lei complementar necessária para garantir a autonomia e o equilíbrio entre os entes federativos, ainda encontra-se em trâmite no Congresso Nacional, mesmo após o decurso de quase 10 anos da publicação do acórdão e de 20 anos da vigência da norma constitucional violada<sup>6</sup>.

Em verdade, a única providência concreta tomada pelas casas do Congresso sobre o assunto foi a edição de Emenda Constitucional 57/2008, incluindo ao Ato das Disposições Transitórias a seguinte previsão: “*Art. 96. 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.*”

É necessário destacar, portanto, que a persistência da ausência de regulamentação tem o condão de dar continuidade à situação de insegurança jurídica instalada, revelando-se que o reconhecimento de prazos limites para a atuação do órgão omissor deveria vir acompanhado de medidas sancionatórias efetivas, sob pena de manutenção da inconstitucionalidade.

De se indagar, então, quais seriam as medidas sancionatórias adequadas à omissão inconstitucional levada a cabo pelos parlamentares nesta situação. De maneira parcimoniosa, por exemplo, Flávia Piovesan (1995, p. 105-106) admite que o reconhecimento da omissão em sede de ADO, autorizaria a responsabilização do Estado pelos prejuízos decorrentes da inação do órgão responsável pela normatização.

No entanto, analisa-se que ações desta monta, além de restringirem os efeitos àqueles que efetivamente se insurgirem em demandas judiciais subjetivas, ainda podem acarretar prejuízos financeiros ao Estado, que nesse caso, também teria sido vítima da inércia de seus representantes. Ademais, o caso analisado demonstra exemplo de conflito federativo, envolvendo questões de cunho objetivo, para além das repercussões subjetivas que possam vir a ser causadas aos integrantes das comunidades lesadas.

Outra possibilidade insuficiente de responsabilização pela inércia seria o manejo de ações de improbidade em face dos parlamentares omissos. Nesse caso, ainda que se falasse da possibilidade de ajuizamento de tais ações, esta atitude, por si só, não produziria o efeito desejado de sanar a omissão inconstitucional, principalmente em virtude da dificuldade em se individualizar as consequências de uma conduta que deve ser executada de maneira colegiada.

Solução interessante para este embate, no entanto, se apresenta quando se reconhece que a responsabilização subjetiva não seria suficiente para suprir as omissões e garantir a efetividade da Constituição. Assim, sugere-se para tais casos a aplicação analógica da sanção prevista pelo art. 64 §2º da CF<sup>7</sup> que consiste no *trancamento de pauta* da Casa Legislativa.

<sup>6</sup> Em consulta ao sítio eletrônico das Casas do Congresso Nacional, é possível vislumbrar que o Projeto de Lei 199/2015 do Senado Federal foi aprovado em 15/07/2015, tendo sido remetido à Câmara dos Deputados em agosto daquele mesmo ano. <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120554>> Atualmente, convertido no PLP 137/2015 tramita na Câmara dos Deputados, ainda pendente de votação pelos Parlamentares <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594899>> Acesso em 20 de novembro de 2017.

<sup>7</sup> Art. 64 § 2º CFRB. Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, *sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa*, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

Sem embargo, existe, a nosso sentir, outra solução possível. Na própria decisão, pode o STF determinar o *trancamento da pauta* do Congresso Nacional transcorrido *in albis* o prazo fixado pela Corte sem que o Legislativo edite o ato. Essa providência tem previsão constitucional para o processo legislativo de conversão das medidas provisórias e naquele em que o Presidente da República solicita urgência, podendo aqui ser aplicada por analogia, visando a efetividade da Constituição (CUNHA JR., 2016, p. 284-286).

A solução sugerida seria salutar, por exemplo, para os casos de omissão de normas impositivas de elaboração de Códigos e Regulamentos, como seria no caso do art. 37 §3º, acrescido à Constituição pela Emenda 19/1998, que estipula a necessidade de lei que discipline as formas de participação do usuário na administração pública.

Isto aconteceria porque a atividade codificante seria insuscetível de complementação e insuprível pela via judicial, uma vez que demandaria necessariamente a intervenção insubstituível do Legislador (PIOVESAN, 1995, p. 109) em virtude do inerente processo de discussão parlamentar na formulação de suas cláusulas e pela extensão do conteúdo da atividade normatizadora neste particular.

Nessa esfera, tem-se, de maneira exemplificativa, que no caso da falta da Lei de defesa do usuário de serviços públicos, já discutida nos autos da ADO 24, ajuizada em 2013 pelo Conselho Federal da OAB, seria cabível ao Supremo assinalar prazo razoável para que o Congresso Nacional a fizesse, como foi determinado na medida cautelar parcialmente deferida pelo Ministro Dias Toffoli, *ad referendum* do Pleno do STF em 01 de julho de 2013:

[...] defiro em parte a medida cautelar pleiteada na presente ação, ad referendum do Plenário, para reconhecer o estado de mora do Congresso Nacional, a fim de que os requeridos, no prazo de 120 (*cento e vinte dias*), adotem as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 27 da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Comunique-se, com urgência (Medida cautelar, ADO 24, 01.07.2013).

Acontece que, mesmo após a decisão, o Congresso permaneceu inerte, tendo ultrapassado, em muito, o prazo de 120 (cento e vinte) dias conferido pelo Supremo<sup>8</sup>. A falta de ação sancionatória, nesse caso, justifica a permanência da inércia do Legislador e demonstra que a autorização para o trancamento de pauta, nesses casos, seria a maneira mais salutar de atuação do Tribunal diante dos entraves à tramitação dos projetos.

Ainda no campo da emissão de decisões em caráter mandamental, nos fins do ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal encontrou solução paradigmática no âmbito da ADO 25, a qual discutia a omissão do Congresso Nacional em emitir lei complementar que regulamentasse os repasses de recursos da União para os estados e o Distrito Federal em decorrência da desoneração das exportações do ICMS<sup>9</sup>.

Exarado o acórdão sobre o caso, foi reconhecida por unanimidade a mora legislativa, uma vez que o Congresso teria deixado de cumprir a imposição fixada pela EC 42/2003 por treze anos. Assim, determinou-se o prazo de doze meses para que o Congresso Nacional editasse a referida lei complementar, ao fim do qual, caso não atendido, deveria o Tribunal de Contas da

<sup>8</sup> Em consulta aos sítios eletrônicos das Casas Legislativas é possível vislumbrar que o Projeto de Lei que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública apenas foi aprovado definitivamente e publicado em 26/06/2017. A Lei 13.460/2017, portanto, só surgiu após 04 anos da decisão prolatada. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13460-26-junho-2017-785098-norma-pl.html>>.

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330861>>. Acesso em 30 de janeiro de 2017.

União, como órgão técnico competente, assumir o ônus de fixar estas regras de repasse e calcular as cotas de cada Estado interessado.

Embora esta decisão possa representar polêmica em virtude de aparentar ser uma transferência judicial de competências institucionais, ainda assim vê-se que a emissão mandamental tende a corrigir as falhas deixadas pela lacuna legislativa. O fato de seu cumprimento depender da atuação de outro órgão estatal, no entanto, não assegura a efetiva supressão da lacuna.

De tudo quanto exposto, porém, pode-se concluir que a emissão de decisão de caráter mandamental seria capaz de solucionar a questão da inefetividade constitucional, sem deixar de respeitar o preceito democrático, consistente na abertura do debate aos congressistas para a formulação das cláusulas da codificação faltante.

Fosse tal decisão proferida no caso da omissão violadora do art. 18 §4º da CF, por exemplo, não se arrastaria a questão da regulamentação do dispositivo por mais 10 anos após o reconhecimento definitivo do Supremo sobre a inconstitucionalidade por omissão suscitada.

### 5.3. Decisão Normativa De Efeito Aditivo

Outra possibilidade que ultrapassa a função meramente informativa da decisão em ADO é a edição de decisões de caráter integrativo/aditivo, que consiste em recorrer a medidas legislativas já existentes para aplicação analógica ao caso omissivo, a fim de que não permaneça a inconstitucionalidade, e, ao mesmo tempo, para que não se substitua o Judiciário nas funções do legislador. Tal técnica, originária do direito italiano, se aplicaria, principalmente, nos casos de omissão parcial violadora do princípio da isonomia:

Nessa hipótese, como houve apenas um “esquecimento” ou “equivoco”, sem o qual o legislador também atenderia o restante do grupo, pode o Judiciário perfeitamente, em face da parcial omissão inconstitucional, corrigir o equivoco e estender a vantagem ao grupo involuntariamente esquecido. Essa providência vem sendo adotada pela Corte Constitucional italiana, através das chamadas *sentenças aditivas*, proferidas para colmatar a falta da previsão legislativa. Através dessas sentenças aditivas, o Tribunal corrige uma situação normativa que obsta a aplicação de um determinado tratamento a uma categoria de situações iguais, que dela resultam excluídas por efeito do texto legislativo impugnado (CUNHA JR., 2016, p. 286).

Repositório de exemplos cabíveis para ilustrar esse tipo de omissão e as possibilidades e limites de edição de sentenças de caráter aditivo em sede de ADO são os direitos dos servidores públicos alargados por Emendas Constitucionais, a exemplo da que instituiu a Reforma da Administração Pública (19/1998) e a que dispôs sobre o regime de previdência do Servidor Público (47/2005).

Assim é que, a Procuradoria-Geral da República ingressou com ADO de nº 32 questionando a inércia do Presidente da República em apresentar projeto de lei, e, por conseguinte, do Congresso Nacional em deliberar a respeito do direito ao *regime especial de aposentadoria do servidor público portador de deficiência*, nos termos designados pelo art. 40, §4º, I da Constituição Federal.

Da petição inicial da referida ação, é possível vislumbrar que o caso trata da defesa de direito fundamental de critérios diferenciados de concessão de aposentadoria ao servidor portador de necessidades especiais em aplicação prática ao *princípio da isonomia* (critério I). Das razões expostas pelo PGR em sua peça de provocação, é possível descortinar que a citada omissão já vinha sendo objeto de discussão em diversos Mandados de Injunção ajuizados de maneira isolada pelos servidores prejudicados pela desídia:



Com o advento da Lei Complementar 142, de 8 de maio de 2013, que disciplina a aposentadoria especial para deficientes físicos assegurados pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS, a Suprema Corte, seguindo a orientação anteriormente adotada, passou a deferir, em mandados de injunção, pedidos de aposentadoria especial para o servidor público portador de deficiência (art. 40, § 4º, I, da CF) fundamentados na ausência de lei regulamentadora do direito, aplicando-se a legislação referente aos segurados do RGPS. (MI 6392 AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Dje de 20/11/2014; MI 3322 AgRsegundo-ED-ED-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 30/10/2014; MI 4153 AgR-segundo-ED/MS, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 21/03/2014.) As decisões favoráveis aos servidores públicos portadores de deficiência, entretanto, *não possuem eficácia erga omnes*, pois emanadas na via do mandado de injunção, instrumento processual com eficácia entre as partes. [...] Daí a presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois o efeito vinculante e a eficácia contra todos permitirá o gozo do direito à aposentadoria especial por aqueles servidores públicos portadores de deficiência que preencham os requisitos da LC 142/2013 e do art. 57 da Lei 8.213/1991, no período anterior à vigência da LC 142/2013, na esteira da jurisprudência sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal. A omissão inconstitucional, decorrente da inércia do Estado em regulamentar a Constituição Federal, merece ser neutralizada não apenas para os que assim postularem por meio de mandado de injunção, mas *para todos os servidores públicos portadores de deficiência com requisitos para a aposentadoria especial*, ainda que nos moldes definidos para os segurados do RGPS (Petição inicial, PGR, ADO 32).

A urgência (critério IV) em obter provimento positivo por parte do Supremo, portanto, se revela na preocupação demonstrada pelo Procurador-Geral da República acerca da existência de *insegurança jurídica* criada pela prolação de múltiplas sentenças expedidas em sede de Mandado de Injunção, sem que exista regulamentação de caráter geral que possa estender a garantia do gozo deste direito a todos os servidores públicos portadores de deficiência, independente de ter o ou não ajuizado ação individual perante os Tribunais.

Também restou demonstrado, naquele caso, o transcurso de prazo muito além do razoável para que se procedesse à respectiva regulamentação (critério III). Isto porque, conforme já mencionado, a Emenda que acresceu esta previsão ao texto constitucional foi aprovada em julho de 2005, e, portanto, 10 anos antes do ajuizamento da referida ação direta de inconstitucionalidade por omissão, protocolada no ano de 2015.

A falta de razoabilidade da inércia também pode ser demonstrada pela já regulamentação da hipótese para o Regime Geral de Previdência Social através da edição da Lei Complementar 142/2013, obedecendo-se o correlato imperativo previsto no art. 201 §1º da CF. Ademais, como referido, este diploma normativo já vem sendo aplicado analogicamente pelo Supremo nos casos de violação ao direito subjetivo dos servidores que o provocam no intuito de ver para si estendidos os direitos já conferidos aos trabalhadores da iniciativa privada.

Dessa maneira, embora o dispositivo constitucional violado tenha maior grau de generalidade (critério II) por não delimitar qualquer prazo para edição do diploma normativo, ou ao não instituir condições gerais ao regime especial de aposentadoria aos portadores de deficiência, concedendo, por isso, maior grau de discricionariedade ao Poder normatizador, a já existência de previsão normativa, neste particular, indica ao Supremo a possibilidade de garantir

o exercício de direitos fundamentais em sede de ADO, sem a necessidade de inovar no ordenamento jurídico, como já o vinha fazendo nos diversos MIs previamente impetrados<sup>10</sup>.

Se a solução intermediária já é adotada nesses casos particulares, justificativa não haveria para negar o efeito concretista da decisão em ADO, já que tal negativa representaria manutenção da insegurança jurídica e preterição de direitos daqueles que não possuem condições de acionar o Judiciário requerendo a efetivação de seu direito subjetivo assegurado pela Constituição Federal.

No que tange à repercussão material (critério V) da adoção da medida integrativa de aplicação analógica da Lei Complementar 142/2013 a todos os servidores públicos que possuam direito à aposentadoria especial por deficiência, é preciso destacar que as implicações financeiro-orçamentárias do caso não devem servir de escusas para que o Poder Executivo deixe de apresentar Projeto de Lei de sua atribuição ao Congresso Nacional, uma vez que a inércia, nesse caso, é notória e desarrazoada.

No entanto, e pela prudência que as dotações orçamentárias exigem, seria cabível, por exemplo, a utilização da técnica de *modulação dos efeitos temporais* de tal decisão, de forma a se permitir o ajuste do orçamento público às consequências derivadas da extensão do direito para os exercícios financeiros subsequentes ao mandamento jurisdicional.

A possibilidade aventada no art. 27 da Lei 9.886/99, seria, então, um *plus* disponibilizado pelo ordenamento jurídico para os casos em que se fizesse necessário o ajuste das contas públicas à decisão que requer a supressão da inércia governamental.

Com isso, não haveria em intromissão de atribuições funcionais quando se estivesse a adotar analogicamente solução já encontrada pelo próprio legislador para casos semelhantes, em respeito ao *princípio da isonomia*.

Também justifica o posicionamento o fato de a sugestão conferir ao Poder Executivo a possibilidade de ajustar previamente as contas públicas para só então dar cumprimento à decisão, uma vez que o mandamento, nesse caso, não deriva apenas de decisão judicial, mas, sobretudo, da imperatividade da Constituição.

#### 5.4. Decisão Normativa De Efeito De Solução

A emissão de sentenças de efeito normativo por parte do Supremo Tribunal Federal seria a discussão mais polêmica em torno das possibilidades decisórias em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Apesar de timidamente tratada, a hipótese não é completamente ignorada pela doutrina, a despeito dos entraves que a interpretação restritiva do art. 103 §2º da Constituição possa representar para a defesa desta hipótese.

Sobre a possibilidade de o Tribunal Constitucional dispor normativamente sobre determinada matéria omissa, caso o Poder inerte não observe o prazo assinalado previamente, cita-se:

[...] a preocupação maior do controle não é atentar propriamente aos efeitos e consequências das inconstitucionalidades, mas sim, efetivamente eliminá-las, de

<sup>10</sup> Em sessão plenária do dia 15.04.2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, concedeu parcialmente a ordem nos MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF, para comunicar a mora legislativa à autoridade coatora competente e determinar a aplicação, no que couber, do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. Dessa forma, reafirmou-se o entendimento do Tribunal no sentido de que, ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição de lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, impõe-se a aplicação das normas correlatas previstas no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>> Acesso em 25 de janeiro de 2017.

modo a assegurar a prevalência e o cumprimento da Constituição. [...] No âmbito do controle da constitucionalidade, a grande missão do Poder Judiciário é afastar, com a máxima eficiência, a violação à Carta suprema. Trata-se de questão a que não se pode transigir [...] Concebendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento pelo qual se obtém, tão-somente, a declaração da inconstitucionalidade por omissão e a ciência do legislador para que adote as providências necessárias à realização do preceito constitucional, fácil é concluir que este instrumento se torna insuficiente e insatisfatório para a efetivação das normas constitucionais (PIOVESAN, 1995, p. 107-108).

Como relatado anteriormente, em países nos quais nem ao menos existem mecanismos formais de controle das omissões normativas do Poder Público, reconhece-se a prerrogativa dos Tribunais Constitucionais em suprimir essas lacunas lançando mão de técnicas decisórias de efeito concretista.

É o que acontece, por exemplo, no caso do *Bundesverfassungsgericht* alemão, que, por diversas vezes, já corrigiu omissões inconstitucionais através da adoção do mecanismo de “concretização” ou *Konkretisierung* no âmbito das Reclamações Constitucionais (*Verfassungsbeschwerde*). Sobre o tema:

Recorde-se que, mesmo em países que não possuem explicitamente um sistema de controle das omissões do poder público, como a Alemanha, a Áustria, Itália e, mais recentemente, a Espanha, têm-se, por meio de suas Cortes Constitucionais, logrado obter resultados muito semelhantes em face da adoção de técnicas de interpretação e integração, que resultam em sentenças criativas e aditivas. Assim, a partir da apreciação da inconstitucionalidade por ação, estes tribunais têm realizado autêntico julgamento da inconstitucionalidade por omissão, logrando concretizar, com aqueles tipos de provimento judiciais, os preceitos constitucionais (CUNHA JR., 2016, p. 287).

Da mesma forma como feito para justificar o caso do trancamento de pauta por inércia deliberada do Legislador, cabível se faz a utilização da analogia das condições de edição de medida provisória para justificar também a capacidade normatizadora do Supremo Tribunal Federal no caso das omissões verificadas em sede de ação de controle de constitucionalidade abstrato.

Assim, se o art. 62 da CF permite ao Presidente da República exercer, ainda que de maneira atípica, a função legislativa em casos de reputada relevância e urgência, não haveria óbice para que o Judiciário, através da sua mais Alta Corte, também o fizesse, desde que atendidos os critérios da razoabilidade e proporcionalidade nesta ação integrativa do ordenamento jurídico.

Isto porque, conforme já explanado, “o poder é único e incindível, não havendo separação de Poderes, mas, sim, separação de funções do poder político” (CUNHA JR., 2008, p. 327). Dessa maneira, caso configurada a inércia do legislador ou do administrador em exercer função normativa a si atribuída, e atendidos os critérios da razoabilidade no caso em análise, poderá o Supremo Tribunal Federal investir-se na tarefa concretizante, exercendo a função normativa de maneira atípica através do provimento jurisdicional.

Se analisados, portanto, os critérios elencados no *caput* deste tópico, é preciso identificar, em primeiro lugar, qual seria o bem jurídico tutelável pela norma que ainda estivesse em estado de omissão. Nesse caso, importa ressaltar que o imperativo de concretude da decisão judicial far-se-á quanto maiores forem as implicações do óbice ao exercício de direitos fundamentais.

Para ilustrar essa ideia, cita-se a ADO 22, de autoria da Procuradoria Geral da República, e que tinha por objeto de discussão a ausência de regulamentação das propagandas de bebidas de teor alcoólico inferior a 13° Gay Lussac, uma vez que a Lei 9.294/96 não foi capaz de atender de maneira integral o imperativo presente ao art. 220 §4° da Constituição Federal, que determina: “*A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso*”.

Em virtude da ausência de regulamentação da propaganda para bebidas de menor teor alcoólico que o já previsto pela legislação infraconstitucional, entendeu a Procuradoria da República por demandar a aplicação extensiva dos dispositivos já previstos na Lei 9.294/96, até que a lacuna legislativa pudesse ser superada, em virtude da necessidade de proteção do bem jurídico da *saúde pública* (critério I).

Sobre o grau de generalidade do mandamento constitucional (critério II), impende destacar que não há ampla margem de discricionariedade ao legislador nesse caso, uma vez que lhe caberia apenas o juízo sobre a *forma* de dispor sobre o conteúdo material já prescrito pela norma constitucional, qual seja: a advertência dos malefícios que o uso das bebidas de tal teor alcoólico poderiam causar a seus consumidores. Se isso se aplica à atuação Legislativa, também não se reconhecem maiores obstáculos para que o Judiciário faça juízo de conveniência e oportunidade em face da ordem de legislar.

Já quanto à duração da omissão (critério III), conforme destacado nas razões da petição inicial, a norma violada é de redação originária da Constituição, tendo sido primeiramente regulamentada apenas em 1996, por meio da Lei Federal nº 9.294.

Ainda assim, a referida legislação deixou lacuna por veicular as condições publicitárias apenas para bebidas alcoólicas de teor superior a 13° Gay Lussac. Nesse caso, então, a omissão acompanha a Constituição desde seu nascedouro, sendo injustificável a demora na emissão do dispositivo normativo faltante.

Por esse motivo, e pela relevância social do assunto é que se demonstra a urgência na adoção de decisão de efeito concretista para esse caso (critério IV). Dedicando tópico exclusivo para relevar a importância da discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a petição inicial da ADO 22 reproduz estudos que comprovam o seguinte:

Do uso social ao problemático, o álcool é a droga mais consumida no mundo. Segundo dados de 2004 da OMS, aproximadamente 2 bilhões de pessoas consomem bebidas alcoólicas. Seu uso indevido é um dos principais fatores que contribui para a diminuição da saúde mundial, sendo responsável por 3,2% de todas as mortes e por 4% de todos os anos perdidos de vida útil. [...] Outros estudos nacionais e internacionais têm demonstrado a ocorrência significativa de mortes e doenças associadas ao uso indevido de álcool. Relatos de violência doméstica, lesões corporais, tentativas e homicídios consumados, assim como outras situações de conflitos interpessoais são cada vez mais evidentes em contextos nos quais o álcool se faz presente [...] A urgência desse Projeto se dá em razão do alto índice de consumo do álcool, que causa anualmente 1,8 milhão de mortes no mundo. Além disso, os gastos em procedimentos hospitalares de internações relacionadas a uso de álcool e outras drogas, bem como de acidentes automobilísticos decorrentes do uso de álcool, vêm aumentando sobremaneira, trazendo graves consequências para elaboração e implantação de políticas públicas nessa área (Petição Inicial, PGR, ADO 22).

O trecho acima é capaz de demonstrar a importância material da questão objetiva suscitada e sua repercussão intersubjetiva no seio social. Ademais, a prolação de decisão de caráter normativo, neste caso, não esbarraria em qualquer confronto de natureza orçamentária,

representando apenas conflito entre os princípios da livre comercialização/expressão e da preservação da saúde pública e integridade física dos indivíduos.

Com o conflito de princípios demonstrado, o *juízo de ponderação*, já diuturnamente exercido pelo Supremo Tribunal Federal em outros casos, far-se-ia suficiente para atender às possibilidades materiais de cumprimento da decisão (critério V).

Isso porque, para além de lhe ser uma tarefa inerente, o Tribunal Constitucional ainda conta com o apoio de institutos processuais criados para o auxílio decisório de alta complexidade, a exemplo da figura do *amicus curiae* ou da possibilidade de realização de audiências públicas junto à sociedade no estabelecimento de parâmetros decisórios e democráticos para a questão *sub judice*.

No caso ilustrado, por exemplo, ainda que não houvesse a precedente Lei 9.294/96, sob a qual se requeria a aplicação analógica para a omissão apontada, poderia o Supremo Tribunal Federal formular decisão com *efeitos concretistas de solução*, sob pena da perpetuação dos riscos aos quais já se submete por longo tempo a população em virtude da inexistência da regulamentação exigida pelo Constituinte Originário. Sobre isso:

A depender do caso, expirado esse prazo sem que qualquer providência seja adotada, cumprirá ao Poder Judiciário, se a hipótese for de omissão de medida de índole normativa, dispor normativamente sobre a matéria constante da norma constitucional não regulamentada. Essa decisão, acentue-se, será provisória, terá efeitos gerais (*erga omnes*) e prevalecerá enquanto não for realizada a medida concretizadora pelo poder público omissor. Cuida-se, aí, de um verdadeiro *efeito de solução*, concebido para ser o único capaz de solucionar o problema da não efetividade das normas constitucionais em razão das omissões do poder público. Tal consequência, de ressaltar-se, longe de vulnerar o princípio da divisão de funções estatais, logra conciliar o princípio da autonomia do legislador e o princípio da prevalência da Constituição, que se traduz na exigência incondicional do efetivo cumprimento das normas constitucionais (CUNHA JR., 2016, p. 284).

Apesar destes argumentos, a decisão do Supremo Tribunal na ADO 22, no entanto, demonstrou mais uma vez a forma como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão se faz a partir da utilização de argumentos que já deveriam ter sido superados, principalmente após o advento do neoconstitucionalismo. A decisão se deu no seguinte sentido:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. REGULAMENTAÇÃO DE PROPAGANDA DE BEBIDAS DE TEOR ALCOÓLICO INFERIOR A TREZE GRAUS GAY LUSSAC (13° GL). AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO. ART. 2° DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ATUAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO, SUBSTITUINDO-SE AO PODER LEGISLATIVO NA DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS ADOTADOS NA APROVAÇÃO DAS NORMAS DE PROPAGANDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS: PRECEDENTES. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. DECISÃO COM EFEITOS VINCULANTES. A pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou, com fundamento na interpretação dos **princípios da harmonia e independência entre os poderes**, a impossibilidade de, em sede jurisdicional, criar-se norma geral e abstrata em substituição ao legislador.[...] Sem desconsiderar os relevantes argumentos de cunho social trazidos pelo Autor, relativos à saúde pública e à proteção da família, a análise dos dados constantes da norma vigente e mesmo do elemento histórico (não o melhor critério de interpretação, mas de se aproveitar como fator demonstrativo da ação legislativa, a deitar por terra a

afirmativa de omissão do legislador), comprovam que a questão novamente trazida à apreciação do Supremo Tribunal Federal está afeta ao Poder Legislativo, no qual foi cuidada segundo a Constituição determina e concluiu ele no exercício legítimo de suas competências. (Acórdão, ADO 22, 03.08.2015, Rel. Ministra Carmen Lúcia).

Sobre o mérito da decisão proferida, é necessário dizer que, a despeito da existência da formal compartimentação de funções em “Poderes” cujas atribuições encontram-se disciplinadas na Carta Constitucional, existem princípios que se sobrepõem à organização do Estado, até mesmo como forma de defender sua regular existência e seu satisfatório funcionamento. São exemplos deles a *supremacia da Constituição* e o imperativo de efetividade revelado por sua *força normativa*.

No caso *sub oculi*, nem ao menos havia sido requerida a inovação legislativa, mas tão somente a aplicação extensiva de prescrição normativa já existente e criada pelo próprio detentor da atribuição legislativa originária. Ainda diante disso, optaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal por acolher a interpretação restritiva dos efeitos da sentença em sede de ADO, autorizando, com isso, a perpetuação da omissão de prejudicialidade, inclusive, reconhecida naquele mesmo acórdão.

Sendo assim, embora seja este o discurso utilizado, o que se observa não é a vontade de preservação de “equilíbrio” entre os Poderes. Se existem omissões desarrazoadas, e se estas omissões não podem ser supridas pela atuação harmoniosa e idealmente prevista na Constituição, aí é que se instaura o desequilíbrio na relação entre os Poderes Públicos. Diante disso, seria omissa também o Poder Judiciário por não exercer sua função típica de sanar as inconstitucionalidades constatadas em sede de controle abstrato.

Ainda que não seja órgão diretamente eleito pelo povo, por óbvio que o Supremo Tribunal Federal exercerá função democrática toda vez que estiver diante do dialético processo constitucional de controle de constitucionalidade. Assim, poderá evitar, por exemplo, que inconsistências parlamentares, e influências de grupos econômicos possam prejudicar direitos de natureza essencial previstos na Carta Magna, mas que para sua plena observância dependem da *vontade de Constituição* dos representantes do povo para operar na realidade concreta.

## CONCLUSÃO

A interpretação literal do dispositivo constitucional que trata do controle abstrato das omissões constitucionais tem restringido a possibilidade de correção das omissões inconstitucionais, que poderiam fazer-se sentir para além de sua simples declaração. Por isso é que se defendeu a possibilidade de emissão de sentenças não apenas informativas, mas também de cunho mandamental, aditivo e normativo conforme os contornos da violação inconstitucional detectada em cada caso.

Não se trata, nesse caso, de instaurar conflito entre os Poderes Constituídos, mas sim de integrar o ordenamento jurídico, por mandamento estrito da Constituição. Para a realização deste desiderato, no entanto, não se pode limitar literalmente a interpretação do art. 102 §3º da CF, pois aceitar que o único efeito da decisão que declara a inconstitucionalidade da omissão conduz a uma mera ciência desta declaração ao órgão inerte não resolve em efetivo o problema das omissões inconstitucionais, ao mesmo passo que não confere efetividade à Constituição.

Por isso é que se pretendeu, a partir da construção de critérios objetivos de avaliação (item 5), fazer com que as decisões obtidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão melhor se adaptassem aos anseios veiculados na Carta Constitucional, sem que isso representasse qualquer desarmonia entre as instâncias do Poder Público.

Dessa maneira, a atuação do Supremo Tribunal Federal deverá se dar de maneira a resguardar os valores da Constituição, havendo que investir-se em atuação concretizante nos

casos em que se demonstrar conjuntamente: a importância elementar do valor constitucional tutelado; o maior grau de restrição da imposição normatizante; o decurso de tempo mais que razoável para a atuação normativa; a urgência do provimento; e, por fim, a possibilidade material e concreta de a decisão ser cumprida, sob pena de manutenção da inocuidade do instituto da ADO.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª edição. Malheiros: São Paulo, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1458-DF. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de outubro de 2001. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1641366>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3682-MT, Diário Oficial da União, Brasília, 17 de maio de 2005. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2366425>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ADO 22, Diário Oficial da União, Brasília, 03 de agosto de 2015. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4345714>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ADO 24, Medida Liminar, Diário Oficial da União, Brasília, 01 de agosto de 2013. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4427163>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ADO 25, Diário Oficial da União, Brasília, 18 de agosto de 2017. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4454964>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ADO 31, Diário Oficial da União, Brasília, 22 de maio de 2017. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4733958>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ADO 32. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4739282>>.

CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra, Almedina, 2003.

CHAVES, André Luiz Maluf; PEREIRA, Thiago Rodrigues. Sentenças aditivas no direito italiano a sua viabilidade na jurisdição constitucional brasileira. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, nº 2, jul./dez. 2014. ISSN 1982-4564.

CUNHA JR., Dirley. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 8ª ed. Salvador: JusPODVUM, 2016.

\_\_\_\_\_. Controle Judicial das Omissões do Poder Público. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.