

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
NÚCLEO DE MONOGRAFIA JURÍDICA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VITÓRIA EMY SAPIENZA

A PROLAÇÃO DE DECISÕES CONCRETISTAS NAS AÇÕES DE
INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

SÃO PAULO

2023

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
NÚCLEO DE MONOGRAFIA JURÍDICA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VITÓRIA EMY SAPIENZA

A PROLAÇÃO DE DECISÕES CONCRETISTAS NAS AÇÕES DE
INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, sob a
orientação da Professora Juliana Cardoso
Ribeiro Bastos.

SÃO PAULO

2023

VITÓRIA EMY SAPIENZA

**A PROLAÇÃO DE DECISÕES CONCRETISTAS NAS AÇÕES DE
INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, sob a
orientação da Professora Juliana Cardoso
Ribeiro Bastos.

BANCA EXAMINADORA

São Paulo

2023

AGRADECIMENTOS

À Vanda e Lena, minhas mães, responsáveis diretas pela minha criação afetiva e pela formação do meu caráter, que renunciaram ao tempo com os próprios filhos, para criarem os filhos dos patrões. À estas mulheres aguerridas e inspiradoras, meus agradecimentos mais profundos e incomensuráveis.

Ao meu irmão, Júlio, meu companheiro inseparável, que sempre esteve presente nas minhas memórias afetivas mais ternas.

Aos meus amigos, Marcela Puschel, Victor Najjar, Roberto Reis, Beatriz Gazoli e Pedro Teixeira, que deram leveza e serenidade à vida em momentos de tormenta.

À professora Juliana Ribeiro Bastos Cardoso, pela orientação precisa, elucidativa e acolhedora.

E, por derradeiro, ao meu namorado e melhor amigo, Eugenio, por ter sido a primeira pessoa que me fez compreender o significado verdadeiro da palavra “amor”.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os efeitos ordinários das decisões de natureza informativa na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e demonstrar, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a sua incapacidade de colmatar omissões legislativas inconstitucionais e dar azo à finalidade última da referida ação constitucional, trazendo-se à baila a evolução do entendimento da Suprema Corte quanto aos efeitos das decisões exaradas em sede de ação de direta de inconstitucionalidade, que perpassa pela prolação de decisões que apenas constituem em mora o Poder competente e, finalmente, pela adoção de posição concretista pelo Supremo Tribunal Federal, para remediar provisoriamente as omissões legislativas que violem comandos constitucionais insculpidos nas normas constitucionais de eficácia limitada.

Palavras-chave: ação direta inconstitucionalidade por omissão, omissão legislativa, direitos fundamentais, eficácia de normas constitucionais, decisões concretistas.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the ordinary effects of decisions of an informative nature in direct actions for unconstitutionality by omission and to demonstrate, in the light of the Supreme Court's case law, their inability to remedy unconstitutional legislative omissions and give rise to the ultimate purpose of this constitutional action, bringing up the evolution of the Supreme Court's understanding of the effects of decisions handed down in direct actions for unconstitutionality, which goes through the issuing of decisions that only constitute a default by the competent Power and, finally, the adoption of a concrete position by the Federal Supreme Court, to provisionally remedy legislative omissions that violate constitutional commands enshrined in constitutional rules of limited effectiveness.

Key-words: direct action of unconstitutionality by omission, legal omission, fundamental rights, effectiveness of constitutional norms, concrete decisions.

SUMÁRIO

Introdução

1. Supremacia da Constituição Federal de 1988

- 1.1. Conceito de Constituição
- 1.2. Princípio da supremacia
- 1.3. Princípio da máxima efetividade
- 1.4. Princípio da força normativa
- 1.5. Princípio da unidade

2. Da omissão legislativa inconstitucional

- 2.1. Conceito de omissão
- 2.2. Distinção entre omissão e lacuna
- 2.3. Omissão legislativa e administrativa

3. Instrumentos de proteção judicial contra omissões legislativas

- 3.1. Mandado de Injunção
 - 3.1.1. Evolução jurisprudencial do mandado de injunção
- 3.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

4. Dos efeitos das decisões prolatadas em sede de controle de constitucionalidade das omissões legislativas

- 4.1. Da ineficácia das decisões informativas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal
- 4.2. Análise da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à natureza das decisões proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão
- 4.3. Da interpretação conforme à Constituição
- 4.4. Da admissibilidade de decisões concretistas em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Conclusão

Referências bibliográficas

Introdução

Grande desafio enfrentado pelo ordenamento jurídico pátrio é dotar de eficácia as normas constantes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para que estas possam transcender da abstração do *dever ser* à realidade fática. Nesse sentido, as ações constitucionais do controle abstrato insurgem como verdadeiros mecanismos de concretização das normas constitucionais.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é instituto jurídico criado pelo Poder Constituinte Originário para sanar, em sede de controle de constitucionalidade abstrato e com eficácia *erga omnes*, a ausência de norma infraconstitucional suplementar de dispositivo constitucional de eficácia limitada ou restrita. Ou seja, trata-se de medida de defesa abstrata da Constituição que se destina a combater a inércia legislativa.

Cumprе rememorar que a Constituição Federal de 1988, sob influência da Constituição portuguesa de 1976, criou a ação de inconstitucionalidade por omissão para solucionar, em sede abstrata, o grave problema da inatividade do Poder Público que ameaça comprometer a efetividade da Constituição. O propósito último desta ação constitucional é colmatar todas as omissões inconstitucionais, para que, algum dia, todas as normas constitucionais logrem obter eficácia plena e possam irradiar, com sua máxima eficácia, efeitos normativos.

O artigo 103, §2º da Constituição Federal da República Brasileira dispõe expressamente que a decisão declaratória de inconstitucionalidade por omissão terá por efeito dar ciência da omissão legislativa ou administrativa ao Poder omissor competente, a fim de que sejam adotadas as providências cabíveis para saná-las, sendo que, em se tratando de órgão administrativo, tais correções devem ser realizadas no prazo de 30 (trinta) dias. Daí dizer, portanto, que as decisões prolatadas para remediar as omissões legislativas, em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, possuem natureza meramente informativa.

Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite desvelar que as decisões meramente informativas são incapazes de proporcionar o saneamento das omissões legislativas, posto que estas não têm natureza mandamental, inexistindo qualquer tipo de reprimenda ao Poder Legislativo, caso este não proceda à supressão da referida omissão.

Imprescindível reiterar que a Constituição não configura apenas expressão de um ser, mas também de um *dever-ser*, significando mais do que o simples reflexo das condições fáticas

de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

As normas constitucionais de eficácia limitada, frequentemente, são convertidas em letra morta, posto que não regulamentadas pelo legislador ordinário. Por esta razão, antecipou-se o Constituinte Originário em criar mecanismos para combater tal anomalia jurídica, quais sejam, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, institutos cuja finalidade é sanar as omissões do Poder Público.

É cediço 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 Carta Magna. Esta defesa se dá pelo combate à violação ao imperativo constitucional de integração normativa, o que não pode ser plenamente efetuado com a adoção de decisões de natureza meramente informativa por parte da Suprema Corte.

Nesse sentido, a admissão da interpretação restritiva do art. 103, §2º da CRFB/88 importa, necessariamente, em tornar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão instituto jurídico inócuo, dotando de ineficácia, por extensão, parte do texto constitucional.

Faz-se imperioso que o art. 103, §2º da CRFB/88 seja interpretado de forma sistemática e integrada aos preceitos constitucionais, devendo ser afastada a literalidade deste dispositivo constitucional, sob pena de que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão deixe de cumprir sua finalidade medular: salvaguardar a Constituição Federal. Para tanto, é mister o acolhimento de uma posição concretista, segundo a qual, presentes os requisitos constitucionais necessários, o Poder Judiciário, através de uma decisão constitutiva, declara a existência de omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente, em respeito à efetividade das normas constitucionais e ao princípio do acesso à Justiça.

Por derradeiro, desde logo, é patente aduzir que a denegação da posição concretista, lastreada no entendimento de que esta seria fruto de ativismo judicial, é reflexo de uma exegese equivocada acerca dos princípios da separação dos poderes e da democracia, vez que a concretização da Carta Magna, por meio do controle abstrato via ação direta de inconstitucionalidade por omissão, se trata de exercício de uma função atípica do Poder Judiciário, oriunda do sistema de freios e contrapesos, como meio de concretização dos ditames do Poder Constituinte Originário, para o aperfeiçoamento dos institutos democrático pátrios, em observância ao princípio da força normativa da Constituição, de tal sorte que a prolação de

decisões concretistas, em sede de julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico pátrio, especialmente com o princípio da separação dos Poderes, típico do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, para demonstrar-se a admissibilidade da prolação de decisões concretistas nas Ações Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o presente trabalho se destinará, no primeiro capítulo, a esmiuçar os princípios que determinam o necessário e imediato cumprimento do texto constitucional. Posteriormente, no segundo capítulo, serão definidos os requisitos para que uma omissão se repute inconstitucional, distinguindo-se, ainda, os conceitos de omissão e lacuna. No terceiro capítulo, tratar-se-á das particularidades dos instrumentos judiciais de proteção contra as omissões legislativas, previstos no ordenamento jurídico pátrio, nomeadamente, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por fim, cuidar-se-á dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, demonstrando-se a ineficácia das decisões de natureza meramente informativa e a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no tratamento das omissões inconstitucionais, para que, então, nos debruçemos sobre a possibilidade de prolação de decisões concretistas em sede de julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

1. Supremacia da Constituição Federal de 1988

1.1. Conceito de Constituição

A origem do conceito sociológico de Constituição está vinculada ao autor alemão Ferdinand Lassalle. De acordo com sua formulação, a Constituição de um País é, em essência, a reunião dos fatores reais do poder que disciplinam a sociedade. Noutros termos, o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, atuando de forma dialética, estabelece um sistema de poder. A este sistema, dá-se o nome de Constituição. O papel da Constituição jurídica está circunscrita a converter esses fatores reais do poder em instituições jurídicas, isto é, em Direito.¹

Por outro lado, a concepção positivista, encabeçada por Hans Kelsen, concebe a Constituição como uma estrutura formal, de caráter normativo, que se traduz como a prescrição

¹ BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34

de um *dever-ser*, independentemente da legitimidade de seu conteúdo e da realidade sociopolítica.² Disto decorre que a ordem jurídica é um sistema hierárquico de normas, em cujo topo está a Constituição, da qual retiram todas as normas infraconstitucionais seu fundamento de validade.

A síntese dialética destas duas concepções contribuiu para a formação do conceito de Constituição normativa. Nas palavras de Luís Roberto Barroso³:

A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Essa é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, da qual derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional.

Para José Afonso da Silva, a Constituição jurídica de um Estado, sua lei fundamental, é a organização de seus elementos essenciais, quais sejam⁴:

Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado

Ainda, Afonso da Silva leciona que as concepções sociológica e positivista de Constituição pecam pela unilateralidade, devendo-se buscar uma concepção estrutural de Constituição, a qual a considera no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, dando-lhe o conteúdo fático e o sentido axiológico. Para o referido docente⁵:

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada,

² *Ibidem*, p. 34.

³ *Ibidem*, p. 34

⁴ SILVA, José Afonso da. A constituinte pós-ditadura in TOFFOLI, José Antonio Dias. 30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições – Rio de Janeiro: Forense, 2018. Página 04-05.

⁵ *Ibidem*, p. 41.

se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como conexão de sentido, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores.

No que tange ao objeto e conteúdo das constituições, tem-se que estas têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.

José Afonso da Silva nos ensina que existem 03 (três) modalidades de Constituição no que concerne à flexibilidade com a qual a lei maior pode ser alterada. Nesse diapasão, rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares. Ao revés, a Constituição é flexível quando pode ser livremente modificada pelo legislador mediante o mesmo processo de edição das leis ordinárias. Semirrígida, por sua vez, é a constituição que contém uma parte rígida e outra flexível ⁶. Haja vista que a Constituição Federal de 1988 classifica-se como rígida, cumpre debruçarmo-nos pormenorizadamente sobre o tema da rigidez constitucional, da qual resulta a supremacia da Carta Magna.

1.2. Princípio da supremacia da Constituição

Os elementos norteadores de toda interpretação da lei devem ser os princípios constitucionais, isto é, o conjunto de fundamentos eleitos pelo legislador constituinte como os postulados básicos da ordem jurídica. A interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que regerá a espécie. Noutros termos, os princípios operam como critérios de interpretação e integração do texto constitucional. Luís Roberto Barroso explica, de forma elucidativa, o motivo pelo qual os princípios desempenham papel fundamental na hermenêutica constitucional⁷:

A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de preceitos que se justapõem ou que se superpõem. A ideia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que “costuram” suas

⁶ *Ibidem*, p. 44.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª Ed. Saraiva: São Paulo, 1999, p. 157.

diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

Nesse sentido, mister elencar o conceito de princípio. Princípio é mandamento medular de um sistema, isto é, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, que lhes serve para sua exata compreensão, precisamente porque definem a lógica e racionalidade do sistema normativo. Daí dizer que descumprir um princípio é muito mais grave do que violar uma norma. A inobservância de um princípio implica, necessariamente, na inobservância da totalidade do sistema jurídico, traduzindo-se na forma mais grave de inconstitucionalidade.⁸

Conforme já aventado, a rigidez constitucional resulta da complexidade do processo de alteração do texto constitucional. Da rigidez, extrai-se, como consequência necessária, o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual, nenhum ato jurídico ou manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Carta Magna.⁹ Luís Roberto Barroso conceitua este princípio interpretativo da seguinte forma¹⁰:

A supremacia da Constituição é o postulado sobre o qual se assenta o próprio direito constitucional contemporâneo, tendo sua origem na experiência americana. Decorre ela de fundamentos históricos, lógicos e dogmáticos, que se extraem de diversos elementos, dentre os quais a posição de preeminência do poder constituinte sobre o poder constituído, a rigidez constitucional (v. supra), o conteúdo material das normas que contém e sua vocação de permanência.

A supremacia constitucional, em nível dogmático e positivo, se desdobra em uma superlegalidade formal e material. A primeira determina a Constituição como a fonte primária da produção legislativa, estabelecendo competências e procedimentos para a edição dos atos normativos infraconstitucionais. E a superlegalidade material subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal aos princípios e regras da Constituição. O descumprimento dessas prescrições formais e materiais desencadeia um mecanismo de proteção da Carta Magna, designado “controle de constitucionalidade”.¹¹

⁸ MELLO, 1986, p. 230 *apud* BARROSO, 1999, p. 157.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª Ed. Saraiva: São Paulo, 1999, p. 165

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9ª Ed. Saraiva Educação: São Paulo, 2020, p. 100-101.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª Ed. Saraiva: São Paulo, 1999, p. 168.

A supremacia da Constituição e o papel atribuído ao Poder Judiciário na sua defesa desempenham função de grande relevo no sistema geral de freios e contrapesos concebido pelo constitucionalismo moderno como forma de limitar o poder estatal. Isso pois, através da conjugação desses dois mecanismos, salvaguarda-se os valores e direitos, que ficam protegidos pela rigidez constitucional e pelas limitações materiais ao poder de reforma do texto constitucional.

Dessa forma, cabe trazer à baila trecho de decisão proferida pelo então ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, em sede de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 293:

Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica — dos Tribunais especialmente — porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste — enquanto for respeitada — constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada.

Assim, o princípio da Supremacia da Constituição constitui mandamento tácito que impõe a todos os Poderes o dever de observância do texto constitucional, sob pena de que todos os atos por eles praticados sejam desprovidos de validade jurídica.

1.3 Princípio da máxima efetividade

Em razão da posição de superioridade da Constituição no sistema normativo, para a correta interpretação do texto constitucional, imprescindível que o operador do Direito observe alguns princípios norteadores, tais como o da supremacia, da harmonização, da presunção de constitucionalidade das leis, da proporcionalidade e, especialmente, os princípios da máxima efetividade, da força normativa e da unidade da Constituição. Acerca do princípio em comento, expõe Luís Roberto Barroso:

A ideia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. Ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional. A doutrina contemporânea refere-se à necessidade de dar preferência,

*nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso*¹²

Antes de nos atentarmos ao princípio da efetividade constitucional, patente destrincharmos seu conceito. Os atos jurídicos podem ser analisados cientificamente em 03 (três) planos distintos, quais sejam, o da existência, validade e o da eficácia. O plano que mais nos interessa para fins de desenvolvimento do presente trabalho é o da eficácia. A eficácia dos atos jurídicos consiste na aptidão que estes possuem para produzir efeitos de forma plena, para irradiação das consequências que lhe são próprias. Noutros termos, eficaz é o ato idôneo para lograr a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, de tal sorte que, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma. Frise-se que a eficácia faz alusão à aptidão, à idoneidade do ato para a produção de seus efeitos, não cabendo constatar, neste plano, se tais efeitos realmente se produzem na realidade. Neste quarto plano, situado fora da teoria convencional, que se vai encontrar a efetividade ou eficácia social da norma. Cuida-se, aqui, da concretização do comando normativo, isto é, de sua força operativa no mundo dos fatos.¹³

Daí dizer que, em caso de conflito entre as normas, prefere-se a norma mais apta a concretizar com maior intensidade a eficácia jurídica do direito fundamental. O princípio da efetividade confere aos enunciados constitucionais tidos como meramente programáticos caráter vinculante imediato, sendo postulado que abstrato de interpretação que tem por finalidade a concretização das normas constitucionais na maior amplitude possível.

A efetividade, portanto, significa a realização do Direito, isto é, o desempenho concreto de sua função social, representando a materialização, no mundo fático, das prescrições legais, o que consolida o vínculo entre o *dever-ser* normativo e o ser da realidade social.

1.4 Princípio da força normativa

A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim,

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª Ed. Saraiva: São Paulo, 1999, p. 253.

¹³ *Ibidem*, p. 253-254

entre a norma e a realidade, uma tensão permanente. É nesse espaço que se definem as possibilidades e os limites do direito constitucional¹⁴

Não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente caráter de conselho ou aviso. É dizer que todas as disposições constitucionais têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular¹⁵.

O relevo do estudo do princípio da força normativa da Constituição para a apreciação das omissões inconstitucionais é destacado pelo Ministro Gilmar Mendes em voto prolatado em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3682. Por meio deste mandamento interpretativo, busca-se a máxima eficácia, de acordo com as particularidades de cada caso, sem a necessidade de modificação do texto constitucional, adquirindo força normativa conforme concretiza a vontade da Constituição.

O princípio da força normativa foi cunhado por Konrad Hesse. O autor pretendia refutar o posicionamento de Ferdinand Lassale, que, em conferência sobre a essência da Constituição, proferida em 1862, afirmou que as questões constitucionais não seriam questões jurídicas, mas sim políticas¹⁶. A Constituição jurídica, nesse sentido, seria apenas um pedaço de papel, vez que sua aptidão de regular e motivar as condutas estatais e privadas estaria delimitada por sua compatibilidade com a Constituição real, a qual expressaria as relações de poder dominantes no Estado. Para Lassale, destarte, a Constituição jurídica não teria qualquer relevância, se não refletisse a realidade da Constituição real. Hesse contra argumenta, constatando não ser admissível a tese segundo a qual a Constituição jurídica não teria força normativa, pois, se isto fosse verdadeiro, e o Direito Constitucional se debruçasse somente sobre a Constituição real, deixaria de ser uma ciência jurídica e passaria a ser uma ciência da realidade, concluindo que a Constituição tem força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.

Para que a Constituição se converta em força ativa, é necessário que se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.¹⁷ Segundo Hesse, a vontade da Constituição se origina do *a)* entendimento da necessidade e do valor de uma ordem normativa inviolável; *b)* a compreensão de que essa ordem constituída é mais do

¹⁴ *Ibidem*, p. 256

¹⁵ José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, cit., p. 3, 68 e 253.

¹⁶ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

¹⁷ *Ibidem*, p. 19.

que uma ordem legitimada pelos fatos, o que faz com que tal ordem precise ser constantemente legitimada; e *c*) essa ordem não conseguirá ser eficaz sem o concurso da vontade humana.¹⁸

O autor afirma que para que a Constituição possa desenvolver sua força normativa, é mister que seu conteúdo corresponda à natureza singular do presente, bem como que seja possível adaptá-la a quaisquer alterações de condicionantes. Deve, portanto, possuir poucos princípios fundamentais. Além disso, para manter sua força normativa, a Constituição deve incorporar, através de meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária: direitos e deveres; divisão e concentração de poder.¹⁹

A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder.

1.5. Princípio da unidade

Em que pese a ordem jurídica abranger uma pluralidade de domínios, a ordem jurídica constitui uma unidade. Com efeito, é consequência natural da soberania do Estado a impossibilidade de coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito de seu território. Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado na sua globalidade, constitui um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente. O liame entre esses elementos é a Constituição, fonte de fundamento comum de todas as normas. É a Carta Magna, como norma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico²⁰.

A unidade na interpretação do texto constitucional é imprescindível justamente por existir pluralidade de concepções. Isso pois, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo coeso, que constitui um núcleo irreduzível. O princípio da unidade é canône específico da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões dialéticas e conflitos entre as normas²¹. Disto resulta que uma disposição constitucional não pode ser interpretada de forma isolada, tampouco pode ser interpretada

¹⁸ *Ibidem*, p. 19-20.

¹⁹ *Ibidem*, 20-21.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª Ed. Saraiva: São Paulo, 1999, p 202.

²¹ *Ibidem*, p. 202.

exclusivamente a partir de si mesma, posto que aquela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos constitucionais, a qual representa uma unidade interna. Invocando tal acórdão, A relação e interdependência existentes entre os elementos da Constituição exigem que o intérprete da Lei Maior tenha sempre em vista o conjunto em que está inserida determinada norma. Konrad Hesse, citado por Luís Roberto Barroso, assinala:

Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontre em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais. [...] O princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico-co-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal²²

Como aventado anteriormente, a ordem jurídica de cada Estado constitui um sistema lógico, que não tolera a possibilidade de uma mesma situação jurídica estar sujeita à incidência de normas contrastantes entre si, vez que o direito não admite antinomias. Para impedir que isto ocorra, a ciência jurídica se vale de diversos critérios, tais como o da hierarquia e o da aplicação da lei mais específica, além de determinadas regras que solucionam os conflitos de leis no tempo e no espaço. A leitura da Carta Magna brasileira de 1988 desvela diversos pontos de tensão normativa, isto é, de disposições que consagram valores e bens jurídicos que se contrapõem e que devem ser harmonizados pelo intérprete.

Todas estas ponderações acerca da unidade constitucional reforçam o papel dos princípios constitucionais como critérios que balizam a interpretação das normas da Lei Maior. São os princípios que conferem unidade e coerência ao sistema normativo e é deles que se socorre o intérprete quando da harmonização das tensões normativas. A grande premissa sobre a qual se assenta a racionalidade do pensamento ora ventilado é a de que inexistem hierarquia normativa, especificamente, entre as normas constitucionais, não havendo qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra.²³

Apesar disso, é evidente o destaque de algumas normas, quer por expressa eleição do constituinte originário, quer pela lógica do sistema constitucional. Cite-se, a título de exemplo, as normas que versam acerca das matérias integrantes do núcleo imodificável da Constituição,

²² HESSE, Konrad *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 203.

²³ *Ibidem*, p. 209.

que são denominadas cláusulas pétreas. Nos termos do §4º do art. 60 da CRFB/88, não serão objeto de deliberação as propostas de emendas constitucionais tendentes a abolir: a) a forma federativa do Estado; b) o voto direto, secreto, universal e periódico; c) a separação dos Poderes; e d) os direitos e garantias individuais.²⁴

Com efeito, esses princípios fundamentais, notadamente os que foram objeto de distinção especial no §4º do art. 60 da Lei Fundamental, são os grandes vetores interpretativos do Texto Constitucional, seguidos pelos princípios gerais e setoriais. Nesse diapasão, deve-se reconhecer a existência, no Texto Constitucional, de uma hierarquia axiológica, consectária da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizada sempre que o intérprete se deparar com tensões entre duas regras, uma regra e um princípio ou dois princípios.

Diego Ferreira de Moreira Neto, citado por Barroso, cuidou da hipótese em que uma instituição é regida por mais de um princípio constitucional, elencando, assim, as seguintes possibilidades:

- a) que esses princípios se harmonizem plenamente, incorrendo qualquer problema, já que um e outro poderão ser aplicados com igual eficácia;*
- b) que esses princípios não se harmonizem integralmente, o que fará com que onde haja colisão se aplique o de maior hierarquia axio- lógica;*
- c) que esses princípios sejam incompatíveis, caso em que prevalecerá o de maior hierarquia axiológica, salvo onde o constituinte houver optado pelo de menor hierarquia, excepcionando expressamente a incidência do princípio superior.*²⁵

A análise do princípio da unidade constitucional, em conjunto com os princípios da força normativa e da máxima efetividade do texto constitucional, é fundamental para legitimar a adoção de uma posição concretista pelo Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, visto que a interpretação literal do §2º do art. 103 da CRFB/88, dispositivo este que prescreve que a decisão proferida em sede da referida ação constitucional deverá ter caráter meramente informativo, não se demonstra compatível com os princípios supramencionados, como passaremos a demonstrar a seguir.

2. Da omissão legislativa inconstitucional

2.1. Omissão legislativa e administrativa

²⁴ *Ibidem*, p. 209.

²⁵ NETO, Diego Ferreira de Moreira Neto *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 210

Preambularmente, patente rememorar que, no Brasil, todo juiz é juiz constitucional, no sentido de que está autorizado a deixar de aplicar uma lei ao caso concreto por considerá-la inconstitucional, nos moldes (e também por influência) do sistema norte-americano. Desde um ponto de vista material, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal exerce, simultaneamente, a função de Tribunal Constitucional e Tribunal de recursos.²⁶

Desde 1965, o STF desempenha a função típica de Corte Constitucional, pois mesmo sendo o último Tribunal a julgar recursos no sistema judicial, também tem competência originária para julgar, em abstrato, a constitucionalidade ou não de uma lei e decidir, desde logo, com efeitos *erga omnes* e não apenas “entre partes”.²⁷

Outrossim, a Carta Magna brasileira de 1988 criou uma ação abstrata (competência originária) para combater as omissões do legislador. Dispõe o art. 103, § 2º, da Constituição: “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”.

A inércia dos poderes eleitos, especificamente em matéria de direitos sociais, demanda uma atuação mais rigorosa por parte do Poder Judiciário. Cuida-se de uma atividade judiciária própria dos chamados países de modernidade tardia que ainda não alcançaram a concretização de um Estado Social mínimo em sua plenitude. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, portanto, tem por objetivo evitar que as normas constitucionais se tornem letra morta.²⁸

O ato de legislar, em regra, é uma faculdade do órgão legislativo. Todavia, em alguns casos, a Constituição impõe ao legislador o dever de editar norma a fim de regular um preceito constante de seu texto. Não cumprindo o órgão competente o seu dever constitucional, restará configurada a omissão legislativa inconstitucional. Ainda, caracterizar-se-á a omissão legislativa não apenas quando o órgão legislativo não cumpre seu dever, mas também quando o cumpre de forma parcial. A norma incompleta é omissa, e tal omissão - se a completude era exigência para o perfeito cumprimento de disposição constitucional estadual - se reputa inconstitucional. A omissão normativa pode ser decorrente da falta de lei editada pelo Congresso Nacional ou de decreto emitido pelo Executivo.

²⁶ TAVARES, André Tamos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. Omissão inconstitucional. São Paulo: Max Limonada, 2018, p. 07

²⁷ *Ibidem*, p. 07

²⁸ *Ibidem*, p. 07

Conforme ensina Jorge Miranda, a omissão ocorre sempre que:

*Mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas.*²⁹

Cumprido ressaltar que, para gerar uma inconstitucionalidade, a omissão legislativa “deve conezionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar.”³⁰

Ademais, a omissão legislativa não é consequência direta da inação do Poder Legislativo, mas da inatividade na elaboração do texto necessário ao exercício de direitos fundamentais por qualquer ente apto a produzir atos normativos. Jorge Miranda elenca os seguintes pressupostos da inconstitucionalidade por omissão:

- a) Que o não cumprimento da Constituição derive da violação de certa e determinada norma;*
- b) Que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma;*
- c) Que se trate de norma não exequível prescritiva, e não meramente permissiva;*
- d) Que, nas circunstâncias concretas da prática legislativa, faltem as medidas legislativas necessárias para tornar exequível aquela norma.*³¹

Depreende-se, portanto, que não basta a violação geral do texto constitucional, no que se refere aos seus princípios e disposições em sentido amplo, mas sim de norma certa e determinada positivada constitucionalmente. A inércia legislativa é considerada como processo informal de mutação constitucional (Anna Cândida da Cunha Ferraz, citada no voto do Ministro Celso de Mello no Mandado de Injunção 542), que se configura como inaceitável desprezo da autoridade da Constituição. Para Gilmar Mendes *et alli*, a omissão legislativa pode decorrer tanto do descumprimento de mandamentos explícitos como implícitos na Constituição.³²

²⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo VI – 3 edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 305.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª edição, Lisboa, 1999, Almedina, p. 967.

³¹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo VI – 3 edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 317.

³² MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional, 4ª edição, Saraiva-IBDP, São Paulo, 2009, p. 1239.

Ainda, pertinente consignar que a omissão se caracteriza nas seguintes hipóteses³³:

a) Não houve fixação de prazo, mas a legislação demandada pelo texto constitucional não foi editada, em razão da ausência de atuação legislativa ou regulamentar por parte do ramo de poder competente para a edição de tais normas. Nesta hipótese, impende verificar-se se houve o decurso de prazo razoável para que o poder competente editasse a legislação reclamada pela Constituição, não tendo havido, neste caso, qualquer providência;

b) O texto constitucional estabeleceu prazos para a elaboração da legislação ou regulamentação de dispositivos da Constituição e, após o decurso de tais prazos, não foram adotadas providências por parte do ramo do Poder Competente;

Nesta senda, importante nos aprofundarmos acerca do tema da mora legislativa. Verifica-se que o constituinte originário não se preocupou, em regra, em fixar o lapso temporal para a configuração da inércia legislativa ensejadora da omissão inconstitucional. Além disso, tem-se que não apenas o tempo, mas também a relevância e complexidade da matéria, bem como as condições materiais para a implementação são variáveis que deverão ser consideradas pelo Supremo Tribunal Federal para a análise da razoabilidade da mora do legislador. Isso pois, não é admissível a ideia de que o órgão legislativo disponha de uma discricionariedade infinita para editar a norma legislativa faltante, posto que a omissão normativa viola frontalmente a ordem constitucional.

Tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal entendia que iniciado o processo legislativo, não se poderia falar em omissão inconstitucional (Ação Direta de Inconstitucionalidade 2495 – Ilmar Galvão). Conquanto, existindo projetos legislativos e ocorrendo *inertia deliberandi* (na discussão e votação), ou seja, não sendo estes projetos apreciados em prazo razoável, entende-se cabível a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (Ação Direta de Inconstitucionalidade 3682 – Gilmar Mendes).

Cumpra pontuar que a mora – que é pressuposto de declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa – deve ser reconhecida quando superado o prazo razoável para edição do ato legislativo necessário à efetividade da Constituição Federal, considerando-se o momento em que a norma foi promulgada e a relevância da matéria. Transcorrido o tempo razoável, a

³³ PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 Ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 94.

inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar e a existência de projeto de lei tendentes a cumpri-lo não têm o condão de descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar.

2.2. Distinção entre omissão e lacuna

Antes de estabelecermos a distinção entre omissão e lacuna, necessário conceituar a segunda expressão. A lacuna pressupõe uma falta, falha e/ou brecha dentro do sistema jurídico. No presente trabalho, nos voltaremos apenas à lacuna presente na lei. Lourival Vilanova define o conceito de lacuna da seguinte forma: “Há lacunas no sistema de proposições do Direito positivo se um estado de coisas (ocorrências naturais ou condutas) não encontra previsão no pressuposto ou hipótese qualquer de suas normas integrantes, como caso concreto do tipo pré-definido.”³⁴

Para Del Vecchio, Recasén Siches e Zitelman, não existem lacunas dentro do Direito. Todavia, há a possibilidade de existir uma situação não regulada por norma jurídica, restando reconhecida uma lacuna legislativa, mas não jurídica. Uma vez levadas à apreciação do Poder Judiciário as situações que se enquadram nesta lacuna legislativa, cabe ao juiz sanar estas saná-las, utilizando-se de princípios jurídicos, de modo a restabelecer a perfeição do sistema jurídico.

35

Dessarte, só seria possível se falar em lacuna, quando da ausência de uma regra que se refere à uma situação que não seja típica do espaço livre do Direito. Estabelecida esta premissa, os autores elaboram uma distinção dos silêncios normativos, de tal sorte que há, a título de exemplo, o "silêncio eloquente da lei", consistente na não regulação proposital de determinada situação, por obra intencional do legislador. São casos em que se prioriza a criação jurisprudencial ou, nos casos de normas taxativas, a não inclusão de uma situação significa que não merece o mesmo tratamento atribuído pela norma. Estes casos não são característicos de lacuna. Ao passo que o objeto das lacunas está circunscrito à omissão *lato sensu*, total ou parcial, do legislador a determinada situação não abrangida pela regulação jurídica.

Ainda, insta consignar que há dispositivos que demandam complementação, não em razão de omissão deliberada do constituinte originário, mas sim porque alguns temas, de caráter

³⁴ VILANOVA, Lourival. As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. 4ª edição. São Paulo, Editora Noeses, 2010, p. 211

³⁵ SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. O Papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas do Direito. 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 182.

aberto, atendem melhor ao ideal constituinte, se não forem aprofundados e disciplinados em minúcias, no texto constitucional. Nesse caso, é aberta uma oportunidade para a atuação do Parlamento, possibilitando uma atualização facilitada das normas com estas características, sem necessidade de Emenda Constitucional para isso, trazendo, como benefício adicional, atualização do texto constitucional em relação à realidade que o cerca.

No mesmo sentido, Hesse afirma que, em algumas questões, é desnecessária a regulação jurídico-constitucional, pois a Constituição deve tratar dos temas fundamentais à organização do Estado, deixando ao legislador infraconstitucional a tarefa de regular os temas que não tem a mesma importância e completar, quando assim exigido pela Constituição, o sentido de normas constitucionais.³⁶

A omissão legislativa, por sua vez, abarca hipótese completamente distinta, nascendo do descumprimento do Poder Legislativo de comando constitucional que ordena a edição de norma regulamenta e complementa o texto constitucional. Noutros termos, não se trata do silêncio eloquente da lei, que deixa de regular determinada situação fática. Cuida-se, em verdade, da inação do Poder Legislativo frente à obrigação constitucional de elaborar lei que dê plena eficácia às normas constitucionais.

2.3. Omissão legislativa inconstitucional

É mister pontuar que a omissão inconstitucional ocorre apenas quando o Poder Legislativo deixa de editar lei que regulamente norma constitucional de eficácia limitada. Segundo José Afonso da Silva as normas constitucionais se dividem em três distintas categorias: as normas de eficácia plena; as de eficácia contida; e as de eficácia limitada ou reduzida. As primeiras produzem todos os seus efeitos jurídicos de forma imediata, possuindo aplicabilidade direta, imediata e integral, não admitindo qualquer restrição do legislador infraconstitucional. Assim, a aplicabilidade das normas de eficácia plena não está condicionada à regulamentação do legislador infraconstitucional. José Afonso da Silva define as normas constitucionais de eficácia plena como:

Aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses,

³⁶ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991, p. 15.

*comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.*³⁷

As segundas, por seu turno, admitem restrições impostas pelo órgão legislativo, dispondo portanto, de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral. Isto quer dizer que estas normas podem ter os seus efeitos contidos por uma legislação que surja para disciplinar o que elas já dispunham inicialmente. Apesar da possibilidade de ter os seus efeitos contidos por ato legislativo futuro, tais normas podem ser imediatamente aplicadas, o que as equipararam às normas de eficácia plena. Destarte, assemelham-se às normas de eficácia plena por serem, também, de aplicabilidade imediata; todavia, delas se diferenciam em razão de poderem ter os seus efeitos contidos por legislação ulterior. Silva as define da seguinte forma:

*Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.*³⁸

Por derradeiro, as normas constitucionais de eficácia limitada não são capazes de produzir todos os seus efeitos de imediato, atribuindo-se ao legislador infraconstitucional ou outro órgão o dever de complementá-las para que possam ter eficácia plena. Com efeito, a aplicabilidade desta modalidade normativa constitucional é considerada indireta, mediata e reduzida. José Afonso da Silva elenca as duas subespécies de normas de eficácia limitada, quais sejam, normas constitucionais de princípio institutivo e normas constitucionais de princípio programático. As normas constitucionais de princípio institutivo são aquelas que delineiam as diretrizes ou princípios estruturais de instituições, órgãos ou entidades, permitindo que o legislador ordinário, por meio de lei, os estruture³⁹. Estas normas requererem a edição de legislação futura que lhes permita uma efetiva aplicação. Tais normas não se confundem com as de conteúdo programático, vez que a sua matéria é evidentemente estrutural, guardando relação com a composição e o funcionamento das instituições constitucionais. As normas constitucionais de princípio institutivo subdividem-se em impositivas ou facultativas⁴⁰. As

³⁷ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 101.

³⁸ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 116.

³⁹ *Ibidem*, p. 123 e 126

⁴⁰ *Ibidem*, p. 126

impositivas incumbem ao legislador o dever de elaborar a lei integradora, ao passo que as facultativas possibilitam que o legislador realize um juízo de conveniência acerca da necessidade ou não de edição da norma integrativa⁴¹.

Finalmente, as normas de eficácia limitada programáticas são definidas por José Afonso da Silva como:

*Normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.*⁴²

Daí dizer que a omissão inconstitucional “verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais”⁴³.

A norma constitucional de eficácia limitada subdivide-se, segundo as lições de José Afonso da Silva, em normas constitucionais de princípio institutivo, que traçam linhas gerais estruturantes para complementação do legislador infraconstitucional, e as normas constitucionais de princípio programático, por meio das quais o constituinte originário buscou somente elencar os princípios a serem observados pelos demais órgãos estatais.

Patente registrar que, segundo explana José Canotilho, a omissão inconstitucional resta configurada quando os poderes constituídos não fazem aquilo a que estavam constitucionalmente obrigados a fazer, não bastando, ainda, a existência do simples dever de legislar, mas também a existência de mandamento constitucional de uma ação legislativa para dar concretude aos preceitos constitucionais.⁴⁴

Para Flávia Piovesan, só é possível falar em omissão legislativa inconstitucional, se houver, no texto constitucional, o dever jurídico de legislar. O descumprimento deste dever dá ensejo à figura da omissão, entendida como a inércia do Poder Legislativo no que tange ao cumprimento da ordem constitucional neste sentido.⁴⁵ Isso pois, uma norma constitucional é descumprida quer quando se faz o que ela proíbe, quer quando não se faz o que ela determina.

⁴¹ *Ibidem*, p. 126-127

⁴² *Ibidem*, p. 138.

⁴³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 10ª edição rev., Malheiros, São Paulo: 1995, p. 51.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Edições Almedina: Coimbra, p. 1033-1034.

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 Ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 79-80.

3. Instrumentos de proteção judicial contra omissões legislativas

3.1. Mandado de Injunção

O mandado de injunção é medida judicial facultada a quem, por ausência de normatização legal ou administrativa, é impedido de exercer direito, liberdade ou prerrogativa previsto na Constituição Federal ou nas Constituições Estaduais, possibilitando, portanto, a concretização das normas constitucionais e o saneamento das omissões legislativas inconstitucionais, nos termos do art. 5º, LXXI da CRFB/88.

O doutrinador Rodrigo Mazzei entende que o mandado de injunção é instrumento que objetiva a superação de omissão legislativa que obste o exercício de direitos e liberdades constitucionais ou a efetivação das prerrogativas referentes à nacionalidade, soberania e cidadania.⁴⁶

Ao passo que, para Alexandre de Moraes, podem ser objeto do mandado de injunção apenas as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, as quais somente serão aplicáveis mediante a edição de leis que supram as omissões eventualmente existentes, por parte de qualquer dos ramos do Poder, especialmente do Poder Legislativo. Outrossim, Moraes pondera ser incabível o mandado de injunção que vise alterar lei ou ato normativo supostamente incompatível com a Constituição ou que pretenda dar determinada interpretação à legislação infraconstitucional.⁴⁷

Insta elencar que a expressão “norma” não deve circunscrever-se tão somente à lei. Sobre o tema, manifestou-se o mestre José Afonso da Silva:

Muitos direitos constam de normas constitucionais que prevêem uma lei ordinária ou uma lei complementar para terem efetiva aplicação. Nessas hipóteses, é fácil verificar a norma pendente de regulamentação. Há casos, contudo, em que a norma constitucional apenas supõe, por sua natureza, por sua indeterminação, a necessidade de uma providência do Poder Público para que possa ser aplicada.

⁴⁶ MAZZEI, Rodrigo. Ações constitucionais. Org. Fredie Didier Jr. Editora Podivm – 2ª ed. rev. e atual, p. 136.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. – 26ª ed. – São Paulo : Atlas, 2010, p. 172- 173.

*Norma regulamentadora é, assim, toda medida para tornar efetiva a norma constitucional.*⁴⁸

Tal pressuposto dá aval ao Poder Judiciário para que ele possa superar os limites normativos, assegurando ao jurisdicionado a plenitude das disposições constitucionais.

Em síntese, quando se verifica uma omissão legislativa que impeça o exercício dos dispositivos constitucionais concernentes a direitos, liberdades, garantias ou prerrogativas constitucionais, o mandado de injunção se apresenta como o remédio constitucional para assegurar às pessoas a possibilidade de gozar os direitos e prerrogativas que lhes foram conferidos pela Constituição.

O procedimento do mandado de injunção é disciplinado pela Lei nº 13.300/2016. No que tange aos efeitos decorrentes das decisões proferidas em sede de mandado de injunção, dispõe o art. 8º da referida lei que, reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; 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. Premente mencionar que, segundo parágrafo único do citado dispositivo, será dispensada a determinação de prazo para edição de norma regulamentadora quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Ainda, o art. 9º da Lei 13.300/2016 estabelece que a decisão proferida em mandado de injunção terá eficácia *inter partes* e produzirá efeitos até a elaboração da norma regulamentadora. Excepcionalmente, a decisão poderá ter efeito *ultra partes* ou *erga omnes*, quando tal condição de eficácia for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. Ademais, uma vez transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

No que concerne à norma regulamentadora, a Lei 13.300/2016 dispõe, em seu art. 11, que esta produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

⁴⁸ ,SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 449-450).

Como se verificará mais adiante, a diferença precípua entre o mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão reside no fato de que, na ação de inconstitucionalidade por omissão, própria do controle abstrato de constitucionalidade, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a matéria é versada apenas em abstrato e, uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo máximo de 30 (trinta) dias (art. 103, §2º, CRFB/88). No mandado de injunção, por sua vez, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que conferido pela Lei Maior ao jurisdicionado é ineficaz ou inviável, em razão de ausência de norma regulamentadora, incumbirá ao Estado-juiz, por força do mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, tornando-o eficaz e exercitável.

3.1.2. Evolução jurisprudencial dos efeitos das decisões proferidas em mandado de injunção

De acordo com Luís Roberto Barroso⁴⁹, a jurisprudência pioneira do Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção firmava categórico no sentido de eximir-se de qualquer função normativa. Para exemplificar tal posição, traz-se à baila trecho de voto do Ministro Celso de Mello no Mandado de Injunção nº 191-0/RJ: “O STF não substitui ao legislador ou administrador que se hajam abtido de exercer sua competência normatizadora”.

Contudo, ao julgar o Mandado de Injunção no 107-3/DF, o Supremo Tribunal Federal impropriamente equiparou o instituto à ação de inconstitucionalidade por omissão, conforme acima tratado, nos seguintes termos:

O mandado de injunção é ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o art. 5o, LXXI da Constituição, e que se destina a obter sentença que declare a ocorrência da omissão constitucional, para que se adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (...).

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 191, p. 1-13, jan./mar. 1993

Tudo leva a crer que o Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com a matéria apenas um ano após a promulgação da Constituição Federal de 1988, buscou resguardar-se de promover invasão que pudesse, em momento tão instável da vida política nacional, caracterizar uma ampliação indevida da competência do Poder Judiciário em detrimento dos outros poderes. Em pronunciamento de 2007, o relator do Mandado de Injunção nº 708/DF elenca pormenorizadamente as peculiaridades presentes no mandado de injunção. Segundo ele, o Supremo Tribunal Federal:

*Conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; vi) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador.*⁵⁰

José Carlos Barbosa Moreira, citado por Barroso⁵¹, entende indevido o tratamento supracitado firmado pelo Supremo Tribunal Federal e prestigia a evolução ocorrida a partir do julgamento do Mandado de Injunção nº 283-5. Após o julgamento deste feito, a Corte Constitucional passou a fixar um prazo para a purgação da mora, que, se não cumprido, conferiria ao titular da ação o direito de exigir uma sentença líquida e certa de indenização por perdas e danos. Ocorre que este entendimento, endossado pelo então Ministro Sepúlveda Pertence, padece de erro: a tutela do mandado de injunção deve, em regra, ser específica, pelo

⁵⁰ Disponível na íntegra em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 191, p. 1-13, jan./mar. 1993

que, se a aplicação de mera reparação financeira por perdas e danos, transformava o mandado de injunção agora em ação ordinária. Daí dizer que esta primeira evolução jurisprudencial pouco contribuiu para a efetiva fruição de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionalmente assegurados. Luís Roberto Barroso elenca, ainda, que o então Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, relator do Mandado de Injunção no 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro estabeleceu 03 (três) pontos controvertidos acerca do referido remédio constitucional, quais sejam: *a)* a legitimidade passiva *ad causam* pertence à autoridade sobre a qual recairá a obrigação; *b)* será dada ciência do feito à autoridade omissa na edição da norma regulamentadora; e *c)* a constatação da omissão compele o órgão judicial a formular a regra e aplicá-la, observado o limite subjetivo da ação (efeito *inter partes*).

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento do mandado de injunção nº 708/DF, assentou entendimento acerca de diversos pontos controversos que permeiam o manejo do remédio constitucional em comento. O relator do referido mandado de injunção sublinhou, na oportunidade, a evolução jurisprudencial da posição do Pretório Excelso, da seguinte forma:

Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções 'normativas' para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI no 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003”.

É de extrema valia o avanço proporcionado pelo então Ministro Moreira Alves, deixando de lado a postura conservadora adotada em relação ao mandado de injunção e passando a considerar a possibilidade de atuação normativa do Poder Judiciário para dar azo à proteção jurisdicional que a Constituição Federal quis conceder com a criação do mandado de injunção. A partir do julgamento do mandado de injunção nº 708/DF, verifica-se o alinhamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com a postura ventilada doutrinariamente como a mais adequada para essa ação constitucional. Evidencia-se a aproximação promovida pela

Suprema Corte entre os modelos de injunção brasileiro e do direito comparado, consoante destacou o Relator:

Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º)⁵².

A decisão encerrou, por definitivo, a preocupação pretérita, salientada em voto do então Ministro Celso de Mello, com a invasão da competência dos Poderes Legislativo e Executivo em razão da prolação de decisões normativas pelo Poder Judiciário. Cuida-se de evolução que ultrapassa a mera produção de jurisprudência e passa a reconhecer que as relações institucionais entre os Poderes Constituídos da República consolidaram-se satisfatoriamente para admitir, sem a possibilidade de provocar instabilidade política, a atuação jurisdicional que transcende a margem de divisão de competências, exercendo o Poder Judiciário função atípica, de forma legítima.

O mandado de injunção foi concebido pelo Constituinte Originário para remediar a ausência de aplicabilidade imediata das normas constitucionais, o que poderia comprometer o pleno gozo dos direitos, liberdades e das prerrogativas dispostos no artigo 5º, LXXI da CRFB/88.

Conclui-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, principalmente, iniciou-se conservadora e cautelosa ao lidar com o remédio constitucional em comento. Nos precedentes sedimentados nos primeiros anos de vida da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal preocupava-se demasiadamente com a reafirmação da separação funcional dos poderes, o que acarretou a diminuição da relevância e a abrangência que deveria ter o mandado de injunção na ordem constitucional brasileira.

A intensa manifestação doutrinária contrária à esta posição conservadora e a necessidade de modificações no manejo do mandado de injunção diante da complexidade dos casos trazidos à apreciação da Corte Constitucional, promoveram a modificação do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, compelindo-o a reconhecer que a Lei Maior lhe conferia competências que resguardavam sua atuação normativa, sem que, com isto restasse caracterizada a violação do princípio constitucional da separação dos poderes, permitindo-lhe,

⁵² Disponível na íntegra em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>

assim, atuar no saneamento das omissões normativas provocada pela inércia das autoridades competentes, o que acabou por alargar os poderes conferidos ao magistrado, que até então eram meramente acautelatórios.

No modelo atual, a doutrina e jurisprudência convergiram-se em torno do mandado de injunção, atribuindo-lhe grande relevo contra a morosidade das autoridades constituídas, por meio da outorga ao Poder Judiciário, mediante razoável uso da jurisdição de equidade, de competência para editar norma com eficácia *inter partes* e efetivar a plenitude do direito em sua decisão, consolidando-se, assim, um sistema constitucional de garantia de direitos aos indivíduos, próprio do Estado Democrático de Direito.

3.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

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 1974.⁵³ Esta Carta Magna dispunha, em seu art. 337, que caso o Tribunal Constitucional Iugoslavo verificasse a ausência da promulgação de atos regulamentadores necessários à concretização das prescrições constitucionais, deveria dar ciência de tal omissão à Assembleia da República. Estudo do direito comparado revela que, em determinados países, a ausência de ação constitucional de controle abstrato específica para o combate das omissões inconstitucionais não impede que os tribunais constitucionais se debrucem sobre estas omissões. Traz à baila, a título de exemplo, instituto do direito alemão denominado *Bundesverfassungsgericht*, o qual se socorre de diversas técnicas de interpretação e integração constitucionais para sanar as omissões inconstitucionais, dentre as quais, cumpre citar a figura do *Apellentscheidung*, ou, apelo ao legislador, por meio da qual a Corte Constitucional notifica previamente o legislador acerca da existência de omissão legislativa potencialmente inconstitucional. Com efeito, esta decisão tem caráter meramente preventivo, pois não tem o condão de declarar a inconstitucionalidade por omissão de imediato, cabendo ao Poder Legislativo solucionar o problema aventado⁵⁴.

Na mesma senda, o processo de concretização, chamado de *Konkretisierung*, é o método de hermenêutica constitucional que permite aos tribunais emanar decisões alternativas nos

⁵³ CUNHA JR., Dirley. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 8ª ed. Salvador: JusPODVUM, 2016, p. 267-277.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 406.

casos em que as omissões legislativas impeçam o exercício de direitos fundamentais. Cite-se, a título de exemplo, o parágrafo 5º da Constituição da Alemanha, que impunha ao legislador o dever de assegurar aos filhos havidos fora do casamento condições idênticas às vigentes para os filhos havidos dentro do matrimônio.

Naquela oportunidade, o Tribunal Constitucional alemão determinou que, configurada a mora do legislador em editar norma regulamentadora, poderiam os magistrados e tribunais aplicar o preceito de maneira direta, permitindo a concretização (*Konkretisierung*) dos direitos tutelados, apesar da inércia do legislador.⁵⁵

Na Itália, a modulação dos efeitos das sentenças prolatadas em controle de constitucionalidade, decorrentes das decisões aditivas, também enseja a supressão das omissões inconstitucionais em concreto. Nesses casos, as decisões ampliam o conteúdo normativo, sem promover a alteração do texto legal, com o fito de assegurar o exercício de direitos em casos específicos.⁵⁶

O mesmo pode ser observado no modelo americano difuso, no qual não apenas a Suprema Corte, mas também os demais tribunais e magistrados podem solicitar aos órgãos legislativos a edição das leis necessárias ao exercício dos direitos fundamentais.⁵⁷

Como pôde se extrair dos exemplos supramencionados, as soluções encontradas em sede de Direito Comparado no combate às omissões dos Poderes Executivo e Legislativo são aplicáveis aos casos de violação aos direitos subjetivos, não havendo necessariamente instrumentos que protejam as prescrições contidas nas Cartas Constitucionais *in abstracto*, que ordenem a elaboração de normas.

Nesse sentido, verifica-se que o ordenamento jurídico que possui previsão expressa de um mecanismo de controle das omissões inconstitucionais mais próximo à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão brasileira seria o processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, disposto no art. 283 da Constituição Portuguesa de 1976. As omissões objeto de controle por meio do processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão seriam aquelas relacionadas à ausência ou insuficiência de medidas legislativas, desde que houvesse, na Constituição, o dever imperativo de legislar. Nesse diapasão, leciona

⁵⁵ *Ibidem*, p. 415.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ CUNHA JR., Dirley. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 8ª ed. Salvador: JusPODVUM, 2016, p. 275.

José Joaquim Gomes Canotilho acerca das omissões inconstitucionais que podem ser objeto do referido processo de fiscalização português:

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 impositivas⁵⁸.

No Brasil, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é ação constitucional, do controle abstrato e cujos efeitos da decisão são *erga omnes*, que tem por objetivo sanar a falta de norma infraconstitucional regulamentadora de dispositivo constitucional de eficácia limitada. Depreende-se, portanto, que cuida-se de mecanismo de controle abstrato de constitucionalidade que objetiva combater a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de ato regulamentador de norma constitucional de eficácia limitada, dar-se-á ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (art. 103, §2º da CRFB/88).

Da leitura do singular do art. 103, §2º da Constituição Federal de 1988, cumpre notar, ainda, que nos casos das omissões administrativas, a decisão do Supremo Tribunal Federal não se limitará a “dar ciência” da situação de mora ao órgão omissor, como ocorre no caso português. Nessa hipótese, a decisão terá caráter mandamental.

No que tange ao objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, tem-se que a ação visa sanar as omissões de caráter normativo, podendo este dever de regulamentação ser direcionado não apenas ao Legislativo, mas também ao Executivo ou até mesmo ao Judiciário. Importante delimitar, a partir daí, as normas constitucionais parâmetro de verificação dessas violações. Com efeito, o parâmetro de controle da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é composto pelas normas dispostas na Lei Maior. Dentre estas, contudo, tão somente as normas que ordenem a necessária atuação regulamentar

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra, Almedina, 2003, p. 1034.

superveniente poderão ser objeto de controle das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Conforme já ventilado anteriormente, esta modalidade normativa é denominada pelo professor José Afonso da Silva de norma constitucional de eficácia limitada, a qual se caracteriza por não produzir todos os seus efeitos plenos de imediato, isto é, desde sua vigência, tendo sido delegado ao legislador ordinário o dever de regulamentá-las para que possam gozar de eficácia plena. Isto se dá pois em que pese todas as normas constitucionais gozem de um mínimo de eficácia, algumas delas já possuem, desde seu nascedouro, condições materiais de cumprimento imediato em virtude da existência de estruturas previamente organizadas, como por exemplo, o direito ao sufrágio universal, ao passo que outras requerem maior esforço estatal de concretização, tal como direito constitucional à saúde. Mesmo assim, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, 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, denominadas pela doutrina majoritária como normas programáticas.

Estão excluídas desta modalidade das normas de eficácia limitada as normas de competência dos entes da Federação e aquelas que determinam as atribuições dos órgãos legislativos, vez que ambas constituem apenas prerrogativas materiais de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, não configurando necessariamente em dever constitucional de regulamentar.

Ademais, importante mencionar que também não podem ser consideradas como parâmetro de ação direta de inconstitucionalidade por omissão normas que instituem faculdades ao Poder Público, como no caso, a título de exemplo, do poder de tributar.

Essa impossibilidade foi devidamente demonstrada no parecer dado pelo Procurador Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 31, na qual o Governador do Estado do Maranhão pleiteia junto ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento da omissão legislativa em instituir o Imposto 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)

Ainda, sobre a limitação dos parâmetros de controle de constitucionalidade por omissão, o doutrinador Dirley da Cunha Jr. ensina:

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 ação⁵⁹.

Por isso mesmo é que, como disposto alhures, as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático não poderão ser configuradas como omissão inconstitucional repudiável por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

⁵⁹ CUNHA JR., Dirley. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 8ª ed. Salvador: JusPODVUM, 2016, p. 276.

Isso pois, normas que enumeram, por exemplo, os princípios e objetivos fundamentais da República Federativa, além daquelas que imputam deveres genéricos ao Estado como no caso da saúde (art. 196 CRFB/88) e da educação (art. 205 CRFB/88), a despeito de sua relevância axiológica, constituem finalidades públicas abstratas que devem ser preenchidas pelos Poderes Públicos na medida das possibilidades e de acordo com os anseios sociais existentes. Não é outro o entendimento do doutrinador Jorge Hage⁶⁰, que destaca que as normas programáticas são aquelas cuja aplicação é deixada aos entes políticos ao seu “juízo sobre a conveniência e oportunidade, deixando-se a sua avaliação a medida do conteúdo da sua realização concretizadora”.

Destarte, conclui-se que, para restar caracterizada determinada omissão inconstitucional, passível de discussão em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, é necessária a existência de violação direta a dispositivo certo e determinado que disponha em sua redação da obrigatoriedade da atividade normatizadora para completar seu sentido e torná-la plenamente exequível.

Outrossim, outro fator relevante de aferição da inconstitucionalidade por omissão é o tempo decorrido entre a inclusão do enunciado na Lei Fundamental, que pode decorrer do Poder Constituinte originário ou derivado, e o tempo da apresentação da questão à Corte Constitucional a partir do ajuizamento da respectiva Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Nesse diapasão, avalia-se se o tempo de inércia do Poder competente é razoável ou não para se declarar a inconstitucionalidade. A doutrinadora Flávia Piovesan⁶¹ salienta que pode haver casos em que a própria Constituição estipula o prazo específico para edição normativa, estes mais comumente observados nos dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e casos em que não exista fixação de prazo para a elaboração da norma regulamentadora.

A primeira situação é facilmente resolvida, configurando-se a inconstitucionalidade pelo simples decurso do prazo. No segundo caso, todavia, a declaração de inconstitucionalidade por omissão requererá, por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a análise do critério da razoabilidade, que irá variar de acordo com as peculiaridades do mandamento constitucional violado e o bem jurídico reflexamente tutelado violada pela inércia. Sobre o referido critério, Canotilho explana que:

⁶⁰ HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 70.

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 82

A inconstitucionalidade da omissão legislativa não se conxiona 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. ⁶²

No que concerne à legitimação para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, tem-se que o polo passivo deve ser composto pelo órgão ou autoridade que deveria ter editado a norma regulamentadora do dispositivo constitucional, devendo prestar informações ao relator. A legitimidade ativa, por sua vez, é constituída pelos legitimados universais e especiais, elencados no art. 2º da Lei nº 9868/1999, quais sejam: *o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.*

À OAB e aos partidos políticos não se exige pertinência temática para a propositura da referida ação constitucional. Necessário pontuar que os diretórios nacionais agem em nome do partido e a perda de sua representatividade no Congresso Nacional não mais impede o prosseguimento da ação. Por outro lado, a Mesa de Assembléia Legislativa, Governador e entidades de classe devem respeitar a pertinência temática para o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Por derradeiro, no que se refere aos efeitos ordinários das decisões exaradas em sede da ação constitucional em comento, o §2º do art. 12-H da Lei 9.868/99 determina que 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

⁶² CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra, Almedina, 2003, p. 1037.

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 referida lei, estabelece, 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 STF⁶³.

Como parte do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, a decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão terá, via de regra, efeitos temporais *ex tunc*, em razão da aplicação do princípio da nulidade ao reconhecimento das inconstitucionalidades em abstrato. Conquanto, há a possibilidade de modulação de efeitos temporais constante do art. 27 da Lei nº 9868/1999, quando autorizada pelo quórum de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Esta previsão legal possibilita, em prol da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, que a Corte Constitucional possa estabelecer que a eficácia da decisão seja prospectiva, instituindo o marco temporal a partir do qual a inconstitucionalidade será configurada.

Ademais, a declaração de inconstitucionalidade por omissão 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 nº 9868/1999. Como se pode observar, a referida disposição não se direciona ao Poder Legislativo, sob a justificativa da necessidade de observância do princípio democrático. Contudo, é certo que, em se tratando de omissão inconstitucional oriunda da inércia no dever de normatizar, o principal destinatário dos provimentos dados em sede Ação Direta de Inconstitucionalidade é o próprio Poder Legislativo. Assim, é salutar o questionamento acerca da aplicação prática dessa limitação dos efeitos das decisões proferidas na ação constitucional em apreço mediante a adoção de uma concepção pós-moderna da teoria da separação dos poderes. Com estas considerações em vista, pretende-se contestar a interpretação restritiva do art. 103 §2º da Constituição Federal de 1988, que delimita os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão à mera notificação de inércia ao Poder Legislativo, ao passo que para a Administração Pública, a notificação de ciência é acompanhada de mandamento para remediar a omissão constitucional

⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 134.

dentro do prazo de 30 (trinta) dias, em que pese não haver a possibilidade de sancionar o poder inerte nesses casos. A interpretação restritiva do citado dispositivo constitucional não se reputa compatível com os objetivos fundamentais da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, revelando-se, em muitos casos, insuficiente para sanar a violação de direitos oriunda da omissão inconstitucional. Por esta razão, recomenda-se a utilização de interpretação extensiva, sistemática desta disposição constitucional, a fim de que restem eficazes os provimentos dados no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão.

4. Dos efeitos das decisões prolatadas em sede de controle de constitucionalidade das omissões legislativas

4.1. Da ineficácia das decisões informativas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal adotou, em sede de controle de constitucionalidade de omissões legislativas, a aplicação de decisões de natureza informativa, limitando-se a reconhecer inconstitucionais as omissões legislativas e notificar a autoridade competente a exercer sua função legiferante. Isto se deu pois a aplicação de decisões desta monta se adequa à literalidade do art. 103 §2º da Constituição Federal de 1988.

Para ilustrar as decisões desta natureza, analisar-se-á o Mandado de Injunção nº 20, de caráter coletivo, impetrado em 19 de maio de 1994 pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil em face do Congresso Nacional, com o intuito de tornar efetiva a garantia constitucional inscrita no art. 37, VIII, da CRFB/88, que reconhece o direito à greve em favor do servidor público civil, sendo necessário, contudo, que esta garantia seja regulamentada por lei editada pelo Congresso Nacional.

Na ocasião, a impetrante requereu o reconhecimento da omissão legiferante do Congresso Nacional, que se absteve de aprovar a lei complementar a que faz alusão a cláusula constitucional supramencionada, o que acabou por obstar o exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve que lhes foi assegurado pela Lei Maior, restando caracterizada a omissão legislativa inconstitucional.

No mérito, o Supremo Tribunal Federal, pontuou, acertadamente, que o direito à greve concedido aos servidores públicos civis se trata de norma constitucional de eficácia limitada, cuja aplicabilidade está condicionada, por conseguinte, à edição de ato legislativo que atue como instrumento indispensável ao pleno desenvolvimento da normatividade da garantia constitucional em comento.

O voto relator, que restou vencedor, deferiu o mandado de injunção para reconhecer a mora do Congresso Nacional no adimplemento da imposição legislativa consagrada no art. 37, VIII da Lei Fundamental e dar ciência do estado de inércia legiferante ao Poder Legislativo Federal, com o fito de que fosse editada a lei complementar necessária à viabilização do direito à greve dos servidores públicos civis assegurado pela Constituição. Com efeito, tratou-se de decisão de natureza meramente informativa, que se limita a cientificar o Poder omissor acerca da mora legislativa, para que edite o devido ato legislativo, não tendo havido fixação de prazo para que o Poder Legislativo o fizesse e tampouco estipulação de sanção, caso houvesse o descumprimento do provimento jurisdicional em prazo razoável.

A decisão proferida pela Corte Constitucional restou infrutífera, haja vista que o Congresso Nacional permaneceu inerte, deixando de editar lei complementar que tornasse viável o exercício da garantia constitucional do direito à greve pelos servidores públicos civis.

Apenas em 25 de outubro de 2007, passados 13 (treze) anos do julgamento do Mandado de Injunção nº 20, é que o Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, que discutiam a mesma matéria constante do *writ* nº 20, houve por bem assinalar o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional editasse lei complementar que viabilizasse o direito de greve dos servidores públicos civis e determinar a aplicação da Lei nº 7.783/1989, que disciplina o exercício do direito de greve dos trabalhadores do setor privado, aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

Cumprido destacar que até a presente data, decorridos 29 (vinte e nove) anos desde o julgamento do Mandado de Injunção nº 20, o Congresso Nacional não elaborou lei complementar própria que regulamentasse a garantia constitucional à greve dos servidores públicos civis.

Portanto, resta evidente que as decisões de natureza meramente informativa são absolutamente incapazes de proporcionar a supressão das omissões legislativas, pois não constituem decisões de caráter mandamental, inexistindo, ainda, para todos os efeitos, qualquer espécie de sanção ao Poder que deixar de observar provimento jurisdicional do Supremo Tribunal Federal que o notifique para editar ato normativo, com vistas a conferir concretude às regras constitucionais de eficácia limitada.

Dessarte, observa-se que o maior óbice à eficácia das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão está na falta de coercibilidade das decisões emanadas do Poder Judiciário em face, principalmente, do Poder Legislativo. Isto ocorre, segundo entendimento do qual são partidários parte da doutrina e do próprio Supremo Tribunal Federal,

porquanto não pode o Judiciário coagir o legislador exercer a sua função legiferante, devendo, inclusive, segundo aqueles, abster-se de desenvolver atividade normativa que lhe é atípica, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, o qual determina que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Isto, contudo, não se reputa verdadeiro, haja vista que o Poder Judiciário, ao colmatar as omissões legislativas por meio da expedição de decisões normativas, está apenas dando concretude ao texto constitucional e exercendo sua função precípua: a de salvaguardar a Constituição Federal.

Acerca do tema, adverte Derly Barreto Silva Filho:

Compete aos poderes constituídos, inseparavelmente a efetividade, no mundo fático, das normas constitucionais. A todos eles incumbe este dever. E o cumprem integrados em objetivo (fim), mas independentes em sua consecução (meio). Todavia, a independência dos poderes constituídos não permite que um ou mais deles se abstenham de fazer o que estão constitucionalmente adstritos. Na falta de atuação destes, principalmente do Legislativo e do Executivo, (...) o Judiciário, mediante a ordem de injunção, deverá cumprir o objetivo estabelecido pela norma constitucional e atuar como Poder integrado de objetivação dos fins, e, não, como Poder independente de consecução dos meios (...)⁶⁴

Por derradeiro, impende mencionar que não haveria outro motivo pelo qual a Suprema Corte teria assentado, no mandado de injunção, a possibilidade de prolação de provimentos normativos, senão em razão do fato de que as decisões de natureza meramente informativa, na maioria das vezes, não alcançam o fim a que se destinam, qual seja, fazer com que o Poder omissor proceda à colmatação das omissões legislativas mediante a edição de norma complementar, o que viola frontalmente o princípio da força normativa da Constituição.

4.2. Análise da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à natureza das decisões proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão

Assim como no mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal, passou a adotar, paulatinamente, posicionamento diferente daquele expressamente previsto no art. 103, §2º da

⁶⁴ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Destinação e Utilidade do Mandado de Injunção. Arquivo do Ministério da Justiça. Brasília, DF, ano 44, n. 177, p. 135, jan./ jun. 1991.

Constituição Federal em sede de julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

Para demonstrar isso, trazer-se-á à baila o julgamento, ocorrido em 2013, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 24⁶⁵, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) em face do Presidente da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que teve por objeto o reconhecimento da inconstitucionalidade da mora legislativa em elaborar a lei de defesa do usuário de serviços públicos, nos termos do art. 27 da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998 que aduzia:

Art. 27. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.

O autor argumentava que era manifesta a omissão legislativa do Congresso Nacional, haja vista que, à época, houve o decurso de mais de 14 (quatorze) anos da promulgação da citada Emenda Constitucional, sem que houvesse sido editada a lei de defesa do usuário de serviços públicos, em que pese a emenda estipulasse o prazo de 120 (cento e vinte) dias para que o Congresso Nacional desempenhasse sua função legislativa.

Ainda, a CFOAB pontuava a imprescindibilidade da imediata elaboração da lei em apreço, vez que a atividade de serviço público constitui mecanismo de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, particularmente da dignidade da pessoa humana, inscrita no art. 1º, III, da Carta Magna. A ação constitucional também estaria respaldada pelas previsões contidas no art. 37, §3º, e no art. 175, II, da CRFB/88, os quais consolidaram a defesa do usuário do serviço público como preceito constitucional.

Outrossim, além da efetiva edição da lei de defesa dos usuários de serviços públicos dentro do prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, contados da decisão que deferir a medida cautelar, e o reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional, a CFOAB pleiteou que, enquanto não fosse elaborada a lei de defesa do usuário de serviços públicos, fossem aplicadas, subsidiariamente, as disposições constantes do Código de Defesa do Consumidor, a fim de suprimir a omissão legislativa e assegurar aos usuários de serviços públicos, inclusive para aqueles prestados diretamente pelo Poder Público, o mínimo de proteção, tendo em vista

65

que a jurisprudência dos Tribunais brasileiros já vinha endossando esta diretriz na solução das contendas havidas entre cidadãos e empresas concessionárias de serviços públicos.

Assim, o Supremo Tribunal Federal acolheu parcialmente os pedidos, fixando o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a elaboração da lei de defesa dos usuários de serviços públicos, consignando, ainda, que a estipulação de prazo não configurava interferência da Corte na esfera de atribuições dos demais Poderes, mas um apelo ao legislador para que este remediasse a omissão inconstitucional em comento. Patente registrar que a Suprema Corte não deferiu o pedido de medida cautelar no que tange ao requerimento da aplicação subsidiária e provisória do Código de Defesa do Consumidor, visto que seria necessário estudo mais aprofundado sobre o tema. Nesse sentido, observa-se a primeira mudança no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que consistiu na fixação de prazos razoáveis para a colmatação da omissão legislativa pelo Poder omissor, embora a medida não tenha sido acompanhada pelo estabelecimento de qualquer sanção para os casos em que a autoridade competente deixasse de observar o prazo assinalado pela Corte Constitucional. Não é por outro motivo que, mesmo após a decisão, o Congresso permaneceu inerte, tendo ultrapassado, em muito, o prazo de 120 (cento e vinte) dias estipulado pelo Pretório Excelso para editar a lei de defesa dos usuários de serviços públicos. Em consulta aos sítios eletrônicos das Casas Legislativas, verifica-se 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, tendo sido convertido na Lei nº 13.460/2017. O provimento jurisdicional, portanto, só foi cumprido 04 (quatro) anos após a sua prolação.⁶⁶

Ademais, na esteira da evolução jurisprudencial do Supremo do Tribunal Federal em matéria de omissão legislativa, cite-se, ainda, a título de exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25⁶⁷, julgada em 30 de novembro de 2016 e proposta pelo Governador do Estado do Pará em face do Congresso Nacional, que tinha por objeto discutir a omissão do Congresso Nacional em editar lei complementar que regulamentasse os repasses de recursos da União para os estados e o Distrito Federal em razão da desoneração das exportações do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), conforme prescrito pelo art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, incluído no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 42/2003, em que pese haver, à época, projeto de lei com esta

⁶⁶ Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13460-26-junho-2017-785098-norma-pl.html>>.

⁶⁷ Disponível na íntegra em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385039>

finalidade tramitando perante o Congresso Nacional. Confira-se o teor do dispositivo supramencionado:

Art. 91. 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' (grifei)

A Corte Constitucional reconheceu, por unanimidade, a mora legislativa do Poder Legislativo, posto que o Congresso teria deixado de observar a imposição estabelecida pela Emenda Constitucional nº 42/2003 por 13 (treze) anos. Nesta senda, o Supremo Tribunal Federal fixou o prazo de 12 (doze) meses para que o Congresso Nacional elaborasse a referida lei complementar, ao fim do qual, caso não editada a lei complementar, incumbiria ao Tribunal de Contas da União, como órgão técnico competente, assumir a responsabilidade de disciplinar estas regras de repasse e calcular as cotas de cada Estado interessado. Conquanto, o fato do cumprimento da decisão estar condicionado à atuação de outro órgão estatal não garante a efetiva supressão da omissão legislativa.

Nesse sentido, além da manifesta relevância socioeconômica desse julgamento para os estados exportadores de produtos primários, importante nos termos a outros 03 (três) aspectos do julgamento, notadamente no que tange aos elementos técnicos da decisão proferida pelo Pretório Excelso, quais sejam: o reconhecimento da mora legislativa; a fixação de prazo para o Congresso Nacional; e a estipulação de uma espécie de sanção para a hipótese de descumprimento do prazo de deliberação fixado.

O reconhecimento da mora legislativa, apesar da existência de projeto de lei sobre a matéria em tramitação no Congresso Nacional, constitui uma mudança de posição jurisprudencial, já adotada em outros julgados, acerca da *inertia deliberandi*: a existência de projetos de lei em tramitação não afasta a configuração da omissão legislativa.

Ainda, a fixação de prazo de 12 (doze) meses ao Poder Legislativo para a elaboração da lei complementar consagra outra mudança de orientação da Corte, no sentido de admitir a fixação de prazo para que o Poder omissor sane a omissão legislativa, a despeito de não haver previsão expressa no texto constitucional para tanto, a teor do art. 103, § 2º da Constituição Federal.

O terceiro elemento técnico relevante da decisão é que além de estabelecer 12 (doze) meses para a colmatação da omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal também estabeleceu uma importante consequência em caso de seu descumprimento, qual seja, a delegação da competência normativa para suprir a ausência de lei complementar ao Tribunal de Contas da União.

Com efeito, houve uma mudança de postura do Supremo Tribunal Federal no que concerne ao enfrentamento das omissões inconstitucionais, consolidada particularmente após o julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, que admitiram a aplicação analógica da Lei 7.783/89 para disciplinar o direito de greve dos servidores públicos civis, conforme já esmiuçado anteriormente. Assim, a Corte Constitucional abandonou uma postura inicial conservadora de autocontenção, segundo a qual apenas reconhecia-se a omissão inconstitucional e dava-se ciência dela ao órgão omissor, passando a adotar, a partir de 2007, novas técnicas de decisão que extrapolam a literalidade do art. 103, §2º da Carta Magna.

No que se refere à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25, vislumbra-se que apesar da decisão exarada, a lei complementar exigida pelo art. 91 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias só foi editada em 2020 (Lei Complementar nº 176/2020). Isso pois, em 20 de maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal deferiu o requerimento da União, a título de questão de ordem, pelo referendo das decisões que concederam a prorrogação do prazo para edição da lei complementar por mais 12 (doze) meses, contados do dia 21 de fevereiro de 2019, e da maioria dos Estados, por no mínimo, 90 (noventa) dias, a contar do dia 21 de fevereiro de 2020. Destarte, vê-se que o Congresso Nacional, mais uma vez, descumpriu o prazo inicialmente assinalado pela Corte Constitucional, deixando que a omissão legislativa vigorasse por mais de 04 (quatro) anos após a prolação do acórdão pelo Supremo Tribunal Federal.

Isto demonstra que apesar da evolução da postura decisória do Pretório Excelso no que tange aos mecanismos empregados para o combate das omissões inconstitucionais, a mera fixação de prazo e estipulação de “sanções”, ainda assim, não garante a edição dos atos normativos complementares necessários à colmatação das omissões legislativas pelos Poderes competentes. Nesse diapasão, não há outra alternativa para dar concretude ao texto constitucional, senão a adoção das técnicas decisórias de interpretação conforme ou concretista por parte do Supremo Tribunal Federal. Do contrário, as omissões inconstitucionais continuarão a ameaçar a eficácia da Constituição Federal, bem como a autoridade das decisões da Corte Constitucional.

Em decisão inédita, o Supremo Tribunal Federal, adotou, em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26, posição normativa, por meio da

aplicação da técnica decisória de interpretação conforme à Constituição, que permitiu, a título de analogia, a aplicação da Lei 7.716/1989 aos crimes relacionados à homotransfobia. O julgamento constitui o último entendimento, na esteira da evolução jurisprudencial da Corte Constitucional, em relação à extensão dos efeitos das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, o que será tratado no subtópico seguinte.

4.3. Da interpretação conforme à Constituição

A interpretação conforme à Constituição é, primordialmente, princípio de hermenêutica constitucional que se assenta sobre o entendimento de que toda atividade de interpretação deve estar, necessariamente, vinculada à Lei Maior. Nesse diapasão, este princípio determina ao magistrado que se leve em conta a interpretação possível da norma sob exame de constitucionalidade, sendo o texto constitucional o fundamento de validade e o limite da atividade hermenêutica. Esse princípio é resultante da ideia de supremacia da Constituição Federal sobre as demais normas do ordenamento jurídico e, segundo a doutrina alemã, provém do conceito de unidade da ordem jurídica⁶⁸.

Luís Roberto Barroso⁶⁹, por sua vez, argumenta que o princípio em comento se justifica em razão da “independência e a harmonia entre os poderes”, elemento que fomenta debates acerca dos limites que o magistrado possui no que concerne à análise da atividade legislativa e ao conceito do princípio de separação dos poderes.

A interpretação conforme à Constituição confere aos magistrados a função de guardião da Lei Fundamental, pelo que, aqueles devem ater-se ao modelo normativo construído pelo legislador constituinte, não sendo admissível a livre discricionariedade quando do julgamento das contendas judiciais, vez que o magistrado está submetido a um conjunto de princípios e regras inscritos na Carta Magna. Partindo deste pressuposto e da ideia de harmonia e relação entre os poderes, em vez de uma separação propriamente dita, o que acarreta no afastamento de qualquer controle judicial, entende-se que Constituição é norma superior que deve condicionar as demais normas, cabendo, pois, ao Judiciário, a fiscalização do cumprimento das normas constitucionais.

No que tange aos limites da aplicação da interpretação conforme, o legislador ordinário encontra dois óbices, quais sejam: formais, concernentes aos aspectos procedimentais de

⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 1. ed., Saraiva, São Paulo, 1996. p. 178.

⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 1. ed., Saraiva, São Paulo, 1996. p. 178.

elaboração da norma, sendo que, nesse caso, a lei que respeite os procedimentos previstos será considerada vigente; e substanciais, devendo a norma infraconstitucional observar os limites substanciais exigidos pela Lei Maior, notadamente aqueles consagrados como direitos fundamentais, e que condicionam a validade da norma jurídica⁷⁰. Nesse sentido, a Carta Magna se desvela como uma estrutura normativa munida de valores básicos para a atividade estatal, valores estes que são positivados por meio de princípios constitucionais.

A função de controle de constitucionalidade da interpretação conforme reside no fato de que o julgador realiza verdadeira análise das possíveis interpretações da norma, socorrendo-se de métodos clássicos de hermenêutica. Verificada a existência de uma interpretação contrária ao texto constitucional, deve o juiz excluí-la, para escolher a interpretação tendente a evitar a possível tensão entre a norma infraconstitucional e a Constituição. Esse procedimento de fixação do sentido da norma em conformidade com a Constituição tem por objetivo a sua preservação dentro do ordenamento, evitando-se assim a anulação das normas infraconstitucionais⁷¹.

Em apertada síntese, Luís Roberto Barroso explana as características da interpretação conforme à Constituição:

- 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita.*
- 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto.*
- 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição.*
- 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.⁷²*

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. 3ª ed. Editoria Trotta, Madrid: 1995. Cap.13.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei-“Unvereinbarkeitser Klarung”- na Jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã, in Revista de Informação Legislativa a. 30 n. 118 abrjun 1993 p.64.

⁷² BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 1. ed., Saraiva, São Paulo, 1996. p. 178.

A técnica da interpretação conforme à Constituição foi efetivamente adotada, pela primeira vez, em sede das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26⁷³. O Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu, no dia 13 de julho de 2019, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, em face da alegada inércia legislativa do Congresso Nacional que, segundo o Partido Popular Socialista (PPS), autor da ação, estaria frustrando a tramitação e a apreciação de projetos legislativos apresentados com o fito de criminalizar todas as formas de homotransfobia, a fim de conferir efetiva proteção jurídico-social aos integrantes da comunidade LGBTT+⁷⁴. A Corte julgou, em conjunto com a referida ação constitucional, ajuizada pelo PPS, o Mandado de Injunção nº 4733, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT).

Nesse sentido, as ações pleitearam⁷⁵: (a) o enquadramento da homotransfobia no conceito ontológico-constitucional de racismo (Habeas Corpus nº 82.424/RS), com o intuito de criminalizar estas condutas na forma do racismo, nos termos da art. 5º, inc. XLII, da CRFB/88; (b) a declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia, determinando-se que o órgão legislativo aprove legislação criminal que puna, de forma específica, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, as condutas de praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa; (c) a fixação de prazo razoável para que o Congresso Nacional aprove a legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, sugerido o prazo de 01 (um) ano para tanto, haja vista que o debate acerca do tema tramitava perante o Congresso Nacional há aproximadamente 12 (doze) anos, na ocasião; (d) caso transcorresse o prazo fixado pela Suprema Corte sem que o Congresso Nacional efetivasse a criminalização/punição criminal específica em apreço ou caso a Corte entendesse desnecessária a fixação deste prazo, que fossem tipificadas a homofobia e a transfobia como crime(s) específico(s) por decisão do Supremo Tribunal Federal, por troca de sujeito e atividade legislativa atípica da Corte, diante da inércia inconstitucional do Congresso Nacional em fazê-lo, com vistas a dar cumprimento à ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia

⁷³ Acórdão disponível na íntegra em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>

⁷⁴ A sigla abrange os indivíduos que se identificam como lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transsexuais e transgêneros.

⁷⁵ STF - ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.

e a transfobia, superando-se a exigência de que função legiferante colmatadora fosse exercida exclusivamente pelo Parlamento; (e) a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, incluindo, mas não se limitando às ofensas, quer individuais ou coletivas, dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta da vítima, na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89) ou em outra lei que viesse a substituí-la, para punir tais condutas até que sobreviesse ato legislativo editado pelo Congresso Nacional, que efetivamente as criminalizasse; e (f) a fixação de responsabilidade civil do Estado Brasileiro, inclusive dos parlamentares responsáveis pela inércia inconstitucional do Estado como devedores solidários por serem eles os efetivamente responsáveis por tal inércia, em razão do preceito constitucional da responsabilização objetiva do Estado, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia.

O Senado Federal argumentou pela improcedência do pedido, alegando inexistir prescrição constitucional que ordene a criminalização específica de condutas homotransfóbicas, defendendo, ainda, a impossibilidade de se tipificar a homotransfobia como espécie do gênero racismo com fundamento no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS. Sustentou, também, não restar configurada a mora legislativa em razão da existência de debates sobre o tema no Congresso Nacional. Em despacho realizado no dia 9 de março de 2015, o relator da ação constitucional solicitou manifestação da Procuradoria-Geral da República sobre a admissibilidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, notadamente no que concerne ao pedido que objetivava estender, por via jurisdicional, mediante analogia, a aplicação da Lei 7.716/89 aos crimes de homotransfobia. O parecer ministerial entendeu pelo conhecimento parcial da ação constitucional, e, no mérito, pela procedência do pedido, conforme ementado:

CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR.

1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar.

2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem.
3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.
4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa.
5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente;
6. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional; e
7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.

O relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, o então Ministro Celso de Mello, acolheu o parecer do Procurador-Geral da República, julgando procedente a ação, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para:

- (a) reconhecer o estado de mora legislativa inconstitucional do Congresso Nacional em editar lei destinada a cumprir o mandamento de criminalização a que fazem alusão os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal, para fins de proteção penal aos membros da comunidade LGBTTT+;
- (b) declarar, conseqüentemente, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;
- (c) dar ciência ao Congresso Nacional acerca da omissão legislativa, para os fins e efeitos a que fazem referência o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99, isto é, para que o órgão legislativo tome as devidas providências para a colmatação da referida omissão;

(d) conferir interpretação conforme à Constituição, em face dos mandamentos constitucionais de criminalização constantes dos incisos XLI e XLII do art. 5º da Lei Maior, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais tipificados na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação específica, elaborada pelo Congresso Nacional, quer por considerar-se que as condutas homotransfóbicas configuram-se como espécies do gênero racismo, no âmbito do conceito de racismo social consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do Habeas Corpus nº 82.424/RS, visto que tais práticas importam em atos de segregação que marginalizam membros da comunidade LGBTT+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, quer, ainda, porque as condutas homotransfóbicas constituem atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e

(e) declarar que os efeitos da interpretação conforme somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.

Ainda, fixaram-se, por maioria, as seguintes teses:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2 . A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim

entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu as teses propostas. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

(STF - ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020)

Cumprir mencionar que o Ministro rejeitou a possibilidade do Supremo Tribunal Federal em tipificar crimes em similar posição de legislador positivo, por não dispor de competência legislativa para tanto. A autora da ação constitucional defendia uma excepcional atribuição de “função legislativa atípica” ao Poder Judiciário, fundado no sistema interorgânico de freios e contrapesos, o que se justificaria por ser a única forma de suprimir a situação de omissão inconstitucional de reserva legal. O Ministro Relator destacou que “em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal.”

O então Ministro Celso de Mello, ao apontar as soluções possíveis para a eliminação do estado de mora legislativa inconstitucional, além de evidenciar as obrigações inscritas nos ordenamentos de criminalização, ressaltou a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a proibição de proteção insuficiente do Estado para com a comunidade LGBTTT+. Ademais, reconheceu possível, com embasamento na jurisprudência brasileira e alemã, o controle da atividade legislativa em matéria Penal, em cumprimento à proibição de proteção insuficiente, devendo a intervenção estatal, mesmo como *ultima ratio* ser orientada pelo princípio da reserva legal proporcional.

Outrossim, no caso concreto, o Ministro pontuou que a Constituição Federal, por meio do seu art. 103, §2º, permite somente a cientificação do Congresso Nacional acerca do seu

estado de mora, para suprir o estado de omissão legislativa. Nesse sentido, Celso de Mello traz à baila que o Supremo Tribunal Federal evoluiu seu entendimento nos últimos 30 (trinta) trinta anos de sua jurisprudência no que tange às soluções para o controle de omissão inconstitucional e à definição de “prazo razoável” como parâmetro de ordem temporal, porém, pondera, acertadamente, que o “mero apelo ao legislador” tem se revelado solução inócua e objeto de desprestígio pelo Congresso Nacional, que permanece negligente no cumprimento dos mandamentos constitucionais de legislar.

Nesse diapasão, o Relator advertiu que se o Poder Legislativo, após ser notificado acerca de sua omissão pelo Pretório Excelso, deixasse de adotar as providências legislativas cabíveis dentro do prazo assinalado, daria vazão à possibilidade da Corte expedir solução jurisdicional para viabilizar o exercício de norma constitucional de eficácia limitada, nos termos da jurisprudência já fixada, como ocorreu no caso do exercício do direito de greve por servidores públicos civis discutido no mandados de injunção nº 670, 708 e 712. Na sequência, o magistrado pautou a possibilidade de enquadramento imediato das práticas de homotransfobia, mediante aplicação da interpretação conforme, no conceito de racismo definido na Lei 7.716/89, trazendo à baila o parecer da Procuradoria-Geral da República, a fim de reconhecer como crimes tipificados na referida lei as condutas homotransfóbicas perpetradas contra a comunidade LGBTTT+, ressaltando, ainda, que o Ministério Público entendeu que a aplicação da Lei 7.716/89 aos casos de homotransfobia não constitui analogia *in malam partem*.

No que concerne ao processo de interpretação dos textos legais e da Carta Magna, e diante das inúmeras “expressões semiológicas propiciadas pelo conteúdo normativo da ideia de raça”, o relator perfilhou a técnica de interpretação conforme à Constituição, no que se refere ao conceito de raça definido na Lei nº 7.716/89, e evidenciou que o processo hermenêutico se reputa imprescindível diante da inaceitável violação dos valores constitucionais da igualdade e da tolerância, que atingem a comunidade LGBTTT+.

O Ministro Relator patrocinou o entendimento de que sua decisão, por se tratar de interpretação judicial de termos contidos na lei e na Lei Maior, não configura analogia *in malam partem* e, tampouco, tipificação penal pela Corte Constitucional, posto que se limita à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos conceitos inscritos na lei penal vigente, sustentando que a homotransfobia se caracteriza como racismo social. Nesse sentido, elencou inadmissível a qualificação de sentença aditiva ao provimento jurisdicional exarado, conforme aduzia o Senado Federal, visto que um dos pressupostos de configuração de sentença aditiva seria a impossibilidade da resolução do imbróglio mediante o método de interpretação conforme à Constituição, adotado pela Corte. No caso em tela, utilizou-se o modelo de decisão de caráter

estritamente interpretativo, sem tenha se buscado reconstruir, no plano exegético, a própria noção de racismo, cujo sentido amplo e geral já havia sido delineado pela Suprema Corte no âmbito do julgamento do Habeas Corpus nº 82.424-21, o qual observou, na espécie, o próprio sentido que emanou dos debates ventilados no seio da Assembleia Nacional Constituinte.

Por conseguinte, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal firmou precedente de cunho normativo de extrema valia, que assegurou a eficácia das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ao reconhecer que o Poder Judiciário dispõe de competência para exercer função legislativa atípica mediante a adoção de interpretações diversas das leis infraconstitucionais e do próprio texto constitucional, que deve ser interpretado, com efeito, de maneira sistemática, com vistas a suprimir o estado de mora legislativa inconstitucional do Poder Legislativo, o qual, muitas vezes, fere de morte direitos fundamentais e princípios positivados pela Constituição Federal. Sem embargo, a decisão da Suprema Corte foi objeto de críticas severas por parte dos juristas, sob argumento de que a Corte Constitucional estaria extrapolando suas atribuições constitucionalmente assinaladas, e invadindo o campo de atuação primária do Poder Legislativo.

4.4. Da admissibilidade de decisões concretistas em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A prolação de sentenças de efeito normativo por parte do Supremo Tribunal Federal fomenta grande celeuma em torno das possibilidades decisórias em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da observância do princípio da separação dos poderes. Apesar de insipiente, a hipótese não é desprezada pela doutrina, apesar dos entraves decorrentes da interpretação literal do art. 103, §2º da Carta Magna. Sobre a possibilidade de do Supremo Tribunal Federal expedir provimento normativo em matéria de omissão legislativa, caso o Poder inerte não observe o prazo fixado previamente para colmatar a omissão, adverte Flávia Piovesan:

[...] a preocupação maior do controle não é atentar propriamente aos efeitos e consequências das inconstitucionalidades, mas sim, efetivamente eliminá-las, de 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.*⁷⁶

Nessa senda, o doutrinador Dirley da Cunha Jr. relata que em países nos quais sequer existem mecanismos formais de controle das omissões normativas do Poder Público, é reconhecida a possibilidade das Cortes Constitucionais suprimirem estas omissões, socorrendo-se de técnicas decisórias de efeito concretista. É o que se observa, por exemplo, no caso do “Bundesverfassungsgericht” alemão, que, em diversas ocasiões, já foi utilizado para colmatar omissões inconstitucionais mediante a adoção do instrumento de “concretização” ou “Konkretisierung”, no âmbito das reclamações constitucionais, denominadas “Verfassungsbeschwerde”. Sobre isto, dispõe Cunha Jr.:

*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.*⁷⁷

Na posição concretista, se presentes os requisitos constitucionais exigidos para o deferimento do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Poder Judiciário declara a existência da omissão administrativa ou legislativa por meio de uma decisão constitutiva, e, em seguida, implementa o exercício do direito, da liberdade ou prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente.⁷⁸ Este entendimento lastreia-se nos princípios da efetividade das normas constitucionais e da

⁷⁶PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 107-108.

⁷⁷ CUNHA JR., Dirley. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 287.

⁷⁸ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 179

concretização do princípio do acesso à Justiça.⁷⁹ Essa posição subdivide-se em: concretista geral ou individual, interessando-nos dissertar apenas sobre a modalidade geral desta posição, haja vista ser a única aplicável às ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

Essa teoria dispõe que a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional por meio de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprimida pelo Poder competente⁸⁰. Nesse sentido, insta registrar os ensinamentos de Elpídio Donizetti, que aduz:

Pela posição concretista geral, a decisão proferida em sede de mandado de injunção além de permitir o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa concedida pela norma constitucional, alcança efeitos gerais (erga omnes). Assim, o Poder Judiciário expediria uma normatividade geral, a qual ultrapassaria a figura do impetrante para alcançar todos os que estiverem em situação equivalente.⁸¹

Isto se justificaria na medida em que, se o art. 62 da CRFB/88 permite ao Presidente da República exercer, ainda que de maneira atípica, a função legislativa em casos de grande relevo e urgência, não haveria impedimento para que o Judiciário, por meio de sua Corte Constitucional, também o fizesse, se observados os critérios da razoabilidade e proporcionalidade da decisão integrativa do ordenamento jurídico. Isso pois, conforme leciona Dirley da Cunha Jr.: “o poder é único e incindível, não havendo separação de Poderes, mas, sim, separação de funções do poder político”⁸². Assim, caso caracterizada a inércia do legislador ou do administrador em exercer função normativa que lhe foi atribuída constitucionalmente, e observados os critérios da razoabilidade no caso em concreto, defende-se a possibilidade do Supremo Tribunal Federal exercer a tarefa concretizante, cumprindo a função normativa de maneira atípica por meio da expedição de provimento jurisdicional.

⁷⁹ DONIZETTI, Elpídio. Ações constitucionais: mandado de segurança; mandado de injunção, ações de controle de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC, ADPF); ação civil pública; ação popular; reclamação constitucional; ação de improbidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 124.

⁸⁰ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 179

⁸¹ DONIZETTI, Elpídio. Ações constitucionais: mandado de segurança; mandado de injunção, ações de controle de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC, ADPF); ação civil pública; ação popular; reclamação constitucional; ação de improbidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 125

⁸² CUNHA JR., Dirley. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 327.

Para exemplificar a necessidade de aplicação desta possibilidade decisória, cite-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 22⁸³, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, cujo objeto era a discussão da ausência de regulamentação das propagandas de bebidas de teor alcoólico inferior a 13° Gay Lussac, posto que a Lei nº 9.294/96 foi incapaz de atender de integralmente o mandamento constante do art. 220, especialmente o seu §4º, da Carta Magna, que prescreve:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 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 conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Em razão da inexistência de regulamentação da propaganda para bebidas de menor teor alcoólico, houve por bem a Procuradoria da República determinar a aplicação extensiva dos dispositivos previstos na Lei 9.294/96, até que a omissão legislativa fosse colmatada pelo Poder Legislativo, haja vista a necessidade de proteção da saúde pública em face dos malefícios causados ao organismo humano pelas bebidas alcoólicas. Cumpre mencionar que não haveria,

⁸³Acórdão disponível na íntegra em:<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016175>

no caso em apreço, ampla margem de discricionariedade ao legislador, porquanto lhe competiria apenas dispor sobre o conteúdo material já aventado pela norma constitucional, qual seja: a advertência dos malefícios que as bebidas de tal teor alcoólico poderiam causar à saúde de consumidores. Se a premissa se aplica à atuação do Poder Legislativo, não haveria motivos para obstar-se que o Poder Judiciário faça juízo de conveniência e oportunidade em face da ordem de legislar. No que tange à duração da omissão, conforme pontuada pela autora da ação, a norma violada pertence ao texto originário da Constituição Federal de 1988, tendo sido regulamentada, pela primeira vez, apenas em 1996, por meio da edição da Lei nº 9.294/96. Não obstante, a referida lei disciplinou somente as condições publicitárias para bebidas alcoólicas de teor *superior* a 13° Gay Lussac, inexistindo para as referidas bebidas quaisquer restrições quanto a horário de veiculação ou conteúdo das peças publicitárias, restando, portanto, caracterizada a omissão legislativa no caso em questão. Dessa forma, tem-se que a omissão legislativa perdura desde a promulgação da Carta Magna, sendo inadmissível o estado de mora na elaboração da lei faltante. Destarte, manifesta a urgência na adoção de decisão de efeito concretista ao caso em comento. Pertinente deixar consignado trecho da inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que evidencia a relevância da discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

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).

Outrossim, o proferimento de decisão de caráter normativo, neste caso, não iria de encontro a qualquer questão de natureza orçamentária, inaugurando apenas uma tensão entre os princípios da livre comercialização/expressão e da preservação da saúde pública e integridade física dos indivíduos. Configurado este conflito, caberia ao Pretório Excelso apenas exercer seu juízo de ponderação, o que já o faz em outros casos. Ainda, o Supremo Tribunal Federal também dispõe do apoio de institutos processuais que auxiliam na expedição de provimento jurisdicional normativo, notadamente a figura do *amicus curiae* ou da possibilidade de realização de audiências públicas junto à sociedade, para fins de fixação de parâmetros decisórios e democráticos para as questões levadas à sua apreciação. No caso em comento, por exemplo, ainda que não houvesse a precedente Lei nº 9.294/96, sob a qual se requeria a aplicação analógica para a omissão legislativa, poderia a Corte Constitucional proferir decisão com efeitos concretistas de solução, sob pena de que sejam perpetuado o desprestígio pelo texto constitucional, bem como os riscos à saúde da população, em virtude da ausência da regulamentação de peças publicitárias que promovam o consumo de bebidas de teor alcoólico inferior a 13º Gay Lussac. Nesse sentido, dispõe Dirley da Cunha Jr.:

*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*⁸⁴

A despeito destas considerações, em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 22, o Supremo Tribunal Federal prolatou decisão no seguinte sentido:

⁸⁴CUNHA JR., Dirley. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 284.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. REGULAMENTAÇÃO DE PROPAGANDA DE BEBIDAS DE TEOR ALCOÓLICO INFERIOR A TREZE GRAUS GAY LUSSAC (13º GL). AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO. ART. 2º 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).

Patente aludir que, passados 35 (trinta e cinco) anos desde a promulgação da Constituição Federal, ainda não há qualquer legislação que discipline restrições às peças publicitárias que promovem o consumo de bebidas alcoólicas de teor inferior a 13º Gay Lussac.

Sobre o mérito da decisão proferida, impende registrar que, apesar da existência da tripartição formal de atribuições dos Poderes, fixadas na Constituição Federal, há princípios que devem ser priorizados em detrimento da forma de organização do Estado, com o intuito de assegurar-se sua regular existência e satisfatório funcionamento, quais sejam, a supremacia da Constituição e o imperativo de efetividade de suas disposições decorrentes de sua força normativa. No caso em apreço, sequer havia sido requerida a inovação legislativa por meio de provimento jurisdicional, mas tão somente a aplicação extensiva de legislação já existente e criada pelo órgão responsável pela atuação legiferante originária, em que pese a aplicação analógica da referida lei não se revele suficiente para colmatação da omissão legislativa em comento, haja vista tratar apenas de bebidas de teor alcoólico superior a 13ª Gay Lussac. Mesmo assim, os Ministros da Corte Constitucional deliberaram pelo acolhimento da interpretação restritiva dos efeitos das decisões em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão,

permitindo, com isso, a preservação da omissão legislativa, cuja existência foi devidamente reconhecida no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, ainda que os argumentos utilizados para o afastamento da prolação das decisões concretistas girem em torno da observância do princípio da separação dos Poderes, o que se verifica, com efeito, não é a preservação de harmonia entre os Poderes. Isso porque, se existem omissões injustificáveis que inviabilizam o exercício dos preceitos constitucionais, e se estas omissões não podem ser suprimidas pela atuação legiferante do Poder Legislativo, conforme prevê a Carta Magna, instaura-se o desequilíbrio na relação entre os Poderes. Nesse diapasão, reputar-se-ia omissa também o Supremo Tribunal Federal por não exercer sua função típica de sanar as inconstitucionalidades encontradas em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Ademais, cabe destacar que, ainda que não seja órgão diretamente eleito pelo povo, é inequívoco que o Supremo Tribunal Federal exercerá função democrática toda vez que estiver diante do processo constitucional dialético de controle de constitucionalidade, evitando, assim, que influências de grupos econômicos e/ou ideológicos possam prejudicar o exercício de direitos inscritos na Constituição, cuja eficácia plena dependa da vontade dos representantes do povo no Congresso Nacional.

A interpretação literal e isolada do art. 103, §2º da Carta Magna não tem o condão de realizar a vontade da Constituição em sua inteireza, visto que não assevera que o Poder omissor, cientificado da omissão e do estado de mora legislativa, irá supri-la, inexistindo, portanto, mecanismo que assegure a efetividade das normas constitucionais, senão a adoção de provimentos jurisdicionais normativos.

Flávia Piovesan aduz que, com o fito de conciliar o princípio da supremacia da Constituição com o princípio da separação dos Poderes, somente na hipótese de não colmatação da omissão legislativa dentro do prazo judicialmente fixado, é que estaria autorizado o Supremo Tribunal Federal, se for o caso, a expedir decisão concretista provisória, a fim de viabilizar a norma constitucional cujo exercício é prejudicado em razão da inércia do Poder omissor. Essa posição estaria em conformidade com o sistema constitucional, bastando apenas uma reflexão, reitere-se, acerca do art. 62 da Carta Magna, o qual permite ao Presidente da República editar medida provisória com força de lei, manifestação categórica de uma função atípica.⁸⁵

⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 127

No mais, importa dizer que o rechaço à prolação de decisões concretistas se deve à uma interpretação equivocada e ultrapassada acerca do princípio da separação dos Poderes e o princípio democrático. Os partidários desta interpretação entendem que, em virtude daquele, o Poder Judiciário estaria, ao colmatar a omissão legislativa mediante a expedição de decisão concretista, usurpando a função legiferante do Poder Legislativo, e que os Ministros do Supremo Tribunal Federal carecem de legitimidade para editar leis em sentido amplo.⁸⁶

Ainda, para afastar esta interpretação equivocada acerca das decisões concretistas, cumpre registrar a ressalva de Dirley da Cunha Jr. no que tange aos limites do dever suplementar do Poder Judiciário, que consistem na impossibilidade de dispor o Judiciário normativamente sobre matérias constitucionais que tenham por objeto, por exemplo, projetos de Códigos, projetos de leis restritivas de direitos e projetos de leis que instituam órgãos⁸⁷

O entendimento ventilado já deveria ter sido superado, vez que a separação dos Poderes se edifica sobre a independência e a harmonia entre os órgãos do Poder Público. Daí dizer que, apesar de inexistir entre eles qualquer subordinação ou dependência no que concerne ao exercício de suas funções, a Lei Maior instituiu um mecanismo de controle mútuo, permitindo que hajam intervenções que objetivem o estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, com a finalidade de estabelecer-se o equilíbrio necessário entre os Poderes e evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro.⁸⁸

Nesse sentido, há que se superar a ideia de exclusividade no desempenho das funções que são conferidas a cada Poder, devendo existir, em vez disso, a predominância no seu exercício. Isso quer dizer que as funções legislativas, executivas e judiciárias são exercidas predominantemente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Em complemento a essas funções predominantes, denominadas de funções “típicas”, há outras, denominadas “atípicas”, que são exercidas, não primordialmente, mas subsidiariamente, por aqueles poderes como mecanismos garantidores de sua própria autonomia e independência.⁸⁹

Frise-se, ainda, que a interpretação tem importância imensurável para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição Federal. Assim, a interpretação adequada é aquela que logra concretizar, de forma plena e sistemática, o sentido da prescrição normativa,⁹⁰

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, Saraiva: São Paulo: 2008, p. 1348

⁸⁷ CUNHA Jr., Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática cit., p. 221.

⁸⁸ CUNHA JR., Dirley da. Curso de direito constitucional cit., p. 875.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 507.

⁹⁰ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991, p. 22-23.

haja vista que o conteúdo da norma interpretada apenas atinge sua plena eficácia por meio da própria atividade interpretativa.

Nesse sentido, cumpre citar entendimento perfilhado por José Afonso da Silva.

Não há de se limitar a mera ciência sem consequência. Se o Poder Legislativo não responder ao mandamento judicial, incidirá em omissão ainda mais grave. Pelo menos terá que dar alguma satisfação ao judiciário. É certo que, se não o fizer, praticamente nada se poderá fazer, pois não há como obrigar o legislador a legislar. Por isso é que, no caso de inconstitucionalidade por omissão, propugnáramos por uma decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão. A sentença normativa teria esse efeito, mas o legislador constituinte não quis dar esse passo à frente.⁹¹

Tecidas estas considerações, urge defender-se a adoção de decisões concretistas, com efeitos de solução, que, longe de vulnerar o princípio separação dos Poderes, enseja a conciliação entre a autonomia do legislador e o princípio da supremacia da Constituição, que se traduz na exigência condicional do efetivo cumprimento das cláusulas constitucionais.

Conclusão

A interpretação literal do art. 103, §2º da Constituição Federal, no que tange aos efeitos das decisões do Pretório Excelso em sede de julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, tem obstado a supressão das omissões inconstitucionais, tendo em vista que o dispositivo constitucional supracitado, se interpretado de maneira restritiva, permite apenas que o Poder Judiciário declare o estado de mora legislativa inconstitucional e cientifique o Poder omissor para que este tome as providências cabíveis para colmatá-la, carecendo a decisão de qualquer coercibilidade prática em face do Poder inerte, o que acaba por transformar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão em mecanismo inócuo de controle abstrato de constitucionalidade.

Por este motivo é que se argumenta pela possibilidade de emissão de sentenças não apenas informativas, mas também de natureza concretista conforme os contornos da violação inconstitucional verificada em cada caso concreto.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 55-56

Com isto, não se vislumbra a intenção de instaurar conflito entre os Poderes e de descumprir o princípio da separação dos poderes, mas sim de integrar o ordenamento jurídico e dotar de eficácia plena as cláusulas constitucionais de eficácia limitada da Carta Magna. Isto porque, não se pode valorizar o referido princípio, em detrimento de outros, não menos importantes, quais sejam, os princípios da supremacia e da força normativa da Constituição. Dessa forma, há que almejar-se a plena harmonia entre os Poderes, fixando-se interferências bem definidas e delimitadas de um sobre o outro, por meio do sistema de freios e contrapesos.

Dessarte, a atuação do Supremo Tribunal Federal deverá se dar no sentido de salvaguardar a eficácia normativa da Lei Maior, havendo que se valer de atuação concretizante nos casos em que restar demonstrada a mora desarrazoada do Poder omissor em editar o ato suplementar que supra a omissão inconstitucional e/ou o descumprimento das decisões da Corte Constitucional que tenham apenas notificado o Poder inerte, sem que houvesse, por parte deste, qualquer esforço para colmatar a omissão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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.

BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 191, p. 1-13, jan./mar. 1993

_____. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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: Juspodivm, 2016.

_____. Controle judicial das omissões do poder público. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Curso de direito constitucional. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008

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

DONIZETTI, Elpídio. Ações constitucionais: mandado de segurança; mandado de injunção, ações de controle de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC, ADPF); ação civil pública; ação popular; reclamação constitucional; ação de improbidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. 3ª ed. Editoria Trotta, Madrid: 1995.

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

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

MAZZEI, Rodrigo. Ações constitucionais. Org. Fredie Didier Jr. Editora Podivm – 2ª ed. rev. e atual, São Paulo: 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restrito ou limitativo no direito brasileiro. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, Saraiva: São Paulo: 2008.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo VI – 3 edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAIS, Carlos Blanco. As sentenças com efeitos aditivos em As sentenças intermédias da Justiça Constitucional, coordenador: Carlos Blanco de Moraes, Lisboa, AAFDL: 2009.

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

PELICIOLI, Angela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

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.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. Destinação e Utilidade do Mandado de Injunção. Arquivo do Ministério da Justiça. Brasília, DF, ano 44, n. 177, jan./ jun. 1991.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. O Papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas do Direito. 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Tamos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. Omissão inconstitucional. São Paulo: Max Limonada, 2018.

TOFFOLI, José Antonio Dias. 30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições – Rio de Janeiro: Forense, 2018

VILANOVA, Lourival. As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. 4ª edição. São Paulo, Editora Noeses, 2010.

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

