



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Estêvão André Cardoso Waterloo

A OMISSÃO NORMATIVA INCONSTITUCIONAL:

um estudo sobre a dinâmica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no julgamento de mandados de injunção e de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão

**Brasília
2016**

Estêvão André Cardoso Waterloo

A OMISSÃO NORMATIVA INCONSTITUCIONAL:

um estudo sobre a dinâmica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no julgamento de mandados de injunção e de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão

Dissertação apresentada ao Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, como pré-requisito à obtenção do título de Mestre em Direito - área de concentração Direito e Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Júnior.

**Brasília
2016**

Estêvão André Cardoso Waterloo

A OMISSÃO NORMATIVA INCONSTITUCIONAL:

um estudo sobre a dinâmica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no julgamento de mandados de injunção e ações diretas de inconstitucionalidade por omissão

Dissertação apresentada ao Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, como pré-requisito à obtenção do título de Mestre em Direito - área de concentração Direito e Políticas Públicas.

Aprovada em ____/____/2016.

Banca Examinadora

(Membro externo)

Para Eliane e Estêvão Filho.

AGRADECIMENTOS

Ao prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Júnior, que nos primeiros dias acadêmicos me aceitou como orientando e integrante de seu grupo de pesquisas, assegurando e conduzindo mais essa etapa da jornada que agora se encerra; ao prof. Dr. Fábio Lima Quintas, amigo de todas as horas que a vida teve a felicidade de me apresentar nos bancos da graduação, e cujos estudos avançados agora me servem de farol; à Ministra Rosa Maria Weber, pela permanente compreensão e incentivo à realização do mestrado; ao prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho e à prof. Dra. Christine Oliveira Peter da Silva, cujas orientações na fase de qualificação deste trabalho foram inestimáveis; ao amigo e colega de mestrado Fábio Luís Furrier e ao amigo e prof. Me. Rodrigo Lobo Canalli, companheiros de assessoria sempre dispostos a debater as mais diversas questões, muitas das quais aqui se colocam; ao prof. Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota e ao doutorando Thiago Santos Aguiar de Pádua, pelos ensinamentos e contribuições com a presente pesquisa; à minha mãe, Avany, incentivadora incansável de uma vida pautada no amor e nos estudos; à Eliane, esposa cujo amor e apoio incondicionais asseguram a realização dos meus projetos e sonhos; à Estêvão Filho, pela simples experiência do amor incondicional; ao meu irmão Paulo e ao meu primo Marcos Santi, juristas cujo entusiasmo por meus desafios e conquistas não encontra parâmetros; e, ainda, à Cláudia Cubas, que se dedicou a revisar o presente texto. Agradeço, por fim, a todos os meus familiares e amigos pelo apoio e, principalmente, pela compreensão quanto aos momentos em que não pude estar presente.

***“O direito deve ser estável sem ser
estático e dinâmico sem ser frenético.”***

Miguel Reale

RESUMO

WATERLOO, E. A. C. Trata-se de estudo sobre a omissão normativa inconstitucional, a partir de análise da dinâmica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal desenvolvida ao julgamento de Mandados de Injunção e Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão. Após identificar as características próprias ao julgamento dessas ações, previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e extrair o conceito de omissão normativa inconstitucional construído pelo STF, verifica-se a necessidade de melhor compreender o objeto de pesquisa. Nesse contexto, com amparo na doutrina jurídica especializada, torna-se possível observar o fenômeno como sendo uma lacuna axiológica, delimitando-se o conceito de omissão normativa inconstitucional. Respeitadas as conclusões extraídas da análise da dinâmica jurisprudencial do STF e o conceito de omissão normativa inconstitucional proposto, o estudo se encerra com a apresentação de possíveis parâmetros decisórios a serem observados por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 31, ações nas quais se aponta omissão normativa nas searas do Direito Penal e do Direito Tributário.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Processual. Omissão Normativa Inconstitucional. Mandado de Injunção. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

WATERLOO, E. A. C. The dissertation deals with the unconstitutionality in normative omission, as it is being recognized by Supreme Federal Court of Brazil in a study of cases related to the analysis of writs of 'Mandado de Injunção' and Direct Actions of Unconstitutionality by Omission. Once identified the peculiar details of these types of cases, as determined by the 1988's Federal Constitution of Brazil, and extracted the concept of unconstitutionality as the result of a normative omission that is being accepted nowadays by Supreme Federal Court, the analytical reflection about these two elements leads to a better comprehension about the dissertation's subject. Therefore, based on specialized studies of law, it is possible to see the phenomenon as an 'axiological gap', in order to redefine the understanding about unconstitutionality in normative omissions. Adopting these reflections, the dissertation finally advances to offer guidelines to the judgement of 'Mandado de Injunção' nº 4.733 and direct action of unconstitutionality by omission nº 31, two ongoing lawsuits requesting the declaration of existence of normative omissions in criminal and tax issues.

Keywords: Constitutional Law. Procedural Law. Normative Omission. Unconstitutionality. Writ of 'Mandado de Injunção'. Direct Action of Unconstitutionality by Omission. Supreme Federal Court.

Waterloo, Estêvão André Cardoso

W327 A omissão normativa inconstitucional: um estudo sobre a dinâmica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no julgamento de mandados de injunção e ações diretas de inconstitucionalidade por omissão [manuscrito] / Estêvão André Cardoso Waterloo – 2016.

209 f.

Orientador: Luís Carlos Martins Alves Jr.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília, Faculdade de Direito, 2016.

Referências bibliográficas: f. 160 - 174.

1. Direito Constitucional. 2. Omissão normativa inconstitucional. I. Título.

CDU - 34.342

ABREVIATURAS

Art. - artigo

Arts. - artigos

Cf. – confira

I.e. – *id est*

Nº - número

V.g. – *verbi gratia*

SIGLAS

ABGLT - Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC – Código de Processo Civil

DJ – Diário de Justiça

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

HC – *Habeas Corpus*

IGF – Imposto sobre Grandes Fortunas

J. – Julgado

LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais

MC – Medida Cautelar

MI – Mandado de Injunção

QO – Questão de Ordem

RE – Recurso Extraordinário

RG – Repercussão Geral

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

Introdução, p. 12

Capítulo 1 – A OMISSÃO NORMATIVA INCONSTITUCIONAL: uma leitura do magistério doutrinário, p. 24

1.1 O Mandado de Injunção

1.1.1 Origens, p. 26

1.1.2 Evolução, p. 31

1.1.3 Uma visão atualizada do *writ*, p. 37

1.1.4 Regulamentação legislativa, p. 40

1.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

1.2.1 Origem, p. 42

1.2.2 Evolução, p. 44

1.2.3 Regulamentação legislativa, p. 51

1.3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, p. 55

1.4 A omissão normativa inconstitucional, p. 61

Capítulo 2 – O MI E A ADO NA DINÂMICA JURISPRUDENCIAL: uma leitura das decisões constitucionais do STF, p. 70

2.1 Mandado de Injunção, p. 70

2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, p. 79

2.3 Elementos comuns ao MI e à ADO, p. 87

2.3.1 Correlação entre os institutos, p. 87

2.3.2 Mora legislativa inconstitucional, p. 93

2.3.3 Omissão normativa inconstitucional, p. 96

Capítulo 3 – OMISSÃO NORMATIVA INCONSTITUCIONAL, p. 103

3.1 Preceito constitucional de eficácia limitada, p. 104

3.2 Lacuna axiológica, p. 110

Capítulo 4 – O MI 4.733 E A ADO 31: uma leitura anatômica e prospectiva, p. 118

4.1 O Mandado de Injunção 4.733, p. 118

4.1.1 Pedido, p. 118

4.1.2 Fundamentos, p. 119

4.1.3 Manifestações de órgãos e autoridades, p. 123

4.1.4 Compilação das teses jurídicas, p. 130

4.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 31, p. 132

4.2.1 Pedido, p. 132

4.2.2 Fundamentos, p. 132

4.2.3 Manifestações de órgãos e autoridades, p. 136

4.2.4 Compilação das teses jurídicas, p. 137

4.3 Proposição de parâmetros decisórios, p. 138

4.3.1 Ao julgamento do MI 4.733, p. 138

4.3.2 Ao julgamento da ADO 31, p. 152

Considerações finais, p. 157

Referências Bibliográficas, p. 160

Precedentes Judiciais e outros documentos oficiais, p. 175

Apêndice A – Ações diretas por omissão propostas entre 1988 e 2015, p. 181

Apêndice B – MIs – resultados, p. 190

Apêndice C – ADOs – resultados, p. 200

INTRODUÇÃO

A dissertação comporta leitura do magistério doutrinário acerca do mandado de injunção¹ e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão², bem como da dinâmica jurisprudencial³ do Supremo Tribunal Federal, construída sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao julgamento dessas ações de controle de omissões normativas inconstitucionais.

Melhor compreendidas as possibilidades do MI e da ADO, bem como os limites à atuação do STF nas hipóteses em que configurada a omissão normativa inconstitucional, objetiva-se apresentar parâmetros decisórios ao MI 4.733 - *writ* no qual se pretende a criminalização de condutas homofóbicas⁴ e transfóbicas⁵ - e à ADO 31 - na qual se persegue a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas - IGF. Tais ações foram eleitas por versarem sobre matérias de caráter penal⁶ e tributário⁷, searas do Direito para as quais o respeito ao princípio da reserva legal⁸ consubstancia um dos alicerces da formação e manutenção do Estado, exigência de longa data presente da cultura jurídica ocidental, a exemplo da Magna Carta de

¹ CF/88. “Art. 5º [...]. LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

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

³ Adota-se o termo dinâmica no sentido da identificação, a partir da análise de casos, do movimento e das modificações na jurisprudência do STF. Dinâmica jurisprudencial, portanto, como reconhecimento e aceitação de que em determinado momento A (primeiros anos que se seguiram ao advento da CF 88), a jurisprudência se comportou de uma forma e que, em um momento B (*a priori* quando do julgamento de determinados MIs no ano de 2007), a jurisprudência passou a se comportar de modo diverso. Não é objeto da dissertação a temática da *insegurança* jurídica (em uma possível leitura de que dinâmica se opõe à estática jurisprudencial), bem como não se tem por escopo fazer comparação qualitativa entre as “modificações” na jurisprudência do STF, afastada desde já a utilização do termo evolução no contexto de melhoria.

⁴ “Rejeição ou aversão a homossexual e à homossexualidade”. Houaiss Eletrônico. Versão monousuário 2009.3.

⁵ Aversão a “quem se submeteu a um tratamento hormonal e cirúrgico para adquirir as características físicas do sexo oposto”. Houaiss Eletrônico. Versão monousuário 2009.3.

⁶ Segundo Guilherme de Souza Nucci, direito penal “é o corpo de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação.” *Código Penal Comentado*. 14ª edição, rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 5.

⁷ Consoante Sacha Calmon Navarro Coêlho, “o Direito Tributário regula e restringe o poder do Estado de exigir tributos e regula os deveres e direitos dos contribuintes, isonomicamente. Seu objeto é a relação jurídica travada entre o Estado e o contribuinte.” *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 30.

⁸ Reserva de lei em sentido formal.

1215⁹ e do *Bill of Rights*¹⁰. Inegável que a natureza das normas legais cuja edição se requer está fortemente atrelada ao princípio da legalidade¹¹, entende-se que o MI e a ADO escolhidos permitem pensar com maior sensibilidade os limites e potencialidades da jurisdição constitucional das omissões normativas. O tema é sensível e atual, razão pela qual está a merecer exame mais detido daqueles que se dedicam ao estudo das omissões normativas inconstitucionais. Consoante magistério de Gilmar Ferreira Mendes:

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno, envolvendo não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional.¹²

Através do MI e da ADO, a CF/88 foi dotada dos instrumentos necessários à superação das omissões normativas inconstitucionais, permitindo ao STF, no âmbito da jurisdição constitucional, reconhecer a inércia legislativa nas hipóteses em que preceitos da CF se encontrarem desprovidos de autoaplicabilidade, avanço do texto constitucional pátrio reconhecido por Canotilho:

⁹ Magna Carta de 1215. "Não lançaremos taxas ou tributos sem o consentimento do conselho geral do reino (*commue concilium regni*), a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis" e "Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país". Universidade de São Paulo - USP. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em 18 de ago. 2015.

¹⁰ Bill of Rights 1689. "That levying money for or to the use of the Crown by pretence of prerogative, without grant of Parliament, for longer time, or in other manner than the same is or shall be granted, is illegal" (A cobrança de tributos - arrecadação de dinheiro - pela Coroa sem a participação do Parlamento, ainda que sob o pretexto de prerrogativa, por período ou de modo diverso daquele anteriormente previsto, é ilegal - tradução livre) Yale Law School. Lillian Goldman Law Library. The Avalon Project. Documents in Law, History and Diplomacy. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp>. Acesso em 19 ago. 2015.

¹¹ FERNANDES, Eric Baracho Dore. "Por fim, o princípio da legalidade tributária (arts. 5º, II, e 150, I, da Constituição Federal) parece impedir qualquer solução de normatização em abstrato pelo Judiciário, ainda que a jurisprudência do Supremo eventualmente aceite decisões de natureza concretista em sede de ADO. A célebre frase "no taxation without representation", associada à independência norte-americana, ilustra de forma bastante clara o ideal de representatividade promovido pelo princípio em comento". *O controle Jurisdicional das Omissões Inconstitucionais no Direito Financeiro e Tributário*. In: Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas. Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.), Ano VII, nº 38, 2008. p. 54.

¹² MENDES, Gilmar F. *A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*. In: MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 975

A recente Constituição da República Federativa do Brasil tentou torcer o sentido restritivo da nossa inconstitucionalidade por omissão de duas formas: (1) através (art. 5/LXXI) da consagração do mandado de injunção sempre que a «falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; (2) através da acção de inconstitucionalidade por omissão (art. 105.º/2) [sic], por omissão de medida para tornar efectiva norma constitucional.¹³

Observa José Afonso da Silva que a CF/88, atenta à necessidade de garantir a exequibilidade de seus preceitos, preordenou a ADO e o MI¹⁴, ações constitucionais com o escopo de assegurar “eficácia e aplicabilidade de todas as normas de direitos e garantias fundamentais”¹⁵. Com efeito, consoante aponta Derly Barreto e Silva Filho, “consiste um axioma de Direito Constitucional a afirmação de que a Constituição existe para ser aplicada”, razão pela qual não se exaure “com a mera promulgação, ela impende ser efetivada, realizada, concretizada”¹⁶.

Sob tal pano de fundo, parte-se da leitura de que, no processo de conformação jurisprudencial do MI, em particular nas primeiras duas décadas¹⁷ de vigência da CF/88, o STF culminou por não emprestar ao *writ* interpretação consentânea com a finalidade¹⁸ de assegurar, de imediato, o exercício de direitos e

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, 2ª reimpressão. Edições Almedina. 2003. p. 1038.

¹⁴ Segundo Ives Gandra Martins da Silva, “a ação direta de inconstitucionalidade por omissão equivale, em nível de controle concentrado, ao mandado de injunção, no controle difuso, devendo o Poder Executivo cumprir a decisão judicial em 30 dias e o Congresso apenas ser alertado de que deve produzir novo Diploma Legal, mas sem possibilidade de estabelecimento de prazo para cumprimento da decisão”. SILVA, Ives Gandra Martins da. *Reflexões sobre o controle concentrado de constitucionalidade*. In: Revista do Advogado, Ano XXVIII, nº 99, setembro, 2008. p. 61.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ª edição. Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2012. p. 160-161.

¹⁶ FILHO, Derly Barreto e Silva. *As omissões inconstitucionais e suas implicações no regime federativo brasileiro*. In: Revista dos Tribunais, ano 84, março, vol. 713, p. 7-23, 1995. p. 8.

¹⁷ MENEZES, Bruno Paiva. “Ao longo de 22 anos, o Supremo Tribunal Federal tem julgado diversos mandados de injunção por ausência de norma definidora, mantendo a tese não concretista – limitado apenas à constituição de mora legislativa. No entanto, a partir de 2007, houve mudança de entendimento nos MI 670, 708 e 712, que solicitavam a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos federais. Nesse contexto a Corte passou para a tese concretista genérica, ou seja, estabeleceu norma regulamentadora provisória até a edição da lei pelo Congresso Nacional, com eficácia para toda a categoria.” *ATIVISMO JUDICIAL: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos*. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/13716>> acesso em 16 jan. 2015. p. 26.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. “Todas essas formulações respondiam a uma constante preocupação dos constituintes: aparelhar meios para a eficácia imediata das normas constitucionais e, por isso, se revelam de transcendental importância para a compreensão do significado do remédio acolhido no art. 5º, LXXI, da Constituição: meio de invocar a atividade jurisdicional para buscar a aplicação concreta da norma constitucional atribuidora de direitos à falta de regulamentação que lhe dê eficácia e aplicabilidade genérica.” *Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 17.

prerrogativas constitucionais carentes de regulamentação. Exemplifica a prévia ilação o julgamento da questão de ordem no MI 107¹⁹, oportunidade em que o STF, embora tendo reconhecido a autoaplicabilidade do *writ* e a sua natureza mandamental²⁰, ao assemelhar o MI à ADO, limitou a eficácia²¹ da decisão pela qual se reconhece a omissão normativa inconstitucional à declaração da mora do legislador²².

Observados julgamentos mais recentes, *v.g.* o do MI 943²³, em que se discutiu a omissão normativa quanto à regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional, depreende-se que houve sensível modificação na jurisprudência do STF quanto às possibilidades decisórias no bojo do MI, não somente no que tange à

¹⁹ “EMENTA: Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua autoaplicabilidade, ou não. - Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte - que está devidamente definida pelo artigo 102, I, q - auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator.” STF. Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. em 23.11.89, DJ 21.09.90.

²⁰ Desde o exame dos primeiros MIs houve a defesa – nos primórdios corrente minoritária no STF - da natureza constitutiva das decisões proferidas no *writ* - além da mandamental e da declaratória - e, portanto, da possibilidade de se assegurar, de plano, o exercício do direito obstado pela omissão legislativa. Nesse sentido, por exemplo, os votos dos Ministros Carlos Velloso, Célio Borja e Marco Aurélio proferidos no MI 232 e o voto do Ministro Ilmar Galvão, ao julgamento do MI 284.

²¹ MENDES, Gilmar F. “O Supremo Tribunal Federal deixou assente, na decisão proferida no Mandado de Injunção n. 107, da relatoria do Ministro Moreira Alves, que a Corte deve limitar-se, nesses processos, a declarar a configuração da omissão inconstitucional, determinando, assim, que o legislador empreenda a colmatação da lacuna. Tal como a decisão proferida na ação direta por omissão, a decisão tem, para o legislador, caráter obrigatório. Ambos os instrumentos buscam a expedição de uma ordem judicial ao legislador, configurando o chamado Anordnungsklagerecht (“ação mandamental”) de que falava Goldschmidt.” In: MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. Editora Saraiva. São Paulo/SP, 2013. p. 1171.

²² MACEDO, Elaine Harzheim; MARTINS, Michelle Fernanda. “Entretanto, apesar da essencialidade de tal instituto, o STF, durante mais de quinze anos, entendeu majoritariamente que o mandado de injunção tinha uma função meramente declarativa, devendo restringir-se, quando concedido, a comunicar ao Poder Legislativo que esse se encontrava em mora regulamentadora, o que acabou diminuindo/extinguindo a eficácia do mandado de injunção.” *A eficácia do mandado de injunção: doutrina e perspectivas jurisprudenciais*. In: Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76868>>. Acesso em 22 mar. 2015.

²³ STF. MI 943. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 06.02.13, DJe 02.05.13.

adoção da tese concretista²⁴ do *writ*, mas também acerca da ampliação dos limites das decisões nele proferidas. Na lição de Bruno Paiva Menezes:

Verifica-se, dessa forma, que o STF se afasta claramente de sua posição inicial, não concretista, passando pela concretista individual e chegando ao outro extremo, a tese concretista genérica (com eficácia erga omnes). Sua posição, inicialmente firmada no sentido de se limitar apenas à declaração da existência da mora legislativa, mudou para a edição de norma regulamentadora específica, ou seja, saltou de posição amplamente respeitadora da separação dos Poderes para a criação de regulamentação provisória pelo próprio Judiciário.²⁵

Já em relação à ADO parte-se da leitura de que o STF tem mantido sua jurisprudência alinhada ao comando do § 2º do artigo 103 da CF, preceito constitucional que restringe²⁶ a atuação do STF – na hipótese de reconhecimento da omissão normativa inconstitucional e desde que não se trate de autoridade administrativa - a tão somente dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, desprovido o STF de poderes jurisdicionais para compelir o legislador a abandonar a inércia legislativa²⁷, bem como impedido, à luz do

²⁴ A jurisprudência do STF firmada ao exame do MI 107 QO encampou a visão “não concretista” do MI. Em linhas gerais, tal postura defende a impossibilidade, ainda que reconhecida a omissão normativa inconstitucional, de se concretizar o exercício do direito ou prerrogativa no bojo do *writ*. No mesmo período, forçoso reconhecer que o STF, em casos específicos, buscou emprestar maior efetividade ao *writ*, a exemplo do que decidido no MI 283, versando sobre indenização aos aeronautas, sem, contudo, “concretizar” o direito. Já na jurisprudência atual verifica-se que o STF encampa a tese concretista do MI, especialmente após o julgamento dos MIs 670 e 721.

²⁵ MENEZES, Bruno Paiva. *ATIVISMO JUDICIAL: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos*. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/13716>> acesso em 16 jan. 2015. p. 26.

²⁶ SILVA, José Afonso da. “A Constituição de 1988 foi abeberar o instituto no art. 283 da Constituição portuguesa. Prevê autoridades, pessoas e entidades que podem propor a ação direta visando à declaração da omissão. Foi tímida, no entanto, nas consequências do seu reconhecimento. Apenas dispôs, no § 2º do art. 103, que, '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'.” *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ª ed. Malheiros. São Paulo, 2012. p. 179.

²⁷ SILVA, José Afonso da. “A Constituição não resolveu completamente, o crucial problema da eficácia da decisão que reconhece a omissão constitucional. E o que se pode ver do art. 103, § 2º, que estatui: ‘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 questão como se vê ficou em aberto em relação ao legislador. Parece, assim, que também perdura o princípio por nós assinalado de outra feita, qual seja, o de que não se pode constranger o legislador a legislar, nem mesmo naqueles casos em que lhe é prefixado prazo, embora a sua omissão já seja sindicável e controlável jurídica e jurisdicionalmente. E certo que a decisão judicial pode constrangê-lo moralmente e pode gerar precedentes e costumes constitucionais no sentido do atendimento do julgado. Por outro lado, não deverá surgir aqui nenhuma possibilidade de co-legislação pelo STF no julgamento da inconstitucionalidade por omissão, pois não poderá emitir sentença normativa substitutiva da atuação do legislativo. Sua ação legislativa poderá aparecer apenas na medida em que sua decisão venha a estimular o legislador a cumprir seu dever de legislar.” *Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema*. In: Interesse Público. Ano 5, nº 25, maio/junho de 2004, p. 13-20. Porto Alegre: Notadez. p. 19.

preceito constitucional de regência, de inovar no ordenamento jurídico em substituição ao legislador.

Entretanto, decisões mais recentes, a teor do que decidido na ADO 23²⁸, em que se assegurou aos Estados e ao Distrito Federal, por medida liminar, o repasse, pela União, das verbas do Fundo de Participação dos Estados – FPE, apontam tendência de modificação da jurisprudência quanto aos limites da atuação do STF também em ADO, constatação que se torna particularmente sensível quando se observa não ter havido alteração do art. 103, § 2º, da CF, preceito cuja redação é originária no texto constitucional.

Em síntese, infere-se que nos primeiros vinte anos da vigência da CF/88, o provimento jurisdicional passível de ser obtido no âmbito do STF na hipótese de omissão normativa inconstitucional estava limitado à declaração da inércia legislativa do Poder, órgão ou autoridade competente para editar a legislação faltante.

Tal postura tem em sua conta, dentre outras causas²⁹ elegíveis, e no que importa ao presente estudo, o fato de o MI e a ADO serem institutos completamente novos³⁰ e pouco conhecidos, situação agravada pela introdução de tais ações constitucionais no ordenamento jurídico então inaugurado sem o acompanhamento das respectivas leis regulamentadoras^{31 32}, a provocar dissonâncias tanto na doutrina quanto na praxe do STF, a exigir maior cautela na construção jurisprudencial dos institutos. Nessa linha o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, ao assentir que:

O constituinte de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade da omissão. Como essas inovações não foram precedidas de estudos criteriosos e de

²⁸ STF. ADO 23. Decisão proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente), *ad referendum* do Tribunal Pleno, Relator Ministro Dias Toffoli, J. 24.01.13, DJe 1º.02.13.

²⁹ Dentre outras diversas causas elegíveis e não menos importantes, a exemplo da própria compreensão do STF acerca do seu papel no contexto da separação dos Poderes.

³⁰ Versando sobre as Constituições brasileiras anteriores, Ingo Sarlet afirma que “não há dispositivo nas Constituições anteriores que sejam equivalentes ao mandado de injunção”. SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentário ao artigo 5º, LXXI*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; (coords.), *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 480.

³¹ O Projeto de Lei 6.128/09, que regulamenta o mandado de injunção, atualmente aguarda apreciação no Senado Federal.

³² A regulamentação da ação direta por omissão se operou em 2009, com o advento da Lei 12.063, em alteração da Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF.

reflexões mais aprofundadas afigura-se compreensível o clima de insegurança e perplexidade que elas acabaram por suscitar nos primeiros tempos.³³

Na última década, consoante já alinhavado, identifica-se que a postura de autocontenção³⁴ por parte do STF passa a sofrer temperamentos, abandonando o STF, em alguns casos, a sua forma de atuação essencialmente negativa – limitada à declaração da inércia legislativa. É observável, na quadra recente, que o STF passa a se preocupar com a garantia efetiva³⁵ do exercício do direito ou liberdade, atento ao fato de que o legislador muitas das vezes não se desincumbe satisfatoriamente do seu dever de colmatar omissões normativas – em particular naquelas hipóteses em que já declarada a mora legislativa inconstitucional -, admitindo com maior frequência o papel de protagonista na concretização dos preceitos constitucionais dependentes da *interpositio legislatoris*.

Corroboram referida observação os debates ao julgamento do MI 670³⁶, em que deferido o mandado de injunção para suprir a omissão legislativa mediante a aplicação da lei de greve³⁷ da iniciativa privada ao setor público. Ao registro de que tanto o MI quanto a ADO são ações constitucionais cujas decisões possuem caráter mandamental, veiculadoras da pretensão de “ordem judicial dirigida a um outro órgão do Estado”, concluiu-se que determinados estados continuados de inércia legislativa, mesmo após instado o Poder Legislativo pelo Judiciário, podem configurar “uma espécie de omissão judicial” a exigir que o STF assumira o “protagonismo legislativo”³⁸. A teor do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

³³ MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. *Comentário ao artigo 103*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; (coords.), *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1416-1417.

³⁴ No que tange à ADO entende-se não ter havido autocontenção propriamente dita por parte do STF, mas, sim, estrita observância dos limites impostos no art. 103, § 2º, da CF.

³⁵ MENDES, Gilmar F. “[...] sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao mandado de injunção. As decisões proferidas nos Mandados de Injunção números 283 (BRASIL, 1991c), 232 (BRASIL, 1992a) e 284 (BRASIL, 1992b) sinalizam para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial.” *O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa*. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 13 n° 100 Jul/Set 2011. p. 177.

³⁶ STF. MI 670. Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, J. 25.10.07, DJe 30.10.08.

³⁷ Lei 7.783/89.

³⁸ Conforme voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670. Em sentido contrário, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “não recuo das objeções que pus, desde o ‘leading case’ do MI n° 107, ao que hoje o Ministro Gilmar Mendes chamava um ‘protagonismo legislativo do Supremo Tribunal Federal’ a utilizar-se, a mancheias, do mandado de injunção para substituir-se ao Congresso. Muitas vezes a

[...] o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.³⁹

Noutro turno, mesmo partindo da premissa de que o entendimento doutrinário atual aponta para a ausência de preceitos constitucionais desprovidos de algum nível de eficácia, particularmente na seara dos direitos fundamentais⁴⁰, ainda assim não se pode afastar a conclusão de que há comandos constitucionais cuja aplicabilidade – a plenitude da eficácia – demanda, necessariamente, a atuação do legislador. A mera presença do MI e da ADO na CF/88 consubstancia a um só tempo o reconhecimento do Constituinte de que o texto constitucional contém preceitos desprovidos de exequibilidade imediata e que o legislador ordinário, indevidamente, poderia deixar de lhes dar concretude.

Tem-se, assim, que a compreensão acerca da aplicabilidade dos dispositivos constitucionais – das categorias eficaciais - pode influenciar o reconhecimento dos preceitos que contenham comandos impositivos ao legislador, e, por conseguinte, a identificação das próprias omissões normativas inconstitucionais, razão pela qual necessário melhor compreender e identificar as eficácias dos comandos constitucionais, tarefa nada simples, consoante magistério de José Afonso da Silva:

Não é fácil determinar um critério, para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena daquelas de eficácia contida ou limitada. Constitui mesmo, esse, um problema tormentoso de interpretação das normas constitucionais, e a sua solução se reveste, não obstante, de grande importância prática.⁴¹

Sem embargo, reconhece-se a necessidade e a importância do suprimento das omissões normativas inconstitucionais como forma de assegurar aplicabilidade a determinados preceitos da CF/88, empreendimento que merece o esforço conjunto dos Poderes do Estado, porquanto culmina na concretização cada vez maior do

demora do processo legislativo não é um problema de inércia, não é um problema de falta de vontade de legislar; é a impossibilidade política de chegar-se a uma fórmula aceita. E isso é do jogo democrático. E isso é, sobretudo, a grande virtude do processo legislativo democrático”.

³⁹ Voto do Ministro Celso de Mello no MI 670.

⁴⁰ Podem ser os direitos fundamentais, a exemplo de Canotilho, concebidos como “direitos dotados de força normativa autônoma contra ou na ausência do legislador”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos — O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas*. In: *As Garantias do Cidadão na Justiça*. Coord. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Editora Saraiva. São Paulo. 1993. p. 359.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 152.

programa contido na CF/88, projeto da nação – enquanto desejo das gerações passadas, presentes e futuras – que aponta, em tese, para um estágio mais avançado de desenvolvimento da sociedade brasileira.

Contudo, entende-se que a busca pela concretização dos direitos e prerrogativas assegurados no texto constitucional, paulatinamente ampliada com o empréstimo cada vez maior de eficácia a seus preceitos, não está livre da observância de parâmetros, cumprindo à jurisdição constitucional somente ser instaurada nas hipóteses em que, de fato, tem-se a configuração do fenômeno da omissão normativa inconstitucional. Observa-se, portanto, com reservas⁴² o processo de reconhecimento judicial de vácuos obstativos no ordenamento jurídico⁴³. No magistério de Fábio Lima Quintas:

[...] o controle de constitucionalidade das omissões legislativas inconstitucionais vem a preencher diversas funções no delicado sistema de controle de constitucionalidade, que não pode ser reduzido a uma simples censura ao legislador, mas que não se rende à perspectiva unidimensional da necessidade da tutela do direito (cuja configuração é incerta, até pela falta de norma).⁴⁴

E a temática do controle das omissões normativas inconstitucionais ainda está longe de encontrar consenso na doutrina e na jurisprudência, permeada de compreensões diametralmente opostas até mesmo com relação aos institutos do MI e da ADO. Nas palavras de Francisco Fernández Segado:

⁴² COELHO, Inocêncio Mártires. “Diante desse quadro, não soa descabida a advertência de que estamos caminhando para uma onipotência judicial ou, se preferirmos, para um novo governo dos juízes, em que as grandes decisões políticas, como já acentuado, vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o do Poder Judiciário.” *Interpretação Constitucional*. 4ª ed. Editora Saraiva. 2011. P. 177

⁴³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Pois, com efeito, diante da realidade de um ordenamento jurídico como o brasileiro, repleto de textos normativos abertos e de juízes que, mesmo diante de textos fechados, são capazes de argumentar para criar exceções a eles, é difícil sustentar um conceito de segurança jurídica como aquele que acabamos de mencionar. E fazê-lo seria dar a impressão de que o direito simplesmente não funciona a contento. Há muito tempo a teoria do direito tem mostrado que, mesmo diante de textos fechados, os juízes encontram espaço para criar interpretações com fundamento em justificativas que extrapolam uma interpretação meramente literal dos mesmos. Por essa razão, a presença de textos abertos ou fechados não cria empecilhos para a ação criativa dos juízes. Tal conhecimento acumulado no campo teórico, no entanto, ainda não foi mobilizado para repensar o conceito de segurança jurídica, o que resulta em pouco impacto sobre o debate público, apesar da centralidade da questão. Este texto pretende caminhar justamente nesse sentido.” *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Editora FGV, 1ª ed. São Paulo, 2013. p. 185.

⁴⁴ QUINTAS, Fábio Lima. *O Mandado de Injunção Perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2013. p. 291.

A problemática relativa ao controle de constitucionalidade das omissões legislativas é considerada como uma das mais tormentosas e fascinantes questões de direito constitucional do nosso tempo. Não surpreende que um dos principais desafios enfrentados pela doutrina jurídica diga respeito à fiscalização da inércia do legislador.⁴⁵ (tradução livre)

Quanto ao MI, por exemplo, ainda hoje há posicionamentos (doutrinários e jurisprudenciais) que vão desde a atribuição do papel de protagonista na concretização de direitos e prerrogativas constitucionais, com a possibilidade de exercício pelo STF da função normativa⁴⁶, até a sua subsidiariedade em relação à ADO⁴⁷, havendo mesmo quem sustente a completa desnecessidade⁴⁸ do *writ*, oscilação que igualmente se constata quanto ao papel desempenhado pela ADO⁴⁹.

⁴⁵ SEGADO, Francisco Fernández. “La problemática relativa al control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas ha sido considerada como uno de los más tormentosos y a la par fascinantes temas del Derecho constitucional de nuestro tiempo. No ha de extrañar que así se visualice si se atiende a los grandes retos que a la dogmática jurídica plantea la fiscalización de las inacciones del legislador.” *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas - algunas cuestiones dogmáticas*. In: Direitos Fundamentais & Justiça - PUCRS. Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro (coords.), HS Editora Ltda, Ano 3 - n° 7, p. 47-80, Abr./Jun., 2009. p. 47.

⁴⁶ BRITTO, Carlos Ayres: “Verdade é que não se pode obrigar o legislador a legislar. Mas, ainda aqui, a Lei Republicana de 1988 contém eficaz remédio para tal inapetência legiferante. Por isso que aviu o receituário do mandado de injunção, de modo a possibilitar ao Poder Judiciário preencher o vácuo de legislação com um tipo de sentença que, excepcionalmente, se define como de aplicação primária da Constituição (sem a intercalação da lei, portanto)”. *O humanismo como categoria constitucional*. 1ª reimpressão. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010. p. 105.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. “Cabe perguntar: quais as diferenças e semelhanças entre injunção e inconstitucionalidade por omissão? Quanto a nós — mas a nossa opinião será submetida à disputabilidade intersubjectiva — os dois institutos têm pressupostos diferentes: 1) A inconstitucionalidade por omissão insere-se nas chamadas acções de inconstitucionalidade, promovidas, de forma abstracta, por certas e determinadas entidades individualizadas no art. 103; o mandado de injunção configura-se como uma espécie de acção constitucional individual de defesa de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. 2) Consequentemente, a acção de inconstitucionalidade por omissão é, fundamentalmente, uma acção de garantia da Constituição; o mandado de injunção é, essencialmente, uma acção de defesa de garantias individuais. 3) A inconstitucionalidade por omissão pode ser desencadeada sempre que haja omissão de medidas para tornar efectiva norma constitucional, isto é, qualquer norma constitucional quer diga ou não respeito a direitos e liberdades; o mandado de injunção pressupõe a existência de um direito ou liberdade individual e a lesão deste direito quando o interessado não puder exercê-lo por falta de regulamentação adequada. 4) O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão podem sobrepor-se nos casos em que a omissão diga respeito à ausência de medidas adequadas para tomar exequíveis normas constitucionais consagradoras de direitos e liberdades.” *Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos - O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas*. In: As Garantias do Cidadão na Justiça. Coord. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Editora Saraiva. São Paulo, 1993. p. 356.

⁴⁸ Luís Roberto Barroso chega a afirmar que, “no contexto atual do constitucionalismo brasileiro, o mandado de injunção tornou-se uma desnecessidade, havendo alternativa teórica e prática de muito maior eficiência”. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. Saraiva. São Paulo, 2006. p. 112.

⁴⁹ MENDES, Gilmar F. “Registre-se que as decisões adotadas a propósito da revisão salarial anual (as quais ocupam boa parte das acções diretas por omissão ajuizadas nos últimos anos) parecem ter dado ensejo a iniciativas legislativas no âmbito federal e estadual, o que pode revelar alguma vitalidade para um instituto até então condenado a uma certa letargia ou ineficácia, se for considerada a sua história no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.” In: MENDES, Gilmar F.;

Com acuidade, Gilmar Mendes ressalta as dissonantes concepções acerca das duas ações constitucionais de controle de omissões normativas. Destaca Gilmar Ferreira Mendes que:

A adoção do mandado de injunção e do processo de controle abstrato da omissão tem dado ensejo a intensas controvérsias. O conteúdo, o significado e a amplitude das decisões proferidas nesses processos vêm sendo analisados de forma diferenciada pela doutrina e pela jurisprudência.⁵⁰

A agudeza da controvérsia é reafirmada pelo precitado autor ao comentar que, embora a comunidade jurídica tenha se debruçado sobre as questões que envolvem o tema da omissão normativa inconstitucional, não se pode esperar solução em curto prazo, demonstrando, assim, a atualidade e a relevância do estudo, bem como a abertura para novas contribuições.

Não obstante o hercúleo esforço da doutrina e da jurisprudência, muitas questões sobre a omissão inconstitucional continuam em aberto, ou parecem não ter encontrado, ainda, uma resposta adequada. Sem querer arriscar uma profecia, pode-se afirmar, com certa margem de segurança, que elas hão de continuar sem uma resposta satisfatória ainda por algum tempo!⁵¹

Nesse diapasão, com o intuito de enfrentar de modo adequado a temática das omissões normativas inconstitucionais, estrutura-se a presente dissertação em 4 capítulos. No capítulo 1 faz-se uma leitura do magistério doutrinário acerca da omissão normativa e dos institutos do MI e da ADO. Abre-se, ainda, e de forma breve, tópico sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental⁵² – ADPF, porquanto ação constitucional pela qual igualmente o STF tem sido provocado a se manifestar em sede de omissões normativas.

Por se turno, o capítulo 2 se ocupa da dinâmica jurisprudencial ao julgamento de MIs e ADOs, em que, a partir da análise de casos, se extrai o entendimento do STF acerca das ações em apreço, com especial atenção aos elementos configuradores da omissão normativa inconstitucional na jurisprudência.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. Editora Saraiva. São Paulo/SP, 2013. p. 1165.

⁵⁰ MENDES, Gilmar F. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. *Revista Jurídica da Presidência Brasília* v. 13 n° 100 Jul/Set 2011. p. 167.

⁵¹ MENDES, Gilmar F. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. In: MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. Editora Saraiva. São Paulo, 2013. p. 1152.

⁵² CF/88. Art. 102. "Parágrafo único. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei." Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3/93.

Apresentam-se, ainda, balizas pelas quais conformadas as ações constitucionais, limites à atuação do Tribunal⁵³ e a correlação estabelecida entre a ADO e o MI à luz dos casos analisados.

O capítulo 3, partindo da constatação de que insuficientes os elementos extraídos da jurisprudência do STF à adequada identificação do fenômeno da omissão normativa, examinam-se mais dois elementos reputados indispensáveis ao reconhecimento da omissão normativa inconstitucional, quais sejam: i) a classificação da eficácia dos preceitos constitucionais, com base no magistério de José Afonso da Silva, e ii) as espécies de lacunas, à luz da formulação hermenêutica proposta por Fábio Lima Quintas.

Por fim, no capítulo 4, em leitura “anatômica”, dissecam-se os pedidos, fundamentos e manifestações de órgãos e autoridades apresentados no MI 4.733 e na ADO 31, a fim de viabilizar a proposição de parâmetros decisórios a essas duas hipóteses, pelo prisma dos elementos configuradores da omissão normativa inconstitucional e dos limites à atuação do STF identificados nos capítulos precedentes.

⁵³ Não é objeto desta dissertação abordar a temática do ativismo judicial, considerando que os limites à atuação do STF aqui referidos dizem respeito exatamente aos já estabelecidos pelo próprio Tribunal e que serão extraídos da análise da jurisprudência. Registra-se, de qualquer sorte, a compreensão de que o fenômeno do ativismo judicial – entendido como particular postura ou atitude do julgador – já se encontra instalado na praxe judicial brasileira e, por consectário lógico, refoge do presente trabalho qualquer exercício de valoração do ativismo judicial. Ainda, na lição de Luís Roberto Barroso, a distinção entre ativismo judicial e judicialização (da política por exemplo): “A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 22 de jul. 2015. p. 6.

CAPÍTULO 1

A OMISSÃO NORMATIVA INCONSTITUCIONAL: uma leitura do magistério doutrinário

O estudo da omissão normativa inconstitucional não prescinde da apresentação, à luz da doutrina, das ações constitucionais dedicadas pela CF/88 ao seu reconhecimento e sujeição a controle, especialmente se considerado que o entendimento acerca do MI e da ADO – finalidades e possibilidades⁵⁴ - não somente ainda comporta compreensões diversas, como também pode oscilar na esteira da jurisprudência, a fim de se amoldar ao que pacificado pelo STF. Nesse sentir, a seguinte constatação de Vanice Lírio do Valle:

O tema da injunção é exemplo típico em que a doutrina, diante de uma posição conservadora inicial do STF, acomodou-se com a negação às potencialidades do instituto. Foi a Corte, que num importante exercício de autocrítica, reformulou seu pensamento, em louvável *overruling* da prática anterior. Cumpre agora a essa mesma doutrina, prosseguir no pensamento sistematizador assumindo seu possível papel como autor dos referidos personagens.⁵⁵

Bem ratifica a assertiva acima reproduzida, o seguinte trecho do debate estabelecido entre os Ministros Moreira Alves e Marco Aurélio ao julgamento do MI 283:

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Conforme o caso concreto, as indenizações poderão ser diferentes. E este Tribunal não está concretizando nada. Aliás, a doutrina nacional já está recuando. O Professor Caio Tácito, por exemplo, em escrito recente sustenta que a orientação do Supremo, no seu entender, está correta. O Professor Arruda Alvim, em São Paulo, que de início era favorável à tese de V. Exa., converteu-se à da maioria desta Corte.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Porque inglória a sustentação doutrinária contra os precedentes do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra sobre a ordem jurídica.

⁵⁴ Consoante Gilmar Ferreira Mendes “a principal problemática da omissão do legislador situa-se menos na necessidade da instituição de determinados processos para o controle da omissão legislativa do que no desenvolvimento de fórmulas que permitam superar, de modo satisfatório, o estado de inconstitucionalidade”. MENDES, Gilmar F. *Objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* II. In: Repertório de Jurisprudência – IOB, Caderno 1, nº 12, Tributário, Constitucional e Administrativo, 2ª quinzena/Jun., 2001. p. 333.

⁵⁵ VALLE, Vanice Lírio do. *Mandado de Injunção, um enredo em andamento: seis personagens à procura de um autor*. In: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 13, nº 51, p. 155-186. jan./mar. 2013. p. 185.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Não é ingloria por essa razão, mas porque, em casos como este, não se pode chegar a uma concretização do direito como pretendia ela [...]”⁵⁶

Mas, em linhas gerais, com maior ênfase na última década, os institutos do MI e da ADO – o modelo de controle de omissões normativas implementado ao advento da CF/88 -, têm rendido encômios das doutrinas pátria e alienígena, em que pese à constatação de limitações, reiteradamente apontadas as ações constitucionais em apreço como efetivo avanço no sistema jurídico brasileiro em termos de superação da inércia do legislador. Nesse sentido, José Julio Fernandez Rodríguez:

[...] sem qualquer dúvida, a adoção em 1988 de uma nova Constituição, texto que incorporou novos mecanismos, permitem colocá-la, tecnicamente falando, entre as mais avançadas do mundo.⁵⁷ (tradução livre)

Outra não é a lição de Carlos Blanco de Moraes, para quem o controle das omissões constitucionais desenvolvido no Brasil, embora comporte controvérsias, especialmente no tange ao alcance⁵⁸ das sentenças proferidas pelo STF, atualmente se apresenta como paradigma no direito comparado:

A ordem jurídica brasileira de 1988 recebeu originariamente a influência portuguesa da Constituição de 1976 relativamente ao controlo abstracto da inconstitucionalidade por omissão. Contudo, a evolução do mesmo tipo de controlo no plano constitucional, legal e jurisprudencial, projectou-o muito para além da matriz lusitana, tendo a prática desenvolvida nos últimos 10 anos gerado um dos “modelos” de direito comparado mais “avançados” e controversos na tutela das omissões inconstitucionais.⁵⁹

E, igualmente, a afirmação de Giancarlo Rolla:

No entanto, a experiência mais notável está no Brasil. O artigo 103.2 da Constituição de 1988 prevê que uma vez verificada a omissão de Poder do Estado, que tenha o efeito de tornar norma constitucional ineficaz, o Supremo Tribunal deve instar o Poder responsável a emitir o ato, sendo permitido, em caso de órgão da administração, fixar o prazo de 30 dias para o seu cumprimento. No caso em que a omissão obsta o gozo de um direito fundamental, há previsão de instituto particular, o mandado de injunção,

⁵⁶ MI 283. Notas Oraís.

⁵⁷ RODRÍGUEZ, José Julio Fernandez. “En este crecimiento ha jugado un papel de relieve, sin ningún género de dudas, la aprobación en el año 1988 de una nueva Constitución, un texto que ha tratado de incorporar novedosos mecanismos que permiten situarla, tecnicamente hablando, entre las más avanzadas del mundo.” *La Inconstitucionalidad por Omisión en Brasil*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Centro de Estudos, 203-230, nº 43, 1995. p. 208.

⁵⁸ Bem destaca Solon Sehn que “o grande debate em relação ao mandado de injunção está no conceito de omissão legislativa e, sobretudo, no alcance e efeitos do instituto”. SEHN, Solon. *O Mandado de Injunção e Controle das Omissões Legislativas*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 36 | p. 236-252 | Jul / 2001 | DTR\2001\274. p. 240.

⁵⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. *O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?* In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 20, p. 153-227, vol. 78, jan.-mar. IBDC, RT, 2012. p. 155.

encontrado no artigo 5, c.71 da Constituição, com o objetivo de suprir a falta de normas regulamentares relativas a direitos e liberdades constitucionais, nacionalidade, soberania e cidadania. Trata-se de controle de constitucionalidade do tipo concreto, a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal [...].⁶⁰ (tradução livre)

Assim, sem negar o reconhecimento do avanço pela doutrina, mas observando que o controle da omissão normativa inconstitucional comporta espaços de dúvida, sistema em construção⁶¹ no Brasil e em diversos países que adotam um texto fundante como ápice de seus ordenamentos jurídicos e que se preocupam com a efetivação dos comandos neles consagrados, faz-se incursão mais detalhada pelo prisma doutrinário.

1.1 O Mandado de Injunção

1.1.1 Origens

A origem do instituto, como sói ocorrer com quase todos os aspectos que o envolvem, não encontra consenso na doutrina, havendo compreensões que buscam aproximá-lo da *injunctio* norte-americana, outras do *writ* do Direito inglês, e, ainda, aquelas que defendem o MI como novidade sem precedentes, ação *sui generis*⁶²

⁶⁰ ROLLA, Giancarlo. “Sin embargo, la experiencia mas notable es la de Brasil; el artículo 103.2 de la Constitución de 1988 establece que una vez que el Tribunal Federal Supremo haya verificado la existencia de una omisión por parte de un poder del Estado, que tiene como efecto el volver ineficaz una norma constitucional, se insta al poder que no ha cumplido a la emisión del acto, y si se trata de un órgano de la administración, el tiempo previsto para tal cumplimiento es de 30 días. En el caso de que la omisión tenga por objeto el goce de un derecho fundamental, está prevista una institución particular, el mandado de injunção, que se encuentra en el artículo 5, c.71 constitucional, que establece el mandado como remedio a la falta de normas reguladoras relativas a los derechos y a las libertades constitucionales y a la nacionalidad, la soberania y la ciudadanía. Se trata de un control de constitucionalidad por omisión, de tipo concreto, que puede ser ejercitado por el Tribunal Federal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia y por todos los órganos jurisdiccionales, sean éstos militares, electorales, del trabajo o federales.” *La tutela directa de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales*. In: Anuario Iberoamericano de Justicia, núm. 11, p. 301-326, Madrid, 2007. p. 320.

⁶¹ Vanice Regina Lírio do Valle aponta que “a cunhagem de um sistema de jurisdição constitucional apto a enfrentar, de maneira eficaz e ao mesmo tempo democrática, o problema da omissão legislativa constitui verdadeira obra em construção, no Brasil e no mundo. Mas a mesma frase de resto se pôde e ainda pode aplicar à jurisdição constitucional brasileira como um todo que no curto espaço de 20 anos recém completos de vigência da Carta de Outubro se reinventou, reacomodando-se como sistema, sempre no caminho de garantia máxima do texto constitucional, em meio ao verdadeiro ‘laboratório’ na temática do controle de constitucionalidade que Fernández Segado já identificava na América Latina”. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais*. In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jan./mar. 2009.

⁶² Patrícia Micheli Folador ensina que “A origem etimológica da palavra procede do latim *injunction*, *onis*, que significa “ordem formal”, “impugnação”. Não há consenso na doutrina acerca da origem

própria da experiência brasileira, que não se assemelha a outros institutos jurídicos. Sem desconhecer outros posicionamentos, a apontar semelhanças entre o MI e institutos previstos em outros ordenamentos jurídicos, v.g. português, alemão, mexicano, e iugoslavo, bem sintetiza a discussão o magistério de José Julio Fernandez Rodríguez:

O nascimento desta figura se deu no mundo jurídico anglo-saxão, tão influente em certos aspectos na América Latina e no resto do mundo. O pano de fundo histórico estava se formando, à margem da "Common law", a partir de uma série de mecanismos de proteção dos cidadãos contra o poder público, chamados de "writs", relacionados com tribunais de equidade. O direito comum e a equidade, este com raízes claras no direito romano, vão permanecer diferenciados e desenvolvem-se autonomamente.

Deficiências no sistema deram origem a estas ordens especiais ou "writs", baseados principalmente na ideia de justiça e na valoração judicial dos elementos que informam o caso, ordens que consistiam em um comando do tribunal, à luz da equidade, para alguém fazer ou deixar de fazer algo que pudesse causar dano a outra pessoa.

[...]

Em vez disso, o "writ of injunction" proíbe a execução de uma norma jurídica ou de um ato por determinado órgão público, o que configura evidente equívoco terminológico a importação dessa nomenclatura pelos constituintes brasileiros. Embora, em verdade, as coisas não sejam tão simplificadas como acabamos de expor, sendo possível, no âmbito do "writ of injunction", identificar comando positivo (no "mandatory injunction") e negativo (no "prohibitory injunction").

[...]

Ainda assim, é preciso ter presente que não há consenso na doutrina, havendo autores que consideram a figura como absolutamente original.⁶³

dessa ação constitucional. Alguns autores apontam sua origem no direito anglo-americano, com base no *writ of injunction*, outros indicam que a "inspiração" para o mandado de injunção é no direito português, comparando-o ao controle de constitucionalidade por omissão. Segado leciona no sentido de que o mandado de injunção poderia ser comparado, em maior ou menor medida, aos institutos jurídicos existentes na Constituição da Iugoslávia, mas no seu entender se trata mesmo de um instituto *sui generis*, já que, não obstante ter sua inspiração em diversas fontes, trata-se de uma figura jurídica original, inovadora". FOLADOR, Patrícia Micheli. Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a ação de inconstitucionalidade por omissão. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, nº 71, p. 228-260, abr.-jun./2010. p. 253.

⁶³ RODRÍGUEZ, José Julio Fernandez. "El nacimiento de esta figura se encuentra en el mundo jurídico anglosajón, tan influyente en ciertos aspectos en Iberoamérica y en otras partes del planeta. El devenir histórico fue conformando, al margen del "Common law", una serie de mecanismos protectores de la ciudadanía frente al poder público denominados "writs", que aparecieron relacionados con los tribunales de equidad. El Derecho Común y la equidad, ésta con claras raíces en el Derecho Romano, van a permanecer diferenciados y desarrollarse autónomamente. Las deficiencias del sistema originaban que se dictaran estas órdenes especiales o "writs", basadas ante todo en la idea de justicia y en la valoración judicial de los elementos del caso, y que consistían en una orden dictada por un tribunal de equidad que establecía que alguien debía hacer o dejar de hacer algo que causara perjuicio a otra persona. [...] En cambio, el "writ of injunction" prohíbe la ejecución de una norma o de un acto por parte de un organismo público, con lo que queda de manifiesto el error terminológico de los constituyentes brasileños al importar la institución. Aunque, en realidad, las

Nesse toada, não somente por cautela, à falta de consenso doutrinário, mas também ante a aceitação da singularidade que envolve o MI, deixou-se de empregar no presente trabalho a expressão *writ of injunction*, de extração norte-americana, terminologia, diga-se de passagem, bastante difundida no tema. Assim, porquanto, ao apontar primeiro para o instituto estadunidense, permite confusões, especialmente quando se observa a *injunction* americana tem em seu o ordenamento jurídico alcance e finalidade diversas do *writ* pátrio. Naquela são expedidas, primordialmente, ordens de abstenção contra particulares – decisão mandamental de cunho proibitivo (não fazer ou não prestar) – bem como, dentre outros comandos possíveis, determinações de Tribunais superiores a inferiores, finalidades para as quais desserve o MI. Na lição de Francisco Fernández Segado:

Na Assembleia Constituinte brasileira foi o Senador Virgílio Távora que propôs a expressão, a qual mais parece derivar da expressão inglesa *writ of injunction* de origem latina, embora não possa deixar de destacar o paradoxo de que o *writ of injunction* significa melhor o contrário daquilo que queremos identificar com o instituto brasileiro, pois o primeiro comporta uma ordem proibitiva, enquanto o último é muito mais próximo do significado do *writ of mandamus*, através do qual se busca obrigar alguém a executar um dever legal.

Em suma, com amparo na melhor doutrina, tudo leva a crer que a Constituição se inspirou no direito anglo-americano, a terminologia *injunction*, não obstante haver divergência de significados.⁶⁴

Sem dúvida sempre possível encontrar semelhanças com institutos estrangeiros⁶⁵, tem-se que, à exceção da nomenclatura que lhe foi emprestada, o MI

cosas no son tan sencillas como acabamos de decir ya que la amplitud del “writ of injunction ” permite distinguir una manifestación positiva (el “mandatory injunction”) y una negativa (el “prohibitory injunction”). [...] Asimismo, hay que tener presente que lo dicho no es pacífico entre la doctrina puesto que hay autores que consideran la figura como absolutamente original.” *La Inconstitucionalidad por Omisión em Brasil*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Centro de Estudos, 203-230, nº 43, 1995. p. 223-224.

⁶⁴ SEGADO, Francisco Fernández. “En la Asamblea Constituyente brasilena, fue el senador Virgílio Távora quien propuso la expresión, que más parece derivar de la expresión inglesa writ of injunction que de la voz latina, aunque no se puede dejar de destacar la paradoja de que el writ of injunction significa más bien lo contrario de lo que se quiere identificar con el instituto brasileno, pues si el primero entrana una orden prohibitiva, el último se aproxima mucho más al significado del writ of mandamus, a cuyo través se trata de compeler a alguien para que ejecute un deber impuesto por la ley. En definitiva, como ha aducido la mejor doctrina, todo hace creer, que la Constitución se inspiró en el Derecho anglo-americano, en el término injunction, no obstante la divergência de significado del mismo.” *La Evolución de La Justicia Constitucional*. Dykinson, Madrid, 2013. p. 1444.

⁶⁵ Por exemplo, para Giancarlo Rolla o MI se assemelha ao *writ of mandamus* estadunidense: “Tal instituição processual, movendo-se em torno do *writ of mandamus*, reconhece ao cidadão que se considera lesado em um direito constitucional, em decorrência da inércia de autoridades públicas, a possibilidade de recorrer ao magistrado – em geral ao Supremo Tribunal ou ao Tribunal Constitucional - para que este, reconhecendo a necessidade de intervenção pública para garantir o gozo daquele direito, determine que a administração atue ou que o Legislativo regulamente o preceito jurídico”. (tradução livre). “Dicha institución procesal, moviéndose alrededor del norteamericano *writ of*

é ação típica e particular do ordenamento jurídico brasileiro, com finalidade própria, razão pela qual não deve ser confundida com outras ordens passíveis de sujeição ao Poder Judiciário dos mais diversos países.

O MI, portanto, deve ser lido tal como desenhado na CF/88, sob a ótica do sistema difuso de controle de omissões normativas inconstitucionais brasileiro, em permanente construção pelo STF, ainda que se possa atribuir origem do *writ* a um ou outro modelo estrangeiro. Ensina Francisco Antonio de Oliveira, após relacionar o estado da arte na doutrina nacional⁶⁶ acerca das apontadas origens do *writ*, que:

[...] o Mandado de Injunção nos moldes em que fora concebido pelo constituinte brasileiro, além do nome, pouca ou nenhuma semelhança

mandamus, reconoce al ciudadano que se considere lesionado em un derecho constitucional a causa de la inercia de los poderes públicos, la posibilidad de recurrir al magistrado —en general la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional—, para que éste, reconociendo la necesidad de una intervención pública para lograr el goce de un derecho de prestación, ordene a la administración a proveer y al legislador a normar”. ROLLA, Giancarlo. *La tutela directa de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales*. In: Anuario Iberoamericano de Justicia, núm. 11, p. 301-326, Madrid, 2007. p. 319.

⁶⁶ OLIVEIRA, Francisco Antonio. “Os autores nacionais se dividem no tocante à origem do Mandado de Injunção nos moldes concebidos pelo constituinte brasileiro. Para Vicente Greco (Tutela Constitucional das Liberdades, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 179), a origem histórica remonta aos fins do século XIV, na Inglaterra, e pode ser definido como ordem de um Tribunal, na área civil, para alguém fazer ou não fazer determinado ato ou atos. Sobre a origem, pontifica Diomar Ackel Filho (*Writs Constitucionais*, Saraiva, 1988, p. 102) que a injunção assenta suas raízes no Direito americano, com origem embrionária mais remota na célebre “Bill of Rights”. Dela cuida a “Federal Rule 65” e o Regimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, nos itens 1 e 3 do art. 31. Em discorrendo sobre o tema, preleciona Celso Ribeiro Bastos (Comentários à Constituição do Brasil, v. 2, Saraiva, 1989, p. 357) que se cuida de medida sem precedente, quer no Direito nacional, quer no alienígena. A confrontação que se possa fazer com a *injunction* do Direito americano só leva à conclusão da absoluta singularidade do instituto pátrio. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Curso de Direito Constitucional, 17. ed., Saraiva, 1989, p. 276) descarta a possibilidade de que o *writ of injunction* tenha sido a musa inspiradora do constituinte brasileiro, e sustenta: “Trata-se de medida judicial que impõe um não fazer, razão pela qual não pode ser encarado como inspiração do Mandado de Injunção, cujo objetivo é o exercício de um direito, superando-se a falta de norma regulamentadora”: Para Marcelo Figueiredo (O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão, RT, 1991, p. 29), a injunção teve origem no Direito inglês, passando, a seguir, ao Direito norte-americano. Para Wander Paulo Marotta Moreira (ob. cit., p. 406), a nossa injunção, criada por inspiração do Sen. Virgílio Távora, de saudosa memória, não guarda nenhuma similitude com o instituto nos moldes franceses e italianos. Constata que, em Portugal, os arts. 281 e 283 (art. 279 no texto primitivo) contemplam a regra da inconstitucionalidade por omissão, que guarda alguma semelhança com a nossa injunção, e que tem sido muito pouco aplicada. Lembra o autor que, para Adhemar Ferreira Maciel, “foi a primitiva inspiração do constituinte brasileiro, que foi buscar no seu texto a forma de realizar no direito constitucional brasileiro a sonhada fórmula para impedir a postergação indefinida, por falta de regulamentação, dos direitos consagrados na Carta”. (Adhemar Ferreira Maciel, Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão, Palestra proferida em B. Horizonte). Adverte Galena de Lacerda (in Comentários ao Código de Processo Civil. Rio, Forense, 1981, v. VIII, t. I, p. 148) que a *injunction*, em regra, apresenta caráter negativo e, como as inhibiciones germânicas, impõe um não fazer nos assuntos mais diversos. Em casos mais raros, pode, contudo, ordenar um fazer, como a demolição de parede que prejudique servidão de luz (Amourouz-Ménard, Étude sur les Vaies d’Exécution en Droit Anglais, cit., p. 389 e 390).” *Mandado de Injunção (Da inconstitucionalidade por omissão)* - Enfoques trabalhistas – Jurisprudência. 3ª ed., LTr Editora LTDA., 2014. p. 13.

guarda com a *injunction* concebida pelos Direitos inglês, norte-americano, francês, italiano e alemão. O instituto, naqueles países, guarda maior semelhança com o Mandado de Segurança, *habeas corpus*, medidas cautelares e até mesmo como o *habeas data*, dada a variedade das *injunctions*.

Entretanto, para se perquirir da origem, não nos parece correto exigir que exista perfeita identidade do instituto pátrio com o similar alienígena. O que nos parece mais importante é a ideia em si. E de posse dessa ideia cada qual a amplia ou restringe ao sabor da realidade nacional.

Em verdade, o constituinte brasileiro não concebeu o instituto. Não. Amoldou o já existente à realidade brasileira. A sua origem remota está atrelada aos Direitos inglês e norte-americano, sofrendo influências do Direito português.⁶⁷

Fruto da preocupação dos Constituintes⁶⁸ com a eventual inércia do legislador em implementar o programa constitucional vindouro, especialmente considerada a extensão do rol de direitos e garantias fundamentais contido no Título II da CF/88, foi idealizado e festejado o MI como instrumento viabilizador do exercício dos direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, naquelas hipóteses em que dependentes de norma regulamentadora. Consoante bem elucida o discurso do Constituinte Darcy Pozza:

Necessário se torna destacar alguns avanços promovidos pelo nosso trabalho. Assim é que, no rol dos Direitos e Garantias individuais, ao lado do Mandado de Segurança, como instrumento de defesa dos interesses do cidadão, incluímos o Mandado de injunção, visando permitir que a letra constitucional, à falta de Lei Complementar ou Ordinária que a regule, se torne realmente auto-aplicável.⁶⁹

Na mesma linha, destacando a importância do instituto introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, o Constituinte Renato Vianna:

Este instituto surge ao lado do *habeas data* no novo texto constitucional e ambos se constituem em inovação que procuram dotar o cidadão de instrumentos jurídicos capazes de assegurar ou restaurar seus direitos violados e corrigir situações constrangedoras que violentam o exercício pleno da cidadania.⁷⁰

⁶⁷ OLIVEIRA, Francisco Antonio. *Mandado de Injunção (Da inconstitucionalidade por omissão) - Enfoques trabalhistas* – Jurisprudência. 3ª ed., LTr Editora LTDA., 2014. p. 14.

⁶⁸ VITOR, Diego Luis Carvalho. "O legislador constituinte originário previu que alguns direitos e garantias fundamentais poderiam carecer de efetividade em virtude da ausência de atuação legislativa, tornando inviável o exercício dos aludidos direitos e garantias pelos respectivos titulares, motivo este que o animou a introduzir na Constituição de 1988 mecanismos para tutelar direitos subjetivos inexecutáveis pela omissão do poder público. *O controle judicial das omissões do Poder Legislativo via mandado de injunção*. In: O Supremo Tribunal Federal e os casos difíceis. (orgs.) Cynara Monteiro Mariano e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Editora Conceito, p. 271-290, Florianópolis, 2012. p. 277.

⁶⁹ Assembleia Nacional Constituinte. Atas de Comissões. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. p. 10–11.

⁷⁰ Ata da 153ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, em 2 de setembro de 1987. p. 366–367.

Da mesma forma, o Constituinte Ruy Bacelar explicitou sua preocupação em encontrar “uma fórmula capaz de tornar dinâmicos os direitos a serem consagrados na futura Carta tão ansiosamente aguardada por todos os brasileiros”.⁷¹

À época, inegavelmente, depositas esperanças como eficaz remédio ao tratamento da inércia do legislador, obstáculo à concretização dos direitos e garantias fundamentais, ingressa o MI no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1.2 Evolução

Ao tempo em que promulgada a CF/88, parcela expressiva da comunidade jurídica alinhou-se à corrente mais tarde denominada concretista do MI, que, compreendendo o novo *writ* constitucional dotado de maior efetividade, defendeu que o Estado-Juiz não estaria limitado a apenas reconhecer a omissão legislativa inconstitucional, autorizado o Poder Judiciário a concretizar o direito material na própria decisão exarada. Registra o entendimento Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Boa parcela da doutrina defendia, com acerto, que o Poder Judiciário poderia formular diretamente a norma faltante, sob o fundamento de que o art. 5º, LXXI, da CF /1988 instituiu garantia fundamental voltada para viabilizar diretamente os direitos, garantias e prerrogativas constitucionais obstados pela omissão inconstitucional, o que não poderia ser alcançado por uma decisão que se limitasse a reconhecer a mora e "ordenar" o suprimento da omissão pelo poder inerte. Porém, não foi esta a posição que prevaleceu, ao menos inicialmente, e durante um bom tempo, no Supremo Tribunal Federal.⁷²

Com efeito, igualmente se travou, à época, embate acerca da própria autoaplicabilidade do MI, porquanto instrumento que ingressara no ordenamento jurídico sem se fazer acompanhar de lei regulamentadora. Sequer conhecido o rito processual a ser observado, encontrava-se a regência do instituto limitada ao que disposto no art. 5º, LXXI, além da competência para a sua apreciação fixada nos arts. 102, 105 e 121, todos da CF/88, e, assim, a discussão acerca da necessidade ou não de regulamentação do MI foi submetida ao STF, tendo sido a questão

⁷¹ BACELAR, Ruy. *O Mandado de Injunção*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. p. 4.

⁷² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional*. In: *Direito Público*, Ano VIII - n.º 42, Nov./Dez., Síntese Editora, p. 47-83, 2011. p. 61.

examinada no paradigmático julgamento do MI 107 QO, consoante bem sintetiza, Eric Baracho Dore Fernandes:

O primeiro julgamento de mérito de um mandado de injunção foi o de nº 107, tendo o jurisdicionado o impetrado com objetivo de suspender o seu licenciamento do serviço ativo das forças armadas por contar com mais de nove anos de serviço na condição de oficial. [...]. O caso suscitou duas questões de ordem, basicamente: a norma do art. 5º, LXXI, da Constituição de 1988, que prevê que o MI seria autoaplicável sem uma lei que regulamentasse o seu procedimento, e a natureza jurídica do MI e os efeitos da decisão. Por unanimidade e nos termos do voto do relator, Ministro Moreira Alves, entendeu que a norma era, sim, autoaplicável, sendo cabível aplicar por analogia o procedimento do mandado de segurança. Quanto à segunda, entendeu-se que sua natureza era mandamental, limitando-se a notificar a autoridade omissa com o reconhecimento da mora e suspender processos judiciais ou administrativos em curso.⁷³

Porém, em que pese à compreensão de que a decisão do STF, ao assegurar a autoaplicabilidade do MI, seria um avanço no sentido de autorizar, desde logo, o uso do *writ*, não se logrou nas duas décadas que se seguiram ao julgamento do MI 107 QO efetiva viabilização dos direitos e prerrogativas constitucionais, para os quais o exercício dependia de regulamentação. Tal fenômeno foi logo constatado pela doutrina, verdadeira vitória de Pirro para os defensores do imediato emprego do instituto, independentemente da necessária *interpositio legislatoris*. Outro não foi o sagaz alerta, dado poucos dias antes daquele julgamento, por Inocêncio Mártires Coelho:

Sem essa regulamentação, de caráter geral, malgrado os atributos de serenidade e lucidez, que são apanágio da nossa magistratura, corremos o risco de, embalados pelo generoso desejo de assegurar imediata utilização a esse auspicioso instrumento, que é o mandado de injunção, acabar por desprestigiá-lo, seja pela ineficácia das decisões acaso proferidas sem balizamento legal, seja pela contradição de critérios, que fatalmente ocorreria se o aludido instrumento ficasse entregue à discricção, mesmo judiciousa, dos milhares de magistrados que integram o Poder Judiciário do País. [...] Soluções diversas, como as que assimilam o mandado de injunção à ação direta de declaração de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2.º), seja como procedimento subsidiário, seja mesmo como procedimento autônomo, posto ao lado daquela ação, mas destinado à tutela de direito subjetivo, cujo exercício possa ser frustrado peia inexistência de norma infraconstitucional regulamentadora, soluções como essas — insistimos — devem ser afastadas, porque, se por um lado permitem o uso imediato de mandado de injunção, por outro acabam esvaziando esse instrumento, tais os percalços a que terão de se submeter

⁷³ FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O controle Jurisdicional das Omissões Inconstitucionais no Direito Financeiro e Tributário*. In: Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas. Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.), Ano VII, nº 38, 2008. p. 43.

seus impetrantes, obrigados a bater mais de uma vez às portas da Justiça [...].⁷⁴

A tomada por empréstimo do rito do mandado de segurança, bem como o balizamento dos efeitos da decisão proferida no MI ao que passível de ser obtido na ADO, fez de tão importante *writ* constitucional ação subsidiária, suplantando as expectativas nele depositadas não somente pelo legislador Constituinte, como também por expressiva parcela da doutrina. Eis a lição de Vanice Regina Lírio do Valle:

Diante dessa opção de política judicial mais restritiva, na ocasião, vaticinou-se a morte da fênix, que ao invés de viver por 500 anos, como narrado na mitologia, sucumbia ao estranhamento que é previsível na incorporação de um modelo ainda não experimentado mesmo na crônica internacional, de controle da constitucionalidade da inércia. Alimentou-se sua pira funerária com o argumento da necessária subordinação ao equilíbrio e harmonia entre os poderes, o antigo dogma do legislador negativo, e ainda uma preocupação que não foi ocultada, de que uma maior abertura compreensiva, particularmente em relação às possibilidades do mandado de injunção, pudesse determinar uma pletera de demandas junto ao STF.⁷⁵

Lançado o MI ao ostracismo por anos, a decisão do STF no MI 107 QO produziu consequências nefastas quanto à finalidade pretendida ao instituto e às suas reais possibilidades, em prejuízo da própria concretização de inúmeros direitos e garantias fundamentais. Apenas nos anos mais recentes, e após impetrações reiterando a inércia do legislador em matérias para as quais o STF décadas antes já havia reconhecido a mora, o MI passou a merecer maior atenção, ainda que para alguns doutrinadores, a exemplo de Luís Roberto Barroso, continue sendo observado como uma ação desnecessária⁷⁶. Quanto a esse movimento recente de resgate das possibilidades no MI, observa Léo Brust que:

Seus efeitos inicialmente foram equiparados pelo STF aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que cerceou demasiadamente suas possibilidades. Mas nos últimos anos o Tribunal mudou radicalmente essa

⁷⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. *Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandato de injunção*. In: Revista de Informação Legislativa, a. 26 n. 184, p. 43-58, out./dez., 1989. p. 57-58.

⁷⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais*. In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jan./mar. 2009.

⁷⁶ FOLADOR, Patrícia Micheli. "O mandado de injunção não é "unanimidade" dentre os doutrinadores. Há aqueles que o exaltem, considerando-o a mais significativa e original novidade constitucional (mais ainda do que já foi o habeas corpus); outros o têm como desnecessário, haja vista haver outras alternativas constitucionais que poderiam substituí-lo, tal como o mandado de segurança (se apenas fosse ampliada sua órbita de amparo)." *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, nº 71, p. 228-260, abr.-jun./2010. p. 253.

orientação, chegando a construir ele mesmo - de forma provisória - a normativa que o legislador deixou de criar. Nesses casos a sentença do STF tem eficácia enquanto o legislador não supre a omissão inconstitucional.⁷⁷

E, ainda no contexto da redescoberta das potencialidades do *writ*, a seguinte assertiva de Carlos Blanco de Moraes:

Tendo o STF operado uma interpretação cauta da Constituição em matéria da precisão dos efeitos das suas decisões que julguem positivamente uma ADO, o mesmo já não se passou no julgamento do chamado mandado de injunção. A ambiguidade do texto constitucional quanto à definição do regime jurídico e os efeitos deste *writ* de tutela de direitos provocou mais recentemente o despontar de uma jurisprudência criativa que preencheu o vazio constitucional sobre a eficácia jurídica da concessão do mandado, concebendo-a em termos de o STF dispor da competência para poder suprir directamente e por via positiva a própria omissão.⁷⁸

Abandona-se, portanto, uma posição denominada de não concretista do MI, antes largamente adotada no STF, traduzida na compreensão de que inviável assegurar o exercício do direito ou de prerrogativa constitucional já no bojo do *writ*, limitados os efeitos da sentença à declaração da inércia (carga declaratória).

Em algumas hipóteses, vale registrar, a exemplo do ocorrido por ocasião do julgamento dos MIs dos aeronautas, o STF, além de declarar a inércia do legislador, reconheceu o direito perseguido e assegurou ao impetrante a condenação da União (carga constitutiva e/ou condenatória), desde que em ação própria, ao pagamento de reparação pecuniária ante o prejuízo experimentado pela mora legislativa, o que, embora possa apontar para uma maior efetividade da decisão, não afasta a ausência de concretização do direito no bojo do próprio *writ*. Segundo Diego Luis Carvalho Vitor:

Nos moldes da teoria não-concretista, em decisão proferida nas ações de mandado de injunção, deve o órgão judicante limitar-se apenas a declarar a omissão legislativa, cientificando a não existência de norma regulamentadora ao órgão que deveria editar a regulamentação, assim como sucede com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos casos em que o dever de regulamentação cumpre a um dos poderes da República. Referida teoria fora, inicialmente, acolhida pelo Pretório Excelso

⁷⁷ BRUST, Léo. *Controle de Constitucionalidade. A tipologia das Decisões do STF*. Juruá Editora, Curitiba, 2014. p. 213.

⁷⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. *O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?* In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 20, p. 153-227, vol. 78, jan.-mar. IBDC, RT, 2012. p. 160.

que, apreciando o Mandado de Injunção n. 107-3/DF, atribuiu à decisão que reconheceu a mora legislativa efeito meramente declaratório.⁷⁹

A partir de 2007, ano em que julgados, v.g. os MIs sobre o direito ao aviso prévio proporcional e à greve no serviço público, o STF encampa a corrente concretista do MI, e, assim, tem início o resgate das possibilidades decisórias do *writ*, trazendo a lume instituto que passa a merecer maior ênfase por parte da doutrina, retomados os necessários debates acerca da matéria. Acerca dessa mudança de entendimento, primordialmente operada ao julgamento dos MI 670, 712 e 943, destaca Dalton Santos de Moraes que:

[...] o mandado de injunção, passou a ser considerado pelo STF de acordo com a sua verdadeira natureza jurídica, qual seja, a de garantia fundamental. Isto porque a Corte, a partir do julgamento dos leading cases pertinentes, passou a adotar uma posição de concretização do direito obstado pela omissão inconstitucional, de modo a conformar - efetivamente, pela jurisdição - o saneamento da violação por omissão à Constituição. Neste contexto, vem o STF perfilhando a posição concretista, não só declarando a mora do órgão político responsável pelo saneamento da omissão inconstitucional, mas também garantindo ao jurisdicionado o exercício do direito constitucionalmente declarado.⁸⁰

Cumpra registrar, contudo, que ao exame do MI 232, versando sobre imunidade tributária das entidades beneficentes, em decisão tomada em agosto de 1991, portanto antes de completados dois anos do julgamento do MI 107 QO, que o STF inegavelmente adotou a visão concretista do MI, precisamente, consoante denominado pela doutrina, concretista individual intermediária. Acerca desse caso em particular, consolidando a compreensão sobre a corrente concretista e suas subdivisões, Diego Luis Carvalho Vitor:

A posição concretista, por sua vez, divide-se em teoria concretista individual e geral, sendo a primeira segmentada em direta e intermediária. Pela teoria concretista individual direta, tem-se que a decisão proferida em sede de mandado de injunção deve, além de reconhecer a mora legislativa, tornar exequível um direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente assegurada, mediante solução jurisdicional adequada, surtindo efeito tão somente para o impetrante do *mandamus*. Dita posição, conforme adverte Mazzei (2009, p. 224), consiste na mais adequada quando se analisa o instituto em sua essência, por ser revestida a decisão final proferida no mandado de injunção de efeito constitutivo entre as partes. Supre, assim, em todos os seus termos, a ausência de providência regulamentadora. A teoria concretista individual intermediária, por fim, sustenta que, sendo julgado procedente o *mandamus*, será fixado um prazo para o legislativo

⁷⁹ VITOR, Diego Luis Carvalho. *O controle judicial das omissões do Poder Legislativo via mandado de injunção*. In: O Supremo Tribunal Federal e os casos difíceis. p. 271-290. (orgs.) Cynara Monteiro Mariano e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Editora Conceito, Florianópolis, 2012. p. 280.

⁸⁰ MORAIS, Dalton Santos. *A limitação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão como mecanismo de resolução da omissão inconstitucional e a discussão sobre a responsabilidade civil do ente omissor*. In: Revista de Processo | vol. 171/2009 | p. 193 - 212 | Mai / 2009 DTR\2009\326. p. 6.

editar a norma regulamentadora, sendo que, ao término deste, caso o legislativo permaneça inerte, o autor da demanda passará a ter assegurado o exercício do direito. Cumpre advertir que o Supremo Tribunal Federal acolheu, em alguns julgados, essa teoria. Assim, observa-se do voto do Ministro Moreira Alves no Mandado de Injunção nº 232-1.⁸¹

Nessa senda, sintetizam Jaime Mariz de Faria Júnior e Sabrina Cavalcante de Macedo:

Posição concretista geral: através da normatividade geral, o STF legista no caso concreto, produzindo a decisão, efeitos erga omnes até que sobrevenha norma integrativa pelo Legislativo;

Posição concretista individual direta: a decisão, constituindo o direito, valerá somente para o autor do mandado de injunção, diretamente;

Posição concretista individual intermediária: julgando procedente o mandado de injunção, o Judiciário fixa ao Legislativo prazo para elaborar a norma regulamentadora. Findo o prazo e permanecendo a inércia do Legislativo, o autor passa a ter assegurado o seu direito;

Posição não concretista: a decisão apenas decreta a mora do poder omissor, reconhecendo a sua inércia. A posição predominante do STF vinha sendo a não concretista, mas, recentemente, suas decisões vêm se inclinndo fortemente no sentido concretista.⁸²

E, em reforço à constatação de que o STF alterou sua orientação⁸³ acerca da natureza concretizante do MI, a assertiva dos autores acima referidos no sentido de que “a posição predominante do STF vinha sendo a não concretista, mas, recentemente, suas decisões vêm se inclinndo fortemente no sentido concretista”⁸⁴. Igualmente sintetiza a evolução de entendimento do STF o magistério de Patrícia Micheli Folador:

⁸¹ VITOR, Diego Luis Carvalho. *O controle judicial das omissões do Poder Legislativo via mandado de injunção*. In: O Supremo Tribunal Federal e os casos difíceis. p. 271-290. Cynara Monteiro Mariano e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (orgs.). Editora Conceito, Florianópolis, 2012. p. 281.

⁸² FARIA JÚNIOR, Jaime Mariz de; MACEDO, Sabrina Cavalcante de. *Mandado de Injunção: instrumento pós-positivista de concretização constitucional*. In: O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista. Homenagem a Paulo Bonavides. Lenice S. Moreira de Moura (org.). p. 427-435. Editora Saraiva, São Paulo, 2009. p. 433.

⁸³ Nesse sentido também Diego Luis Carvalho Vitor, ao destacar que “o Supremo Tribunal Federal não tratava, inicialmente, o mandado de injunção com a amplitude que a Constituição conferiu ao citado instituto, igualando os seus efeitos à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Todavia, referida Corte foi mudando gradativamente o entendimento que tinha acerca do alcance das decisões prolatadas nas ações de mandado de injunção, até que sedimentou a ideia de que o mandado de injunção se presta a preencher a lacuna decorrente da abstenção do Poder Legislativo”. VITOR, Diego Luis Carvalho. *O controle judicial das omissões do Poder Legislativo via mandado de injunção*. In: O Supremo Tribunal Federal e os casos difíceis. p. 271-290. Cynara Monteiro Mariano e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (orgs.). Editora Conceito, Florianópolis, 2012. p. 289.

⁸⁴ FARIA JÚNIOR, Jaime Mariz de; MACEDO, Sabrina Cavalcante de. *Mandado de Injunção: instrumento pós-positivista de concretização constitucional*. In: O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista. Homenagem a Paulo Bonavides. Lenice S. Moreira de Moura (org.). p. 427-435. Editora Saraiva, São Paulo, 2009. p. 433.

Existem duas correntes que discutem a questão da decisão de mérito no mandado de injunção. A primeira delas é a corrente concretista, para a qual a ausência de norma regulamentadora autoriza que o órgão jurisdicional supra a omissão, elaborando a norma geral. Por outro lado, existe a corrente não concretista, segundo a qual ao Poder Judiciário compete apenas declarar a omissão do encarregado de elaborar a norma infraconstitucional. Essa era a corrente mais adotada pelo STF. Todavia, no julgamento do MI 712, que debatia a ausência de regulamentação do exercício do direito de greve dos servidores públicos, o STF adotou a visão concretista.⁸⁵

1.1.3 Uma visão atualizada do *writ*

O MI é remédio constitucional⁸⁶ ao alcance do cidadão⁸⁷, que dele pode se socorrer e de imediato⁸⁸ provocar a mais alta Corte do país, instaurando a jurisdição constitucional “quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”^{89 90}. No magistério de Fábio Lima Quintas, o *writ* configura:

⁸⁵ FOLADOR, Patrícia Micheli. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, nº 71, p. 228-260, abr.-jun./2010. p. 258.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. “[...] o mandado de injunção é um novo remédio constitucional posto à disposição de titulares de direito constitucional não viabilizado por falta de regulamentação prevista ou suposta pela Constituição.” *Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 7.

⁸⁷ No MI são legitimados ativos os cidadãos em geral e entidades representativas, na esteira do regramento legal e jurisprudência firmada acerca do mandado de segurança. Registra-se que a pertinência subjetiva necessária ao preenchimento da *legitimatío ad causam* por parte de entidades sindicais sofreu temperamentos no âmbito do STF, a teor do julgamento, em 08.04.94, do MI 361, da relatoria do Ministro Néri da Silveira, cujo Relator para o acórdão foi o Ministro Sepúlveda Pertence, versando sobre omissão do Congresso Nacional em editar lei complementar fixando taxa de juros não excedente de 12% ao ano. Em tal assentada, o STF, em preliminar, acolhendo o MI coletivo, ampliou o entendimento que já era emprestado ao MS ao decidir que no MI não era necessária autorização dos sindicalizados.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. “Este é o instrumento que, correlacionado com o citado § 1º do art. 5º da Constituição, torna todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis diretamente”. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. In: Tratado de Direito Constitucional 1. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar F.; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.), Editora Saraiva. São Paulo, 2010. p. 179.

⁸⁹ CF/88. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] q) o mandado de injunção [...];”

⁹⁰ O julgamento do MI também se insere na competência de outros órgãos jurisdicionais, em razão da pessoa do responsável por suprir a omissão normativa, a teor dos arts. 105, I, h, e 121, § 4º, V, da CF, cabendo, ainda, recurso ordinário ao STF na hipótese de MI decidido “em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”, nos moldes do art. 102, II, a, da CF.

[...] um instrumento processual que confere ao cidadão legitimidade para provocar a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal em razão de omissões legislativas inconstitucionais.⁹¹

Ação constitucional da maior relevância, cuja finalidade está em assegurar a concretização de direitos e prerrogativas constitucionais, instrumento de garantia da realização do programa constitucional na hipótese da inércia injustificada do legislador, pelo qual se pode acionar o STF na via do controle concentrado, o instituto mereceu o reconhecimento de Francisco Fernández Segado, para quem o MI:

[...] é uma prova clara da evolução do constitucionalismo e da própria justiça constitucional. Sintoma paradigmático desta evolução é o dinamismo dos mecanismos que garantem direitos, podendo o instituto em questão muito bem ser considerado de última geração, e que responde à constatação, historicamente verificada no Brasil, que não somente uma atuação do poder público pode violar um direito constitucional, mas também a sua inação pode derivar numa constrição ou mesmo radical negação do direito, sendo inviável buscar a aplicação direta da norma jurídica que reconhece o direito em questão. Para certos direitos, é possível a aplicação judicial imediata do dispositivo constitucional, sem a necessidade da regulamentação legislativa, enquanto que para outros direitos (particularmente os de natureza socioeconômica) isso nem sempre é possível.⁹² (tradução livre)

Portanto, destina-se o *writ* a assegurar direito subjetivo ou liberdade cujo exercício é obstado ante uma omissão normativa inconstitucional, tendo por principal finalidade tornar imediatamente aplicável preceito constitucional, portador de direitos ou prerrogativas não exercitáveis em virtude de ausência de regulamentação, revelando-se “um instrumento da realização prática da disposição do art. 5º, § 1º”^{93, 94} da CF/88. Na dicção de José Afonso da Silva:

⁹¹ QUINTAS, Fábio Lima. *O Mandado de Injunção Perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2013. p. 302.

⁹² SEGADO, Francisco Fernández. “El instituto procesal constitucional del mandado de injunção, a nuestro modo de ver, es una prueba palmaria de la evolución del constitucionalismo y de la propia justicia constitucional. Sintoma paradigmático de tal evolución es el dinamismo de los mecanismos de garantía de los derechos, del instituto que nos ocupa bien podríamos considerarlo de última generación, pues responde a la constatación, bien verificada históricamente en Brasil, de que no sólo una actuación de un poder público puede conculcar un derecho constitucional, sino que también de su inacción se puede derivar una constricción o incluso radical negación del mismo, y frente a ello, en ocasiones, de poco vale que se recurra a la aplicación directa de la norma que reconoce el derecho en cuestión. En ciertos derechos, la aplicación judicial inmediata por los jueces de la norma constitucional puede viabilizar el derecho carente de la necesaria regulación legislativa, pero en otros derechos (particularmente en los de naturaleza socio-económica), ello no siempre es posible.” *La Evolución de La Justicia Constitucional*. Dykinson, Madrid, 2013. p. 1444.

⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª edição, rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 76 de 28.11.2013). Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2014. p. 451.

[...] remédio constitucional, com natureza de ação judicial civil, que tem por finalidade conferir imediata e concreta aplicabilidade, em favor do impetrante, à norma constitucional portadora de direitos, liberdades e prerrogativas referidas, cujo exercício seja inviável por outro modo em virtude de ausência de regulamentação adequada requerida e necessária.⁹⁵

Assim, no âmbito doutrinário, a compreensão mais difundida atualmente aponta que o MI é ação constitucional que deve ir além da mera declaração da inércia legislativa, destinando-se, sim, a assegurar direitos ou prerrogativas insertos em comandos desprovidos de autoaplicabilidade. E essa imediata viabilização pelo Poder Judiciário⁹⁶ do exercício do direito assegurado em preceito constitucional de eficácia limitada, hipótese na qual a falta de norma jurídica regulamentadora obsta sua fruição, já encontrava defensores mesmo antes da viragem jurisprudencial operada no âmbito do STF, no ano de 2007. Nesse contexto a lição de Derly Barreto e Silva Filho, em obra datada do ano de 1995:

O objeto do mandado de injunção não é a imposição de prazo à atividade legislativa, nem, na falta desta, o reconhecimento, ao impetrante, da faculdade de pleitear por outra via processual a satisfação de seu direito, cujo exercício se tomou inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. Sua finalidade é investir concretamente o indivíduo em seus direitos, impondo ao impetrado o cumprimento efetivo de norma constitucional segundo um mandamento judicial que a integra ao mundo fático, emprestando-lhe eficácia e concreção.⁹⁷

E, por fim, o ensinamento de Martín J. Risso Ferrand de que a finalidade primeira do MI está em “dar aplicabilidade imediata ao preceito constitucional portador destes direitos e prerrogativas, inerte em razão da ausência de regulamentação”⁹⁸ (tradução livre).

⁹⁴ CF/88. “Art. 5º [...]. § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1989. p. 52.

⁹⁶ Consoante defende Solon Sehn, “a solução que melhor interpreta o instituto é aquela, segundo a qual na sentença de procedência do mandado de injunção, o Tribunal competente deve suprir concretamente a omissão legislativa, recorrendo, para tanto, aos princípios gerais, à analogia e à interpretação sistemática da Constituição. Todavia, existem determinados casos em que tal solução revela-se insatisfatória, pois a regulamentação de determinado instituto pode demandar uma técnica legislativa específica ou depender da disposição de recursos públicos, tais como a organização de determinada atividade ou serviço público”. SEHN, Solon. *O Mandado de Injunção e Controle das Omissões Legislativas*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 36 | p. 236-252 | Jul / 2001 | DTR\2001\274. p. 243.

⁹⁷ FILHO, Derly Barreto e Silva. *As omissões inconstitucionais e suas implicações no regime federativo brasileiro*. In: Revista dos Tribunais, ano 84, março, vol. 713, p. 7-23, 1995. p. 19.

⁹⁸ Dentro del Derecho Constitucional brasileo, esta declaración de inconstitucionalidad por omisión debe relacionarse con los mandatos de injuncao, apreciándose que si bien son dos institutos diferentes, guardan un claro parentesco entre sí, en la medida que el mandato de injuncao consiste en una acción constitucional puesta a disposición de quien se considere titular de cualesquiera

1.1.4 Regulamentação legislativa

Após o julgamento do MI 107 QO a necessidade de regulamentação do *writ* tornou-se prescindível e, consoante antes alinhavado, o instituto passou a receber ao longo desses anos conformação e balizas tão somente pela via jurisprudencial, precisamente através das decisões do STF. Deixado às sombras da ADO por décadas, após as decisões proferidas em 2007, retomou-se o interesse no MI, novamente ganhando força a discussão acerca da necessária regulamentação do *writ*.

Nessa ambiência, em 2009 foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 6.128/09⁹⁹ - que atualmente aguarda apreciação no Senado Federal - disciplinando “o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências”, ao qual apensado o Projeto de Lei 6.002, apresentado em 1990, de autoria do então Senador Ruy Bacelar.

Tem-se que tal projeto de lei, nos moldes em que vazado, culmina por somente cancelar o procedimento já construído na jurisprudência do STF, sem inovar, restringir ou ampliar as possibilidades do MI, o que aponta para uma possível e deliberada compreensão de que ao STF caberia prosseguir no desenvolvimento do instituto, consoante observa José Levi Mello do Amaral Júnior:

Ora, como exposto, o PL não traz nenhuma novidade à prática já conhecida do mandado de injunção, ao menos em face da jurisprudência mais recente do Supremo.

Se o PL pretende ser "um expressivo sinal do Legislativo (...) sobre o modelo de jurisdição constitucional que se tem aplicado em nosso País" (um modelo crescentemente ativista ou concretista, em que o Supremo supre omissões legislativas), então, o que se busca, aparentemente; é legitimar, pela via legal-regulamentar, a postura (ativista) do Supremo.

derechos, libertades o prerrogativas, inviables por la ausencia de reglamentación normativa exigida por la Constitución. De esta forma puede afirmarse que la finalidad principal de este instituto procesal consiste en conferir inmediata aplicabilidad a la norma constitucional portadora de aquellos derechos y prerrogativas, e inerte en virtud de la ausencia de reglamentación. FERRAND, Martín J. Risso. *Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Edición 2001. Konrad Adenauer Stiftung. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, p. 11-36. Montevideo, 2009. p. 15.

⁹⁹ Autoria do Deputado Federal Flávio Dino.

Considerando-se que o PL não inova e, em verdade, apenas sistematiza o que já se pratica na jurisdição constitucional brasileira, então, insista-se, tem ele um único significado real: legitimar o que já se pratica.¹⁰⁰

Registra-se, ainda, sem o intuito de exaurir a questão, o absoluto silêncio no projeto de lei acerca do cabimento de tutela de urgência no MI, omissão que somente ao leitor menos atento poderá conduzir à conclusão de que o *writ* não comporta provimento liminar. Embora se possa admitir adequada tal compreensão sob a ótica da visão não concretista do MI, não mais há justificativa plausível – jurisprudencial e doutrinária - para se negar, na quadra atual, a possibilidade da concessão da tutela de urgência no bojo do *writ*, desde que configurados os seus pressupostos^{101 102}.

Defende-se, por seu turno, que o silêncio do texto do projeto de lei deva ser compreendido no contexto de que o legislador tem intencionalmente¹⁰³ evitado tratar do tema, a fim de não criar obstáculos ao desenvolvimento do MI na jurisprudência

¹⁰⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Regulamentação do Mandado de Injunção*. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima; MENDES; Gilmar Ferreira (org.). *O Mandado de Injunção e sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 157-158.

¹⁰¹ Reconhecendo as necessidades próprias da jurisdição constitucional, Hely Lopes Meirelles defende o cabimento de medida liminar em mandado de injunção: “entendemos cabível, eventualmente, até mesmo a medida liminar como providência cautelar para evitar lesão a direito do impetrante do mandado de injunção, desde que haja possibilidade de dano irreparável se se aguardar decisão final da Justiça. Se tal medida é cabível para a defesa de direito individual ou coletivo amparado por lei ordinária, com mais razão há de ser para proteger os direitos e prerrogativas constitucionais asseguráveis pelo mandado de injunção, desde que ocorram os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 19ª ed., atual. por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 206.

¹⁰² Nessa linha, em obra coletiva dedicada ao estudo da regulamentação do mandado de injunção, Teori Albino Zavascki - amparado no poder geral de cautela - aponta para o cabimento de liminar independentemente da jurisprudência do STF em sentido contrário, bastando que o caso em apreço exija a medida de urgência: “duas situações foram, propositadamente, omitidas no texto do Projeto. A primeira é quanto à possibilidade de antecipação da tutela. A jurisprudência do STF é predominantemente contrária a essa possibilidade, por considerá-la incompatível com a natureza da pretensão injuncional, o que parece correto. De qualquer modo, sobrevivendo hipótese em que a medida se faz necessária e indispensável, resolve-se a questão mediante aplicação subsidiária das normas do CPC e da Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009), como prevê o art. 14 do Projeto”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009*. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima; MENDES; Gilmar Ferreira (org.). *O Mandado de Injunção e sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 99.

¹⁰³ O Relatório do PL 6.002/1990 tem o seguinte teor: “Quanto à medida liminar, ficamos com a jurisprudência firmada do Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de sua concessão. Entendemos que o mandado de injunção constitui uma modulação constitucional do princípio da separação de Poderes, estendendo ao Poder Judiciário a liberdade de inovar no ordenamento jurídico, ainda que para o caso concreto. Por isso, faz-se mister restringir a possibilidade de decisões unipessoais, deixando a responsabilidade com o colegiado dos tribunais, como salvaguarda do princípio democrático.

do STF. Corrobora esse raciocínio a exclusão do texto do Projeto de Lei 6.002/90¹⁰⁴, apensado ao Projeto de Lei 6.128/09, ante a aprovação da Emenda Supressiva 1/15¹⁰⁵, do preceito que, expressamente, vedava a concessão de liminar. No mesmo sentido, ainda, a constatação de Gilmar Ferreira Mendes de que o Parlamento brasileiro tem acompanhado a construção jurisprudencial do MI no STF:

O cotejo entre o conjunto formado por essa jurisprudência acerca do processamento e da eficácia decisória em mandado de injunção e as proposições legislativas contidas no Projeto de Lei nº 6.128 (BRASIL, 2009a) está a indicar que o legislador está atento às reflexões desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal, sem se demitir de sua responsabilidade de conseguir uma adequada e constante evolução do instituto no nosso sistema constitucional.¹⁰⁶

Em linhas gerais, portanto, além da evidente inércia do legislador acerca da regulamentação do MI, mostra-se mais adequado compreender que o debate está sendo conduzido de forma a não impedir a construção jurisprudencial do *writ*, posicionamento esse que não colabora com a necessidade de aprovação de um regramento legal para o instituto.

1.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

1.2.1 Origem

Enquanto se pode atribuir a paternidade do MI a diversos ordenamentos jurídicos e, até mesmo, compreendê-lo como instituto sem precedentes, criação singular do Constituinte brasileiro, a ADO tem na sua origem, sem controvérsias doutrinárias, o Direito português, precisamente a ação de controle de constitucionalidade por omissão prevista na Constituição portuguesa de 1976¹⁰⁷. Assim, o seguinte escólio de Ives Gandra da Silva Martins:

¹⁰⁴ O PL 6.002/1990, apensado ao PL 6.128/2009 (e demais apensos: PLs 998/88, 1.662/89, 4.679/90, 3.153/2000, 6.839/2006) continha artigo com a seguinte redação: “Art. 8º Não cabe deferimento de liminar no mandado de injunção”.

¹⁰⁵ Emenda Supressiva 1 ao PL 6.002/1990, apresentada em 17 de março de 2015, pela Deputada Jandira Feghali, Líder do PCdoB: “EMENDA SUPRESSIVA. Suprima-se o art. 8º do Substitutivo ao Projeto, renumerando-se os demais. JUSTIFICATIVA. Entendemos que se a liminar é cabível em mandado de segurança, para a defesa de direito legal, muito mais razão é a sua concessão para proteger direitos e prerrogativas constitucionais, desde que haja possibilidade de dano irreparável se aguardar a decisão final da Justiça e desde que ocorram os pressupostos de verossimilhança do direito (*fumus boni iuris*) e do perigo de dano irreparável (*periculum in mora*)”.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa*. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 13 nº 100, p. 165 a 192, jul./set., 2011. p. 188-189.

¹⁰⁷ Afirma Patrícia Micheli Folador que “a ação de inconstitucionalidade por omissão encontra sua fonte de inspiração na Constituição da República Portuguesa de 1976 e trata-se de um instrumento

Quando do processo constituinte de 1987/88, por influência dos juristas portugueses que, a convite, compareceram a Brasília, o país adotou o modelo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão semelhante ao que existe em Portugal, objetivando não permitir que princípios e normas constitucionais deixassem de ter eficácia, por falta da legislação pertinente.¹⁰⁸

No mesmo sentido a lição de Inocêncio Mártires Coelho, dando conta de que o instituto que se apresentava como novidade na CF/88, na realidade era fruto da experiência já testada em Portugal:

Como grande novidade, aqui no Brasil, mas não no direito estrangeiro, a Constituição de 1988 criou a figura da inconstitucionalidade por omissão - art. 103, § 2º -, inspirada na Constituição Portuguesa, inconstitucionalidade essa que haverá de ser declarada, pelo STF, quando nossa Alta Corte, diante de um "caso" submetido a seu exame, concluir que se faz necessária a adoção de medida para tornar efetiva determinada norma constitucional.¹⁰⁹

Contudo, a ADO pátria possui alcance maior do que a ação do modelo português na qual inspirada, não se limitando ao controle das omissões legislativas¹¹⁰. Dirige-se a ação prevista na CF/88 igualmente ao âmbito da Administração Pública, hipótese para a qual está o STF autorizado a determinar as providências necessárias à superação da mora, podendo fixar, ainda, o prazo de 30 dias ao seu cumprimento. Na dicção de Patrícia Micheli Folador:

A ação de inconstitucionalidade por omissão tem por fim levar a cabo o vício omissivo ou a inconstitucionalidade pela mora dos órgãos competentes para o desenvolvimento da norma constitucional. Diversamente do que ocorre no sistema jurídico português, que admite a ação de inconstitucionalidade por omissão apenas para omissões legislativas, o ordenamento jurídico brasileiro admite que o controle constitucional da omissão alcance tanto o

com a finalidade de salvaguardar o ordenamento constitucional". FOLADOR, Patrícia Micheli. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, nº 71, p. 228-260, abr.-jun./2010. p. 240.

¹⁰⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *ADPF e ADI por Omissão*. Portal Jurídico Investidura. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/1288-adpf-e-adi-por-omissao>>. Acesso em 02 fev. 2016.

¹⁰⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Controle de Constitucionalidade das Leis na Constituição de 1988*. In: Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará. Ano 2, Número 2, p. 57-61, 1989.

¹¹⁰ Segundo Juliano Taveira Bernardes, revelou-se "extremamente infeliz o constituinte brasileiro, em sua opção de copiar a Constituição portuguesa, quando criou mecanismo específico para o controle abstrato de constitucionalidade dos atos omissivos. [...] É que, considerados os poucos efeitos previstos para as decisões da ADInO, o constituinte acabou por reduzir as possibilidades de corrigir a disciplina insuficiente. Seria muito melhor não tivesse criado a ADInO ou que houvesse restringido a aplicação dela só às omissões formais, porque assim se poderia mais facilmente caminhar, no âmbito mesmo do controle da constitucionalidade dos atos comissivos, no rumo da adoção de técnicas decisórias mais eficientes para enfrentar o problema". BERNARDES, Juliano Taveira. *Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro*. In: Constituição Federal - 15 Anos - Mutação e Evolução — comentários e perspectivas. André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza (coords.), p. 225-282, Editora Método, São Paulo, 2003. p. 260.

âmbito legislativo quanto o administrativo e, nesta hipótese, o Poder Judiciário concederá o prazo de 30 dias para que a Administração Pública providencie as adaptações necessárias (art. 103, § 2º, CF/1988).¹¹¹

1.2.2 Evolução

A ADO se destina a assegurar o ordenamento jurídico como um todo – com especial atenção à garantida da ordem constitucional¹¹² -, na medida em que o reconhecimento da omissão legislativa inconstitucional pelo STF, com a consequente ciência do Poder, órgão ou autoridade em mora, aponta a um só tempo a presença de uma falha no sistema e a necessidade de seu aperfeiçoamento, de plano autorizado o STF a exigir, em se tratando de órgão administrativo, a tomada das providências necessárias em trinta dias¹¹³.

Bem sintetiza a natureza jurídica dessa ação constitucional Luís Carlos Martins Alves Júnior, ante a assertiva de que “a ADI por omissão tem como objeto a omissão inconstitucional de leis ou atos normativos federais ou estaduais, genéricos e abstratos, que inviabiliza a plena concretização da Constituição”^{114 115}.

A doutrina acerca da ADO é bastante rica, contemplando diversos posicionamentos, faz com que importantes aspectos sobre a matéria não se encontrem sedimentados. É possível, portanto, na temática da ADO, identificar correntes de pensamento em sentidos opostos, especialmente quanto ao alcance

¹¹¹ FOLADOR, Patrícia Micheli. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, nº 71, p. 228-260, abr.-jun./2010. p. 245.

¹¹² Ensina Eduardo Arruda Alvim que “a ação direta de inconstitucionalidade não visa à tutela de interesses subjetivos [hipótese para a qual se destina o mandado de injunção], mas sim ao resguardo da ordem constitucional”. ALVIM, Eduardo Arruda. *Apontamentos sobre as liminares na Ação Direta de Inconstitucionalidade, na Ação Declaratória de Constitucionalidade e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In: Temas contemporâneos do Direito. Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal. p. 117-127. Guerra Editora, Brasília, 2011. p. 117.

¹¹³ CF/88. Art. 103, § 2º.

¹¹⁴ ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O direito fundamental do feto anencefálico (uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54)*. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 19, n. 10, p. 59-80, out. 2007. p. 71.

¹¹⁵ Ainda nesse sentido a lição de Juliano Taveira Bernardes, para quem “a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADInO) é o instrumento processual de fiscalização abstrata das omissões do Poder Público quanto à tarefa de editar e de atualizar as medidas necessárias para tornar efetivas as normas constitucionais desprovidas de aplicabilidade imediata”. BERNARDES, Juliano Taveira. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADInO)*. Fredie Didier Júnior (org.). *Ações Constitucionais*. 5ª ed., ampl. e atual. p. 525-564. Editora Juspodivm, 2011. p. 526.

das decisões e à postura do STF no controle abstrato das omissões normativas.
Resume tal constatação Francisco Fernández Segado:

Quando é o legislador que incorre em omissão, o Supremo Tribunal deve dar "ciência", o que se traduz em chamar a atenção para o fato de que a inércia afronta a Constituição, sendo considerada inconstitucional. Uma interpretação demasiado literal da disposição constitucional tem levado autores a minimizar ao máximo os efeitos da decisão, que para alguns está limitada a "certificar" a existência de uma omissão, enquanto para outros a decisão não deve ser um simples conselho ou advertência ao legislador de que está em mora com o texto constitucional. Outros setores doutrinários, com visão crítica, apontam a ineficácia da decisão, fruto da timidez e imprecisão de seus efeitos. Há, ainda, aqueles que flagrantemente defendem a extrapolação dos limites constitucionais, ao argumento de que o Supremo Tribunal pode tomar, ainda que temporariamente, uma autêntica função legislativa.¹¹⁶ (tradução livre)

Contudo, ao contrário do que verificado ao estudo do MI, a compreensão do STF sobre a ADO – jurisprudencial portanto - tem sido uniforme ao longo da vigência da CF/88, monotonia que se pode atribuir a dois fatores: a delimitação das possibilidades da ADO já no texto constitucional¹¹⁷ e a experiência adquirida no controle concentrado de constitucionalidade por ação, permitindo que procedimentos já conhecidos e aplicados pelo STF fosse transportados sem maiores esforços para a ADO, *v.g.* a própria adoção do rol de legitimados originalmente previsto para a ADI. Consoante bem observa Eric Baracho Dore Fernandes “se, por um lado, a posição do STF quanto aos efeitos do mandado de injunção parece ter evoluído

¹¹⁶ SEGADO, Francisco Fernández. “Cuando es el legislativo quien ha incurrido en la omisión, el Supremo Tribunal ha de darle «ciência», o lo que es igual, ha de poner en su conocimiento que su inacción ha vulnerado la Norma suprema, siendo considerada como inconstitucional. Una interpretación creemos que excesivamente literal del precepto constitucional ha conducido a algunos autores a minimizar hasta el extremo el efecto de la decisión, que para unos se limitará a «certificar» la existencia de una omisión que el actor pretendía combatir, mientras que para otros no pasará de ser un mero consejo o un simple aviso al legislador de que se encuentra retrasado. Otros sectores de la doctrina, yendo más allá, y con una visión crítica, han puesto el acento en la virtual ineficacia de la decisión, en su timidez o en la imprecisión de sus efectos. Y también los hay que, excediendo de modo flagrante los límites constitucionales, defienden que el Supremo Tribunal Federal pueda asumir, siquiera sea temporalmente, una auténtica función legislativa.” *El nuevo régimen jurídico de la acción de inconstitucionalidad por omisión: la ley brasileña nº 12.063, de 27 de octubre de 2009*. In: Anuario Ibero americano de Justicia Constitucional, núm. 14, p. 119-182, Madrid, 2010. p. 166-167.

¹¹⁷ Consoante Heloisa da Silva Krol, “em sede de controle abstrato, diante da expressa previsão constitucional dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal entende que a decisão se presta apenas a declarar a mora e cientificar o órgão omissor”. KROL, Heloisa da Silva. *Jurisdição Constitucional e Realização do Estado Social - Omissão Inconstitucional e Controle Judicial: instrumentos para concretização dos direitos sociais mínimos*. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, p. 238-252, nº 7, 2005. p. 243.

sensivelmente, um exemplo dos últimos anos demonstra a total inefetividade dos efeitos da decisão no âmbito da ADO”¹¹⁸.

À luz da redação emprestada ao art. 103, § 2º, da CF, em que expressamente consignado que uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão, o Judiciário dará “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”, a atuação do STF em sede de controle concentrado de omissão foi devidamente conformada no texto constitucional, o eventual exercício de atividade normatizante em ADO, para além da ciência ao legislador, afronta o preceito referido. Na esteira de André Ramos Tavares, cumpre admitir:

[...] peremptórios os termos utilizados pela Constituição de 1988, ao assinalar, quanto a essa modalidade de ação, em seu art. 103, que: “§2ª Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tomar 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.”¹¹⁹

Acentua, ainda nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho que, ao contrário das hipóteses em que se imputa a inércia à autoridade administrativa, para as quais autorizado o STF pelo art. 103, § 2º, da CF/88 a fixar prazo ao cumprimento das providências cabíveis, sendo a omissão apontada ato legislativo:

[...] prazo algum será assinado para a sua elaboração, limitando-se o STF a dar ciência do reconhecimento da omissão ao Poder competente, para que este, quando entender conveniente, venha a suprir a lacuna normativa apontada pela Alta Corte, tal como se verifica, também, na Constituição de Portugal.¹²⁰

Defendendo, por seu turno, que em sede de controle de omissões inconstitucionais não cabe ao STF expedir sentença com o intuito de suprir a omissão normativa detectada, cumprindo manter sua tradicional postura de legislador negativo, Francisco Fernández Segado afirma que:

¹¹⁸ FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O controle Jurisdicional das Omissões Inconstitucionais no Direito Financeiro e Tributário*. In: Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas. Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.), Ano VII, nº 38, 2008. p. 44.

¹¹⁹ TAVARES, André Ramos. *Aspectos Atuais do Controle Abstrato da Omissão Inconstitucional do Legislador no Brasil*. In: Constituição Federal 15 anos: Mutações e Evolução – comentários e perspectivas. Coords. André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza. p. 283-311. Editora Método, São Paulo, 2003. p. 288-289.

¹²⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Controle de Constitucionalidade das Leis na Constituição de 1988*. In: Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará. Ano 2, Número 2, p. 57-61, 1989.

[...] em alguns países latino-americanos tem sido utilizadas fórmulas bastante discutíveis, considerado que tais fórmulas deixam em aberto a possibilidade de que o magistrado constitucional atue na condição de legislador, algo que nos parece inteiramente inaceitável, configurando postura da maior gravidade.¹²¹ (tradução livre)

Em sentido oposto, sob a alegação de que necessário resgatar a efetividade da ADO, ressalta-se a ampliação do alcance das decisões proferidas em seu bojo, defendendo a atuação do STF na qualidade de legislador positivo, para além das balizas constitucionais, ainda que necessário alterar o texto constitucional (*de lege ferenda*). Consoante registra Carlos Blanco de Moraes, cujo entendimento não se alinha à tese da atuação alargada por parte do STF:

No plano concreto dos remédios propostos para o controlo das omissões constitucionais, diversos autores neoconstitucionalistas defendem os seguintes postulados: a) Seria oportuna a adopção de uma emenda constitucional que fixasse para a tutela abstracta da omissão de actos legislativos, um regime idêntico ao consagrado para omissões regulamentares inconstitucionais e que envolvesse a fixação pelo STF de um prazo ao legislador para agir e, em caso de incumprimento, o mesmo STF ficaria habilitado a editar medidas normativas de sapiência, importando desta forma rever em termos actualistas e num ângulo de visão teleológico e não funcional, um Princípio da Separação de Poderes desajustado às novas tarefas do Estado Social e Democrático de Direito, as quais se centrariam na realização dos direitos sociais prestacionais.¹²²

Tal corrente prioriza a efetivação dos comandos constitucionais não autoaplicáveis – a completude do ordenamento - e, por conseguinte, a possibilidade de exercer os direitos neles assegurados. Adota-se a ótica de que, nas hipóteses em que verificada a omissão legislativa inconstitucional, exatamente por não deter poderes suficientes a fazer atuar o legislador, o STF deve lançar mão da via judicial normativa, de modo a suprir, em caráter geral e abstrato, e até que o diploma legal necessário seja expedido, o vácuo legislativo. Exemplificam tal corrente Angela Cristina Pelicoli:

É na função normativa do Supremo Tribunal Federal que se verifica o fenômeno da sentença normativa, que surge através da possibilidade da

¹²¹ SEGADO, Francisco Fernández. “En fin, los efectos de las decisiones estimatorias de la inconstitucionalidad de las inacciones del legislador es otro aspecto de la mayor trascendencia, innecesario es decirlo, en el que, particularmente en algunos países latinoamericanos, se han previsto formulas harto discutibles en cuanto que las mismas dejan abierta la posibilidad de que el juez constitucional se convierta en legislador, algo que nos parece por entero rechazable y de la mayor gravedad.” *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas - algunas cuestiones dogmáticas*. In: Direitos Fundamentais & Justiça - PUCRS. Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro (coords.), HS Editora Ltda, Ano 3 - n° 7, p. 47-80, Abr./Jun., 2009. p. 49.

¹²² MORAIS, Carlos Blanco de. *O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?* In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 20, p. 153-227, vol. 78, jan.-mar. IBDC, RT, 2012. p. 167-168.

integração judicial do ordenamento consistente na criação judicial de norma geral e abstrata pela ausência de lei provocada pelos poderes políticos e pelo próprio Supremo Tribunal Federal com a declaração de inconstitucionalidade.¹²³

Dirley da Cunha Júnior, para quem:

[...] o Poder Judiciário não só pode como deve, no exercício da jurisdição constitucional, integrar a ordem jurídica e suprir a omissão - que é inconstitucional, reitere-se - dos órgãos de direção política, mediante um efetivo controle dessa inação do Estado. Não estão em jogo, aqui, as oscilações político-partidárias, mas sim a efetividade da Constituição e o respeito pela vontade popular, fonte do maior de todos os Poderes: o Poder Constituinte! Ao contrário do que muitos comodamente advogam, os ideais de um Estado Constitucional Democrático de Direito estão a exigir essa firme postura do Judiciário, e não a repeli-la!¹²⁴

E, ainda, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ao afirmar que:

[...] o Supremo Tribunal Federal vem sistematicamente recusando-se a preencher diretamente a lacuna inconstitucional violadora da isonomia, se autorrestringindo na tarefa de corrigir diretamente a omissão legislativa inconstitucional por meio de sentenças de integração normativa autoaplicáveis.¹²⁵

Essa ausência de efetividade das decisões prolatadas em ADO, que se soma a pouca receptividade dos parlamentares brasileiros ao reconhecimento da inércia inconstitucional, tem provocado, com o intuito de superação desse estado das coisas, a apresentação de soluções criativas por parte da doutrina, a exemplo da sugerida adoção da sistemática de trancamento das pautas do Congresso Nacional, prevista no art. 64, § 2º, da CF/88¹²⁶, quando do reconhecimento da omissão normativa, consoante registra Eric Baracho Dore Fernandes:

A ineficiência dos instrumentos de controle das omissões inconstitucionais em sua concepção tradicional, somada ao descaso com que as maiorias parlamentares ocasionais por vezes tratam o dever constitucional de suprir tais lacunas, levou alguns doutrinadores a afirmarem que a Constituição de

¹²³ PELICLIOLI, Angela Cristina. *A sentença normativa na jurisdição constitucional*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 44 n. 174, p. 35-47, abr./jun. 2007. p. 42.

¹²⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *O Discurso Jurídico da Efetividade Constitucional e o Controle Judicial das Omissões do Estado. A Virada Hermenêutico-constitucional e o Desbloqueio da Constituição*. In: Direito Tributário. Estudos avançados em homenagem a Evaldo Brito. Arivaldo Santos de Souza, Guilherme Santos, Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.), Editora Atlas S.A., p. 42-75, São Paulo, 2014. p. 47.

¹²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional*. In: Direito Público, Ano VIII - n° 42, Nov./Dez., Síntese Editora, p. 47-83, 2011. p. 71.

¹²⁶ CF/88. "Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. [...] § 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)"

1988 teria previsto dois remédios para dar ciência ao órgão omissor do Poder Público, mas nenhum para suprir a lacuna normativa, propondo, até mesmo, a sua extinção e substituição pela aplicação da analogia, costumes ou princípios no caso concreto. Mesmo após a virada jurisprudencial relativa aos efeitos das decisões do mandado de injunção, a irresignação da doutrina com a inércia proposital do Congresso em face das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão levou alguns doutrinadores a proporem medidas drásticas, como uma possível aplicação analógica do trancamento de pauta caso o Legislativo não saísse de seu estado de inércia no prazo estabelecido pelo Judiciário. Outros defendem uma postura mais ativista do Judiciário [...].¹²⁷

De qualquer sorte, independentemente dos posicionamentos observáveis na doutrina, constata-se inalteradas, ao longo de quase três décadas, as possibilidades decisórias no bojo da ADO. O STF, desde o advento da CF/88, tem se limitado¹²⁸ a declarar a mora (na hipótese de omissão do Poder Legislativo) e a dar ciência ao legislador acerca da sua inércia inconstitucional, sem expedir comandos normativos com o fito de suprir, de imediato, a omissão reconhecida. Na dicção de Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Portanto, o Supremo entendeu por bem, ao julgar o mérito da ação, restringir-se a declarar a mora do legislador e a lhe dar ciência da decisão para que supra a omissão, não se admitindo então a possibilidade de formulação direta da norma faltante, seja em razão da própria literalidade do § 2º do art. 103 da CF/1988, seja sob o fundamento da violação ao princípio da separação de poderes ou da proibição do Tribunal atuar como legislador positivo.¹²⁹

O instituto da ADO, é preciso reconhecer, porque desprovido de eficácia no suprimento das omissões normativas, paulatinamente tachado de inócuo¹³⁰, está em vias de se ver lançado ao ostracismo, como outrora o foi o MI. Porém, dessa vez,

¹²⁷ FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O controle Jurisdicional das Omissões Inconstitucionais no Direito Financeiro e Tributário*. In: *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*. Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.), Ano VII, nº 38, 2008. p. 45.

¹²⁸ Para Dalton Santos de Moraes, “em um contexto comparativo, de ver-se, portanto, que, no processo de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o STF adotou o posicionamento do Tribunal Constitucional alemão de não se substituir ao legislador no saneamento de lacunas inconstitucionais [...], pois, tanto lá como cá as Cortes Constitucionais limitaram-se a declarar a inconstitucionalidade por omissão [...]”. MORAIS, Dalton Santos. *A limitação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão como mecanismo de resolução da omissão inconstitucional e a discussão sobre a responsabilidade civil do ente omissor*. In: *Revista de Processo* | vol. 171/2009 | p. 193 - 212 | Mai / 2009 DTR/2009/326. p. 5.

¹²⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional*. In: *Direito Público*, Ano VIII - n.º 42, Nov./Dez., Síntese Editora, p. 47-83, 2011. p. 56.

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. “A Adin por Omissão não permite a aplicação de qualquer mecanismo sancionatório contra o Poder Legislativo, quando este persistir na omissão, mesmo após o julgamento do Supremo Tribunal Federal. Por isso, a inconstitucionalidade por omissão revelou-se, na prática, um instrumento praticamente inócuo, pois não se mostrou hábil para corrigir a crônica inércia do legislador em disciplinar certos comandos constitucionais.” *Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (orgs.). p. 85-108. Editora Atlas S.A., São Paulo, 2001. p. 100.

caso se estabilize a compreensão jurisprudencial que empresta maior amplitude à ADPF¹³¹, entende-se remotas as possibilidades de renascimento da ADO. Na linha da inferência apresentada, registra-se a seguinte assertiva de Gilmar Ferreira Mendes:

O art. 10 da Lei nº 9.882, ao estatuir que o Supremo fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental vulnerado, abre uma nova perspectiva, não por criar uma nova via processual, mas justamente por fornecer suporte técnico-legal em subsídio ao desenvolvimento de técnicas que permitam superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão.¹³²

Em síntese, e em que pese aos entendimentos contrários observados na doutrina especializada, desde sempre as possibilidades decisórias da ADO permaneceram conformadas às balizas fixadas no art. 103, § 2º, da CF, sem que a jurisprudência do STF, hodiernamente, dê sinais indicativos de mudança de postura e receptividade das propostas doutrinárias que defendam a ampliação do alcance das decisões proferidas no bojo da ação direta em exame.

Nesse sentir, dada a baixa responsividade do parlamento brasileiro em relação às omissões normativas inconstitucionais já declaradas pelo STF, tem-se que a ADO desserve ao suprimento judicial dessas omissões, realizando, de modo insuficiente, a sua finalidade de proteção do ordenamento jurídico, destinando-se tão

¹³¹ FERNANDES, Eric Baracho Dore. “Diante de um contexto de absoluta ausência de efetividade da ADO, já se cogitou até mesmo a utilização do caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental, de modo a obter uma efetiva integração (em abstrato) das lacunas inconstitucionais. Trata-se da ADPF 4, na qual se pretendia impugnar a inconstitucionalidade por omissão parcial da Medida Provisória nº 2.190-1, que teria fixado o valor do salário-mínimo em um patamar insuficiente ao que exigiria o art. 7º, IV, da Constituição. O STF se dividiu quanto à admissibilidade da ADPF. Cinco Ministros votaram pela admissibilidade (Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Imar Galvão e Carlos Velloso) e cinco consideraram-na inadmissível (Octavio Gallotti, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Sydney Sanches e Moreira Alves). O voto de desempate coube ao Ministro Néri da Silveira, que entendeu ser cabível a ADPF para se obter o fim desejado em relação àquele ato normativo. Embora a edição de outra MP sobre o mesmo tema tenha resultado na perda de objeto da ADPF, os debates que resultaram no precedente têm levado a doutrina a questionar se, de fato, poder-se-ia admitir a utilização desse instrumento como alternativa mais eficaz que a ADO para o preenchimento de lacunas em abstrato pelo Judiciário.” *O controle Jurisdicional das Omissões Inconstitucionais no Direito Financeiro e Tributário*. In: Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas. Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.), Ano VII, nº 38, 2008. p. 45-46.

¹³² MENDES, Gilmar F. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto*. In: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.). Editora Atlas, São Paulo, p. 128-149, 2009. p. 149.

somente a reconhecer a mora do legislador e dar-lhe ciência¹³³. A teor do magistério de Fernando Luiz Ximenes Rocha, com apoio em Jorge Miranda:

Constata-se, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade por omissão não produz efeitos jurídicos precisos, como ocorre com a decisão decorrente da inconstitucionalidade por ação. Assim, conclui-se que o provimento judicial prolatado na ação de inconstitucionalidade por omissão não tem o condão de criar «qualquer obrigação jurídica para o órgão legislativo, apenas declara uma obrigação preexistente».¹³⁴

1.2.3 Regulamentação legislativa

De plano fixadas, no art. 103, § 2º, da CF/88, as balizas quanto ao alcance das decisões a serem proferidas pelo STF, o que, consoante alinhavado, culminou por definir e limitar as suas possibilidades decisórias, encerra-se a regulamentação destinada a ADO, deixados os demais aspectos ao alvedrio da atuação futura do legislador e da construção jurisprudencial no âmbito do STF.

Não somente a competência do STF para processar e julgar a ADO, bem como o rol de legitimados à sua propositura, foram questões resolvidas mediante extração interpretativa do STF¹³⁵ à luz de comandos constitucionais que se referem

¹³³ Constata Dalton Santos de Moraes que, “a par da menção de autores de escol de que as técnicas de decisão, antes ilustradas, seriam relativas ao controle de constitucionalidade por omissão, fato é que as referidas técnicas não são empregadas pelo STF em ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, o que contribui, significativamente, para a inefetividade prática das decisões proferidas pela Corte neste tipo de ação direta, que se limitam a declarar a mora do ente político responsável pela omissão inconstitucional”. MORAIS, Dalton Santos. *A limitação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão como mecanismo de resolução da omissão inconstitucional e a discussão sobre a responsabilidade civil do ente omisso*. In: Revista de Processo | vol. 171/2009 | p. 193 - 212 | Mai / 2009 DTR\2009\326. p. 4.

¹³⁴ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. In: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 8, p. 577-601, Madrid, 2004. p. 586.

¹³⁵ “Legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (...) Todos hão de concordar que, no tocante à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a fórmula escolhida pelo constituinte, já do ponto de vista estritamente formal, não se afigura isenta de críticas. O art. 102 da Constituição, que contém o elenco das competências do STF, não contempla a ação direta por omissão, limitando-se a mencionar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a, com redação da EC 3/1993). No art. 103, caput, fixam-se os entes ou órgãos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade. Parece evidente que essa disposição refere-se à ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, prevista no art. 102, I, a, já mencionado. [...] Ressalte-se que a afirmação segundo a qual os órgãos e entes legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nos termos do art. 103, caput, estariam igualmente legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão prepara algumas dificuldades. Deve-se notar que, naquele elenco, dispõem de direito de iniciativa legislativa, no plano federal, tanto o presidente da República como os integrantes da Mesa do Senado Federal e da Mesa da Câmara dos Deputados (CF, art. 61). Assim, salvo nos casos de iniciativa privativa de órgãos de outros poderes, como é o caso do STF em relação ao Estatuto da Magistratura (art. 93, caput, CF/1988), esses órgãos constitucionais não poderiam propor ação de

à ADI (arts. 102, I, “a”, e 103 da CF/88), somente em 2009 editada uma regulamentação específica para a ADO, transcorridos dez anos do advento da Lei 9.868/99, pela qual regulamentado o processo e julgamento das ADI e ADC.

Incluiu a Lei 12.063/09, na Lei 9.868/99, o Capítulo II-A, denominado “Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão”, cujo primeiro artigo¹³⁶ tem o condão de confirmar os legitimados à sua propositura¹³⁷, a saber o já utilizado rol do art. 103 da CF/88: “I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

Quanto ao alcance das decisões, o legislador ordinário reproduziu os parâmetros fixados no texto constitucional. Reafirmou, assim, que, uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão, o STF deverá apenas dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, podendo, na hipótese de omissão imputável a órgão administrativo, determinar que as providências sejam tomadas em trinta dias ou em prazo razoável que fixar¹³⁸.

Ainda no aspecto, merecedoras de registro duas remissões contidas no art. 12-H da lei regulamentadora da ADO. Uma que aponta para necessidade de

inconstitucionalidade, porque, como responsáveis ou corresponsáveis pelo eventual estado de inconstitucionalidade, seriam eles os destinatários primeiros da ordem judicial de fazer, em caso de procedência da ação. Todavia, diante da indefinição existente, será inevitável, com base mesmo no princípio de hermenêutica que recomenda a adoção da interpretação que assegure maior eficácia possível à norma constitucional, que os entes ou órgãos legitimados a propor a ação direta contra ato normativo – desde que sejam contempladas as peculiaridades e restrições mencionadas – possam instaurar o controle abstrato da omissão[...].” Voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator da ADI 3.682.

¹³⁶ “Art. 12-A. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.”

¹³⁷ “Antes da publicação da Lei 12.063/2009 não havia disposição expressa que informasse quem seriam os legitimados para propor ação de inconstitucionalidade por omissão, de forma que a doutrina e a jurisprudência faziam uma interpretação sistemática da Constituição, o que gerou o entendimento de que eram os mesmos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade (descritos no art. 103 da CF/1988).” FOLADOR, Patrícia Micheli. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, nº 71, p. 228-260, abr.-jun./2010. p. 244.

¹³⁸ “Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. § 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.”

observância do quórum¹³⁹ de no mínimo oito Ministros presentes em sessão, para fins de decidir sobre a inconstitucionalidade, nos moldes já exigidos para a ADI e para a ADC, bem como aquela que estende à ADO, no que couber, o regramento contido no Capítulo IV da Lei 9.868/99, parte do diploma legal que contempla importantes dispositivos, dentre os quais aqueles em que prevista a possibilidade de modular os efeitos da decisão, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões ao Poder Judiciária e à Administração Pública¹⁴⁰.

Por seu turno, inova a Lei 12.063/09 ao prever medida cautelar¹⁴¹ em ADO, cuja impossibilidade do cabimento já encontrava adeptos na doutrina, alinhada ao entendimento jurisprudencial firmado no STF, especialmente à luz da consideração de que o provimento liminar não pode superar o definitivo e, assim, porque limitada a decisão de mérito em ADO a dar ciência ao legislador, não haveria medida que pudesse ser contemplada cautelarmente para fins de assegurar a eficácia do provimento definitivo, nos moldes do que observado por Patrícia Micheli Folador:

Muito se discutia na doutrina se seria cabível, no âmbito da ação de inconstitucionalidade por omissão, a concessão de medida cautelar. A doutrina majoritária firmou entendimento no sentido de que seria incabível a medida cautelar nas ações de inconstitucionalidade por omissão, sob a

¹³⁹ “Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.”

¹⁴⁰ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

¹⁴¹ “Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias. § 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). § 2º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias. § 3º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal. Art. 12-G. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 (dez) dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I do Capítulo II desta Lei.”

premissa de que neste tipo de ação o Tribunal se limita a reconhecer a inobservância do dever de legislar, sem poder ir além.¹⁴²

Assim, sem desconsiderar posicionamentos contrários ao cabimento de medida cautelar em ADO mesmo sob a égide da previsão legal^{143 144}, fato é que o STF está autorizado a concedê-la quando preenchidos os seus pressupostos e nas hipóteses em que reputar cabível a providência urgente, situações que a doutrina já cuidou de elencar, a exemplo da proposta de Eduardo Arruda Alvim:

[...] de acordo com a recente Lei 12.063/09, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal (§ 1.º, do art. 12-F, da Lei 9.868/99, com redação da Lei 12.063/09).¹⁴⁵

Registra-se, por fim, que essa atualização legislativa, tornando possível a concessão de medida cautelar em ADO, merece ser considerada quanto ao cabimento da tutela de urgência em MI, não havendo razão suficiente a justificar obstáculo à extensão ao *writ*, especialmente quando se observa o maior alcance hoje emprestado às decisões nele proferidas – reconhecido pela doutrina -, bem

¹⁴² FOLADOR, Patrícia Micheli. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, nº 71, p. 228-260, abr.-jun./2010. p. 248.

¹⁴³ Nesse sentido Juliano Taveira Bernardes: “Logo se percebe, essa previsão legal de medida cautelar para suspender a aplicação da lei ou do ato normativo questionado, embora faça todo o sentido no âmbito da ADIn, não se parece nada pertinente na via da ADInO. Isso porque, no caso de uma omissão parcial, a suspensão da medida deficitária só iria agravar ainda mais a inoperância da norma constitucional de aplicabilidade mediata. A única interpretação plausível, a respeito, seria incluir tal suspensão cautelar no contexto das decisões aditivas, de modo que uma omissão formal poderia ser remediada pela suspensão da eficácia da norma “na parte em que ela não prevê” o que deveria ter previsto. Contudo, diante da delimitação constitucional dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão no direito brasileiro, também essa interpretação se mostra equivocada. Em face do § 2º do art. 103 da Constituição, a adoção de decisões aditivas, na via do controle abstrato da constitucionalidade, só parece pertinente no âmbito das ações contra atos comissivos”. BERNARDES, Juliano Taveira. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADInO)*. Fredie Didier Júnior (org.). *Ações Constitucionais*. 5ª ed., ampl. e atual. p. 525-564. Editora Juspodivm, 2011. p. 555.

¹⁴⁴ Carlos Blanco de Moraes apregoa “que para as omissões absolutas não faz sentido a adoção de medidas cautelares (as liminares), já para omissões relativas, o art. 12-F, § 1º, da Lei 9.868/1999 prevê um regime cautelar de suspensão de lei ou acto normativo questionado, em termos próximos aos previstos para a inconstitucionalidade por ação”. MORAIS, Carlos Blanco de. *O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?* In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 20, p. 153-227, vol. 78, jan.-mar. IBDC, RT, 2012. p. 158.

¹⁴⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. *Apontamentos sobre as liminares na Ação Direta de Inconstitucionalidade, na Ação Declaratória de Constitucionalidade e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In: Temas contemporâneos do Direito. Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal. p. 117-127. Guerra Editora, Brasília, 2011. p. 121-122.

como a sua finalidade precípua de assegurar o imediato exercício de direito subjetivo ou de prerrogativa constitucional.

1.3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Não obstante ação constitucional prevista na CF/88 sem a finalidade precípua de instaurar o controle de omissões normativas¹⁴⁶, nos moldes para os quais instituídos o MI e a ADO, entende-se necessário, ainda que de forma breve, abrir o presente tópico, observadas as indefinições doutrinárias e jurisprudenciais acerca das possibilidades da ADPF, ação que tem sido igualmente utilizada para veicular a inércia do legislador¹⁴⁷ junto ao STF, a exemplo do ocorrido na ADPF 54¹⁴⁸, sobre a questão do aborto de feto anencefálico, cujo fragmento extraído do voto do Ministro Luiz Fux não deixa margem a dúvidas:

A lacuna normativa atual não deve conduzir à incriminação da conduta, sendo o caso de recurso à equidade integrativa, de que tratou Aristóteles na sua *Ética a Nicômaco*, para permitir o preenchimento da omissão legislativa com aquilo que teria dito o legislador se tivesse conhecido os dados aterrorizantes da gestação de feto anencefálico.¹⁴⁹

A ADPF se encontra prevista no § 1º do art. 102 da CF/88¹⁵⁰, que assim dispõe: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

¹⁴⁶ A utilização da ADPF para o controle de omissões normativas (em substituição à ADO) tem sido objeto de maior consideração após o advento da Lei 9.882/99, na linha da constatação de Juliano Taveira Bernardes, de que “a partir da regulamentação dada pela Lei 9.882/99 ao atual § 1.º do art. 102 da CF/88, pode-se dizer que a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), por sua modalidade autônoma (caput do art. 1.º da Lei 9.882/99), também se inclui no rol dos instrumentos judiciais especialmente vocacionados à fiscalização da constitucionalidade dos atos omissivos. BERNARDES, Juliano Taveira. *Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro*. In: Constituição Federal - 15 Anos - Mutações e Evolução — comentários e perspectivas. André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza (Coords.), p. 225-282, Editora Método, São Paulo, 2003. p. 237-238.

¹⁴⁷ Corrobora a constatação a seguinte assertiva feita por Ives Gandra da Silva Martins acerca da postura do STF ao exame da ADPF 54: “[...] foi com profunda preocupação que vi o STF, na ADPF 54 – caso dos anencéfalos - outorgar-se poderes de legislador positivo e de preenchimento de vácuos legislativos, substituindo-se ao Congresso Nacional para a geração de nova hipótese de aborto não previsto na lei penal, nada obstante o Congresso Nacional estar discutindo – como bem relatou a Ministra Ellen Gracie - sete projetos de lei para regular a matéria. No mesmo sentido votaram os Ministros Carlos Mário Velloso, Cesar Peluso e Eros Grau, sendo, todavia, vencidos”. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *ADPF e ADI por Omissão*. Portal Jurídico Investidura. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/1288-adpf-e-adi-por-omissao>>. Acesso em 02 fev. 2016.

¹⁴⁸ ADPF 54, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, J. em 12.04.12, DJe 30.04.13.

¹⁴⁹ Voto do Ministro Luiz Fux na ADPF 54.

¹⁵⁰ Na redação original do texto da CF/88 a ADPF foi alocada no parágrafo único do art. 102, preceito posteriormente transformado em § 1º, ao advento da EC 3/93.

Assim, laconicamente¹⁵¹ encerrada a moldura da ADPF no texto constitucional, não causa perplexidade o ambiente de incertezas em que se insere a arguição, sequer sabido o que se deve entender por “preceito fundamental”¹⁵². Nesse sentido o magistério de Keith Rosenn:

O significado do termo “preceito fundamental” não é inteiramente claro. A doutrina o descreve para incluir muito mais que “princípios fundamentais” previstos nos artigos 1º a 4º da Constituição, estendendo aos direitos individuais e coletivos garantidos no artigo 5º, ou talvez a todos aqueles princípios que não podem ser mudados por emenda constitucional, *i.e.*, as chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º).¹⁵³

Registra-se, ainda, a seguinte lição de Gilmar Ferreira Mendes, que bem demonstra a amplitude que se pode emprestar ao conteúdo de “preceito fundamental”, lição essa firmada à luz da jurisprudência do STF:

Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de poderes, da forma federativa do Estado, ou dos direitos e garantias individuais, exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, de suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confiram densidade normativa ou significado específico a esse princípio.¹⁵⁴

¹⁵¹ Nessa linha a assertiva de Gilmar Ferreira Mendes, para quem “a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental veio prevista na Lei Maior de forma bastante singela [...]. A ausência de qualquer antecedente histórico significativo dificultava enormemente a disciplina infraconstitucional do instituto. Sepúlveda Pertence chegou a chamá-lo de autêntica “esfinge” do direito brasileiro. MENDES, Gilmar F. *A Evolução do Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1988*. In: Estudos contemporâneos de direito público: em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha. Carlos Eduardo Contar, Daniel Castro Gomes da Costa e André Puccinelli Júnior (orgs.). Editora Pillares, p. 23-38, São Paulo, 2010. p. 30.

¹⁵² Segundo Patrícia Micheli Folador “a lei admite a utilização deste instituto no combate à violação de preceitos fundamentais por atos decorrentes do poder público (normativos ou puramente materiais). A dificuldade no tocante a este instituto é estabelecer o que seja “preceito fundamental”, haja vista que houve omissão do legislador neste sentido. Por se tratar de um instrumento de proteção de valores essenciais, preceitos fundamentais e direitos básicos, será o próprio STF, ao analisar o caso concreto, que valorará se o direito debatido se trata de um preceito fundamental”. FOLADOR, Patrícia Micheli. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, nº 71, p. 228-260, abr.-jun./2010. p. 237-238.

¹⁵³ ROSENN, Keith S. *Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada*. In: Revista de Direito Administrativo, nº 235, I-IV, p. 159-185, jan./mar., Rio de Janeiro, 2004. p. 182.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar F. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto*. In: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (orgs.). Editora Atlas, São Paulo, p. 128-149, 2009. p. 131.

E é nesse contexto de indefinições¹⁵⁵ que alguns doutrinadores passam a compreender a ADPF como ação subsidiária^{156 157}, com a finalidade de complementar o sistema de controle abstrato de constitucionalidade¹⁵⁸, razão pela qual seria cabível tão somente nas hipóteses em que ausente outro meio eficaz a afastar a lesão¹⁵⁹, enquanto outros defendem um espectro mais amplo na ADPF¹⁶⁰,

¹⁵⁵ Afirma Gilmar Ferreira Mendes que, “até que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie acerca do efetivo alcance da expressão “preceitos fundamentais”, ter-se-á de assistir ao debate entre os cultores de uma interpretação ampla e aberta e os defensores de uma leitura restritiva e fechada do texto constitucional. MENDES, Gilmar F. *A Evolução do Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1988*. In: Estudos contemporâneos de direito público: em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha. Carlos Eduardo Contar, Daniel Castro Gomes da Costa e André Puccinelli Júnior (orgs.). Editora Pillares, p. 23-38, São Paulo, 2010. p. 32.

¹⁵⁶ Nesse sentido, Ives Gandra da Silva Martins, para quem a “Emenda Constitucional n. 3/93, introduziu o § 1º ao artigo 102 da Constituição Federal, instituindo a ação de descumprimento de preceito fundamental e criando um veículo de menor espectro e abrangência que aquele da ADI por omissão”. E reforça referido autor o seu entendimento ante a seguinte assertiva: “tanto é verdade que, de 1993 até 1999, sequer se pensou em regular a ADPF, idéia que Celso Bastos levou a Gilmar Mendes, depois de a termos discutido, e que fez com que Gilmar pedisse ao Presidente Fernando Henrique a nomeação de uma Comissão de Juristas (Celso, Gilmar, Arnoldo Wald, Oscar Corrêa e eu) para produzir o ante-projeto. Em honra ao saudoso jurista e companheiro de comentários à Constituição, a Comissão foi denominada de “Comissão Celso Bastos” e por ele presidida. Do projeto, resultou a Lei n. 9882/99, que não objetivou – e nem poderia - tornar o Supremo Tribunal Federal um legislador positivo e muito menos teve a intenção de se transformar num vínculo processual de maior abrangência que o do controle abstrato, introduzido pelo Constituinte Originário de 1988. É uma ação, indiscutivelmente, de espectro menor que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão”. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *ADPF e ADI por Omissão. Portal Jurídico Investidura*. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/1288-adpf-e-adi-por-omissao>>. Acesso em 02 fev. 2016.

¹⁵⁷ Apontando a subsidiariedade da ADPF, propõe Luís Carlos Martins Alves Júnior “uma primeira noção conceitual de ADPF: ação constitucional, subsidiária da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, provocadora da jurisdição concentrada do STF, em face de relevantes normas ou atos do Poder Público federal, estadual, distrital ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, sujeitos à apreciação judicial, em defesa da supremacia normativa dos preceitos constitucionais fundamentais”. ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O direito fundamental do feto anencefálico (uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54)*. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 19, n. 10, p. 59-80, out. 2007. p. 69.

¹⁵⁸ Especialmente porque a Lei 9.882/99, por seu art. 1º, autoriza o controle de constitucionalidade não somente de lei ou ato normativo das esferas federal e estadual, mas também na municipal, alcançando, ainda, aqueles editados antes da CF/88 (Art. 1º [...] Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

¹⁵⁹ Consoante Marlon Tomazette “a nota essencial a distinguir a arguição de descumprimento de preceito fundamental das demais formas de controle concentrado de constitucionalidade reside justamente no fato de esta possuir parâmetro de controle mais restrito - a violação demonstrada não pode ser contra qualquer norma constitucional, mas apenas a preceito tido por fundamental - a par de possuir objeto de controle mais amplo - compreendendo os atos em geral do Poder Público, emanado por qualquer um dos Poderes, incluindo nessa esfera também os atos normativos anteriores à Constituição Federal de 1988. Além disso, há a subsidiariedade, vale dizer, a arguição de descumprimento de preceito fundamental só deve ser manejada se não houver outro meio eficaz para a solução do problema”. TOMAZETTE, Marlon. *A evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. In: Revista de Direito Constitucional Internacional, Maria Garcia (coord.), Ano 18, n. 70, jan./mar., p. 109-142. Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 138.

destinando-se tal instrumento a suprir deficiências – particularmente quanto ao alcance das decisões - das demais ações constitucionais de controle abstrato¹⁶¹, havendo, ainda, aqueles que sustentam a utilização da ADPF de forma a autorizar a atuação do STF como legislador positivo, panaceia jurídica que tornaria até o MI¹⁶² uma ação dispensável. Por exemplo, no aspecto pertinente ao suprimento de omissões na via da ADPF, partindo da premissa de que, embora instrumento cuja finalidade está em declarar “oficialmente” a mora do legislador, na ADO o STF não está autorizado a superar o vácuo legislativo, defende Walter Claudius Rothenburg ser a ADPF:

[...] meio capaz de conduzir à superação do descumprimento de preceitos fundamentais. Consta expressamente da Lei regulamentadora do instituto que seu cabimento atrela-se, dentre outras hipóteses, à inexistência de meio capaz de sanar a lesividade ao preceito fundamental. É o que ocorre com a hipótese de omissão, que ainda não pôde ser eficazmente combatida, devendo-se, pois, para esse fim, admitir a ADPF, como já reconheceu o STF.¹⁶³

¹⁶⁰ Defende André Ramos Tavares que “a argüição de descumprimento de preceito fundamental caberá sempre para suplantar o estágio de letargia jurídica do agente constitucionalmente competente para a deflagração do processo legislativo. No descumprimento (requisito de cabimento da argüição) insere-se a inconstitucionalidade por omissão. Esta, portanto, pode conduzir a uma situação atentatória a preceito fundamental, ensejadora do cabimento da argüição de descumprimento. Só caberá, contudo, a ADPF quando estiver identificada a existência de um preceito constitucional considerado fundamental que tenha sido descumprido pela inércia legislativa”. TAVARES, André Ramos. *Aspectos Atuais do Controle Abstrato da Omissão Inconstitucional do Legislador no Brasil*. In: Constituição Federal 15 anos: Mutação e Evolução – comentários e perspectivas. André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza (coords.). p. 283-311. Editora Método, São Paulo, 2003. p. 284.

¹⁶¹ Destaca, nesse sentido, Daniel Sarmento, “que a ADPF não veio para tutelar direitos constitucionais do cidadão em face do Estado, mas para proteger a governabilidade, concentrando mais poderes no Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, ao custo de um correlato retraimento na competência dos demais juízes e tribunais. Ela aprofundará ainda mais a tendência, que vem se manifestando no Direito brasileiro desde o advento da Constituição de 1988, de reforço do controle concentrado no Direito brasileiro, o que tem como inevitável consequência a redução da importância política do controle difuso, no complexo sistema de fiscalização de constitucionalidade adotado no ordenamento pátrio. SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (orgs.). p. 85-108. Editora Atlas S.A., São Paulo, 2001. p. 108.

¹⁶² Consoante Walter Claudius Rothenburg “talvez seja justamente o insucesso do mandado de injunção, com base na tacanha leitura de suas possibilidades (restritas, às mais das vezes, à censura do órgão estatal omissor, sem que se dê ao mandado de injunção a condição de suprir, ele próprio, a omissão de norma regulamentadora de direito constitucional), que justifique a utilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental em casos de omissão estatal”. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei 9.882/99*. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (orgs.). Editora Atlas, São Paulo, 2001. p. 216.

¹⁶³ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei 9.882/99*. Organizadores André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. Editora Atlas, São Paulo, 2001. p. 309.

Hodiernamente por alguns tratada como novidade no ordenamento pátrio, a ADPF já se encontrava prevista na redação original da CF/88. Sem desconsiderar que o preceito constitucional instituidor da ADPF expressamente impôs a sua apreciação “nos termos da lei”, é interessante notar que, somente com a sua regulamentação, operada ao advento da Lei 9.882/99, a arguição de descumprimento passa a despertar maior atenção da comunidade jurídica em geral, particularmente a partir do ano 2000, quando ajuizada a primeira ADPF junto ao STF.

A lei regulamentadora da ADPF, dentre outros aspectos, prevê a possibilidade de concessão de medida liminar, por decisão da maioria absoluta dos Ministros do STF, a teor do seu art. 5º, tutela que pode ser concedida pelo Relator do processo, *ad referendum* do Tribunal Pleno, “em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso”. Constata-se que tal autorização legislativa já foi incorporada à praxe do STF, *v.g.* a medida cautelar recentemente deferida na ADPF 382¹⁶⁴ MC, em 29.01.16 – no recesso judiciário, *ad referendum* do Plenário –, pela qual suspensa a eficácia de dispositivos de decreto da União em que previstas condições para o refinanciamento de dívidas de Estados e Municípios.

Contempla o diploma legal, por seu turno, a subsidiariedade da ADPF, ao dispor em seu art. 4º, § 1º, que “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”, subsidiariedade essa identificada por Luís Carlos Martins Alves Júnior em estudo dedicado ao julgamento da ADPF 54:

Para uma solução dessa dúvida constitucional, entre os institutos processuais existentes, a ADPF era o mais indicado. Isso porque incabíveis as demais ações diretas (ADI ou ADC) perante o STF, visto que o conjunto normativo impugnado era anterior à Constituição de 1988. Também os demais instrumentos processuais não produziram os efeitos jurídicos desejados. Assim, acertadamente, o STF julgou cabível a ADPF para enfrentar um tema tão problemático e merecedor de profunda análise e amplo debate pela comunidade dos interessados: a sociedade civil como um todo.¹⁶⁵

¹⁶⁴ ADPF 382 MC, Relator Ministro Celso de Mello, decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia, no exercício da Vice-Presidência do STF.

¹⁶⁵ ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O direito fundamental do feto anencefálico (uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54)*. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 19, n. 10, p. 59-80, out. 2007. p. 71.

Quanto à subsidiariedade, pelo prisma jurisprudencial, é possível afirmar que o STF tem observado as restrições legais ao cabimento da ADPF, priorizando, contudo, a proteção a preceitos fundamentais, a solução da controvérsia e, assim, o afastamento da lesividade, em detrimento da previsão de outros meios, em tese igualmente adequados no ordenamento jurídico. Consolida o atual entendimento do STF o teor da ementa lançada ao julgamento da ADPF 17 AgR¹⁶⁶:

[...] O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP. A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir - impedindo, desse modo, o acesso imediato à argüição de descumprimento de preceito fundamental - revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse writ constitucional. - A norma inscrita no art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99 - que consagra o postulado da subsidiariedade - estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado.

Por seu turno, a merecer registro, o *caput* do art. 10 da Lei 9.882/99, de duvidosa constitucionalidade, ao emprestar, na via ordinária alcance que extrapola as balizas impostas pelo próprio texto constitucional às demais ações de controle abstrato, particularmente à ADO. Dispõe tal preceito legal que, “julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”.

Assim, para os defensores do maior alcance da ADPF, a parte final do dispositivo em apreço permite interpretação que autoriza o STF a atuar como legislador positivo, superando a omissão normativa inconstitucional detectada, em imediato afastamento da lesão, entendimento que parece conflitar com a previsão constitucional limitativa desse alcance no bojo da ADO.

¹⁶⁶ ADPF 17 AgR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 05.06.02, DJe 14.02.03.

Com efeito, porquanto se trata a ADO de ação destinada pelo Constituinte¹⁶⁷ exatamente ao enfrentamento do fenômeno da mora legislativa, entender a ADPF com amplitude maior, precisamente nas hipóteses em que nela se veicula omissão normativa, equivocadamente subverte a hierarquia das normas jurídicas, tornando letra morta o art. 103, § 2º, da CF/88, que preconiza apenas a ciência do Poder omissor, em face do art. 10 da Lei 9.882/99.

1.4 A omissão normativa inconstitucional

Compreender a omissão normativa como fenômeno passível de ser identificado, a permitir que o Poder Judiciário declare a sua inconstitucionalidade – dentre outras medidas e alcances, a depender do modelo jurídico que se adote -, pressupõe um sistema de controle de constitucionalidade, o qual, por sua vez, impõe o reconhecimento de que há um diploma fundante do ordenamento jurídico, cuja supremacia não convive com vácuo legislativo que impeça a plena eficácia de seus preceitos. No magistério de Víctor Bazán:

A habilitação do controle sobre as omissões inconstitucionais almeja, dentre outros objetivos, recompor o império da Lei Fundamental, cuja supremacia teria sido momentaneamente marginalizada pela agressão negativa do órgão omissor. De maneira convergente, deve-se recordar que o controle de constitucionalidade, enquanto noção jurídica, é inseparável da Constituição, enquanto norma suprema de um determinado ordenamento jurídico.¹⁶⁸
(tradução livre)

Nesse mesmo sentido, Marlon Tomazette ensina que o reconhecimento da supremacia exige:

¹⁶⁷ Entende-se que o estabelecimento das balizas à atuação do STF no controle das omissões normativas não passou ao largo do Constituinte, consoante se pode inferir da constatação feita por Eric Baracho Dore Fernandes de que “que durante a Assembleia Nacional Constituinte houve debate expresso sobre o tema, tendo sido consignada em ata a opção política de estabelecer prazo somente para o Executivo”. FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O controle Jurisdicional das Omissões Inconstitucionais no Direito Financeiro e Tributário*. In: Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas. Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.), Ano VII, nº 38, 2008. p. 42.

¹⁶⁸ BAZÁN, Víctor. “La activación del contralor sobre las omisiones inconstitucionales persigue entre otros objetivos recomponer el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía habría quedado momentáneamente marginada por la agresión negativa del órgano omitente. En dirección convergente, debe recordarse que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado”. *En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconventionalidades omissivas*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 16.º año, p. 151-177, Montevideo, 2010. p. 156-157.

[...] um mecanismo apto para verificar a conformidade dessas normas com a Carta Magna. Esse é o controle da constitucionalidade, o exercício desse mecanismo consiste em verificar se os atos normativos não contrariam a Constituição, objetivando impedir a subsistência de normas inconstitucionais.¹⁶⁹

Por seu turno, enquanto o controle de constitucionalidade (por ação) deita suas raízes na experiência estadunidense, precisamente no conhecido caso *Marbury vs. Madison*, datado de 1803, o controle de constitucionalidade de omissões normativas tem sua origem na prática judicial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, consoante registra Pablo Andrés Bonilla Hernández:

A inconstitucionalidade por omissão nasce doutrinária e jurisprudencialmente na Alemanha, a partir da célebre decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 29 de janeiro 1969, pela qual se efetivou o artigo 6º, inciso 5, da Lei Fundamental de Bonn. Desde de então, o Tribunal Constitucional tem entendido que o Poder Legislativo viola a Constituição tanto ao promulgar leis em desacordo com a Lei Fundamental, quanto nas hipóteses em que, presente um mandamento de legislar, não a cumpre dentro de uma prazo razoável.¹⁷⁰ (tradução livre)

Em linhas gerais os sistemas de controle de constitucionalidade se dividem em dois tipos¹⁷¹, quais sejam: i) o difuso ou incidental, em que todos os órgãos do Poder Judiciário, por ocasião do julgamento do caso concreto, estão autorizados a aferir a (in)constitucionalidade de determinado preceito legal, e ii) o concentrado, em que há previsão de um específico órgão daquele Poder, bem como de ações próprias a provocá-lo diretamente, para fins de exame da (in)constitucionalidade da lei em abstrato, ou seja, de forma não vinculada a julgamento de um caso concreto em particular.

¹⁶⁹ TOMAZETTE, Marlon. *A evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. In: Revista de Direito Constitucional Internacional, Maria Garcia (coord.), Ano 18, n. 70, jan./mar., p. 109-142. Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 111-112.

¹⁷⁰ HERNÁNDEZ, Pablo Andrés Bonilla. "La inconstitucionalidad por omisión nace doctrinaria y jurisprudencialmente en Alemania. Es a partir de la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán dictada el 29 de enero de 1969 que se institucionaliza la efectivización del artículo 6.º, inciso 5.º, de la Ley Fundamental de Bonn, y desde ese entonces el Tribunal Constitucional ha entendido que el Poder Legislativo viola la Constitución tanto al promulgar leyes que no están de acuerdo con ella como en los casos en que no cumpla, dentro de un término prudente, con un mandato contenido en ella." *La inconstitucionalidad por omisión: un proceso que clama por su institucionalización*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009. Konrad Adenauer Stiftung. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Ano XV, p 45-64. Montevideo, 2009. p. 48.

¹⁷¹ Ensina Angela Cristina Pelicioli que "existem organizados, nos Estados Democráticos de Direito, dois sistemas de controle: o controle político e o controle jurisdicional. O controle jurisdicional, por sua vez, subdivide-se em dois: o sistema de controle difuso (modelo americano) e o sistema de controle concentrado (modelo europeu)". PELICOLI, Angela Cristina. *A sentença normativa na jurisdição constitucional*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 44 n. 174, p. 35-47, abr./jun. 2007. p. 37.

No ordenamento jurídico brasileiro, inaugurado com a CF/88¹⁷², não somente convivem essas duas espécies de controle de constitucionalidade, como também, no que tange especificamente ao controle das omissões normativas, no Brasil, de modo singular, há a possibilidade de se provocar diretamente o STF pelas duas vias – na incidental (difuso) por meio do MI e na direta (concentrado) através da ADO.

Mas o que se entende por omissão normativa? Nas palavras de Francisco Fernández Segado, “a conceituação jurídica das omissões constitucionalmente relevantes e, por isso mesmo, suscetíveis de controle, é outra questão dogmática da maior relevância e que está longe de ser pacificada na doutrina [...]”.¹⁷³ (tradução livre)

Compreendido o fenômeno de forma ampla¹⁷⁴, pode-se dizer que a omissão normativa “inconstitucional” configura pernicioso processo de mutação constitucional, porque a inércia legislativa faz com que o texto constitucional, o programa nele consagrado pelo Constituinte¹⁷⁵, não se realize em sua inteireza, ou se realize de modo tardio, já fora do contexto social em que idealizado¹⁷⁶. Anna Cândida da Cunha Ferraz ensina que, “como modalidade de mutação constitucional, a inércia é processo pernicioso, que acarreta consequências desastrosas à vida

¹⁷² A concomitância dos mecanismos de controle não é novidade no Brasil, observado que o controle difuso de constitucionalidade já encontrava previsão em legislações editadas após a proclamação da República (1891), tendo sido o controle concentrado introduzido na CF/46 pela EC 16/65, através da representação de inconstitucionalidade, para a qual legitimado ativo o Procurador-Geral da República.

¹⁷³ “La conceptualización, o si así se prefiere, la caracterización jurídica de las omisiones constitucionalmente relevantes y, por ello mismo, susceptibles de control, es otra cuestión dogmática de la mayor relevancia y en la que están lejos de ser pacíficas las posiciones de la doctrina [...]. SEGADO, Francisco Fernández. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas - algunas cuestiones dogmáticas*. In: Direitos Fundamentais & Justiça - PUCRS. Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro (coords.), HS Editora Ltda, Ano 3 - n° 7, p. 47-80, Abr./Jun., 2009. p. 48.

¹⁷⁴ Assinala, por exemplo, Vanice Regina Lírio do Valle, que “o próprio conceito de omissão sugere: ato ou efeito de deixar de lado, desprezar ou esquecer, preterição, esquecimento”. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais*. In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jan./mar. 2009.

¹⁷⁵ Nesse sentido, aponta Léo Brust que a omissão normativa “é um fenômeno da mais alta gravidade, porque contraria a vontade do poder constituinte originário e sua reiteração pode gerar o fenômeno da mutação informal da Constituição. Isto é, a reiterada falta de respeito ao dever de legislar pode levar a uma espécie de descumprimento tolerado ou condescendente dos termos da Constituição fixados pelo poder constituinte originário”. BRUST, Léo. *Controle de Constitucionalidade. A tipologia das Decisões do STF*. Juruá Editora, Curitiba, 2014. p. 211.

¹⁷⁶ Ressalta Carlos Alexandre de Azevedo Campos que, “quanto mais persistente for a negativa do legislador em cumprir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, mais se comprometerá e debilitará a própria força normativa da Constituição”. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional*. In: Direito Público, Ano VIII - n° 42, Nov./Dez., Síntese Editora, p. 47-83, 2011. p. 51.

constitucional dos Estados”¹⁷⁷. Outra não é a lição de Daniel Sarmiento, para quem “uma das formas mais insidiosas de se frustrar a efetividade da Constituição consiste na inércia do Poder Público em regulamentá-la”.¹⁷⁸

De igual modo, ensina Inocêncio Mártires Coelho, ombreando o “jurista chinês Dau-Lin, que a mutação constitucional é um estado de incongruência entre as normas constitucionais, por um lado, e a realidade constitucional, por outro, e que essa anomalia pode ser provocada”:

[...] a) mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; b) pela impossibilidade de se exercerem certos direitos estatuídos constitucionalmente [...].¹⁷⁹

E, nessa esteira, tem-se que o reconhecimento da omissão normativa consubstancia um juízo de reprovação do Poder Judiciário acerca da inação do Poder Legislativo, a teor do ensinamento de Dirley da Cunha Júnior, para quem a declaração de inconstitucionalidade por omissão pode ser entendida como “uma sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos do Estado pelo silêncio transgressor da Constituição e destinada a evitar o bloqueio do texto constitucional e a erosão da força normativa da Constituição”¹⁸⁰.

Por seu turno, divide-se a omissão normativa em duas espécies, quais sejam a omissão parcial ou relativa¹⁸¹ e a total ou absoluta. Esta indica uma inação do

¹⁷⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 231.

¹⁷⁸ SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (orgs.). p. 85-108. Editora Atlas S.A., São Paulo, 2001. p. 100.

¹⁷⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª ed. Editora Saraiva, 2011. p. 181.

¹⁸⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O Discurso Jurídico da Efetividade Constitucional e o Controle Judicial das Omissões do Estado. *A Virada Hermenêutico-constitucional e o Desbloqueio da Constituição*. In: *Direito Tributário. Estudos avançados em homenagem a Evaldo Brito*. Arivaldo Santos de Souza, Guilherme Santos, Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.), Editora Atlas S.A., p. 42-75, São Paulo, 2014. p. 43.

¹⁸¹ Para além de outras classificações encontráveis na doutrina, v.g. omissões formais – em que inseridas as absolutas - e materiais, há autores que estabelecem distinção sutil entre as omissões parciais e omissões relativas. Nesse sentido Juliano Taveira Bernardes: “De seu turno, as diferenças entre omissão parcial e omissão relativa são bastante sutis. Porém, a delimitação desses tipos de omissão parece residir nos respectivos parâmetros de controle. Na omissão parcial, presente prévia obrigação concreta de atuação normativa voltada à exequibilidade de alguma norma constitucional, a inconstitucionalidade está no cumprimento insuficiente do próprio preceito que impõe essa obrigação. Na omissão relativa, inexistindo tal obrigação prévia, o parâmetro utilizado para sustentar a inconstitucionalidade é composto pelos preceitos auto-aplicáveis que conduzem a atuação normativa no sentido da observância do princípio constitucional da isonomia e das normas que dele decorrem”. BERNARDES, Juliano Taveira. *Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro*. In: *Constituição Federal - 15 Anos - Mutação e Evolução - comentários e perspectivas*.

Poder, órgão ou autoridade responsável pela edição do ato, que deixa, assim, de cumprir integralmente o comando constitucional, enquanto aquela aponta para a atuação, porém deficiente. Verifica-se, portanto, a omissão relativa quando embora inserida no ordenamento jurídico o diploma legal tendente a dar plenitude ao preceito constitucional, deixa de fazê-lo de modo satisfatório. Consoante ensina Léo Brust, o STF:

Deixou assentado, ademais, que como omissão deveria ser entendida não apenas a chamada omissão absoluta do legislador, isto é, a total ausência de normas, mas também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório do dever constitucional de legislar. De modo que também para o STF a inconstitucionalidade por omissão se produz não só quando o legislador não cumpre com seu dever de legislar, mas também quando o satisfaz de forma incompleta.¹⁸²

E, também nessa linha, Eric Baracho Dore Fernandes:

Diz-se total ou absoluta a omissão quando a providência exigida constitucionalmente não é realizada, e parcial quando a providência é realizada, mas de forma insuficiente para atender ao comando constitucional. Na omissão parcial a norma ou ato existe, mas atende de forma deficiente o comando constitucional.¹⁸³

Registra-se, ainda, que o conceito de omissão normativa parcial traz em si valoração que aponta para a não observância do princípio da igualdade, na medida em que o regramento editado possui extensão menor do que a pretendida pelo comando constitucional, deixando de contemplar pessoas ou grupos que deveriam ter sido por ele alcançados, bem como estendendo direitos a pessoas ou grupos não assegurados pelo preceito constitucional. Consoante Víctor Bazán, as omissões normativas:

[...] podem ser: absolutas ou totais, quando não se edita a lei que deve regulamentar uma específica situação jurídica fixada constitucionalmente; e relativas ou parciais, quando o legislador edita a lei para cumprir o comando constitucional, a qual, em igualdade de condições e circunstâncias, favorece certos grupos, sem nenhuma justificativa objetiva, bem como negligencia outros ou concede benefícios a alguns que não são dispensados a outros, ou seja, a legislação viola o princípio da igualdade [...].¹⁸⁴ (tradução livre)

André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza (Coords.), p. 225-282, Editora Método, São Paulo, 2003. p. 234.

¹⁸² BRUST, Léo. Controle de Constitucionalidade. A tipologia das Decisões do STF. Juruá Editora, Curitiba, 2014. p. 223.

¹⁸³ FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O controle Jurisdicional das Omissões Inconstitucionais no Direito Financeiro e Tributário*. In: Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas. Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.). Ano VII, nº 38, 2008. p. 60.

¹⁸⁴ BAZÁN, Víctor. “pueden ser: absolutas o totales, cuando directamente media ausencia de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; y relativas o parciales, cuando el legislador, al emitir la norma para cumplir el mandato constitucional, y en

Noutro turno, observado o fenômeno da omissão normativa de forma mais estrita, tem-se que a sua configuração exige a presença de alguns elementos específicos. Com efeito, não se extrai a omissão normativa de um mero não fazer ou não agir¹⁸⁵, da detecção de eventual vácuo legislativo pura e simplesmente. A omissão normativa que se pode qualificar de inconstitucional pressupõe a existência do dever constitucional de legislar, encargo esse do qual a autoridade responsável não se desincumbe em determinado lapso de tempo¹⁸⁶.

Constata-se que a doutrina – bem como a atual jurisprudência do STF no tema – admite a possibilidade de se reconhecer o dever de legislar a partir de interpretação do texto constitucional, especialmente no que tange às omissões parciais, porquanto essencialmente aferidas à luz do princípio da igualdade, não sendo imprescindível, portanto, que a ordem ao legislador esteja devidamente explicitada. Bem sintetiza Francisco Fernández Segado:

[...] a doutrina especializada sobre o tema admite que determinados preceitos constitucionais impõe ao legislador o dever de concretizar a Constituição, podendo a inércia do legislador causar uma omissão inconstitucional. Porém, mais do que isso, o dever constitucional de legislar, como tem sido interpretado na Alemanha pelo BVerfG, pode derivar não somente de ordens concretas contidas na Grundgesetz, como também de princípios identificados no processo de interpretação da Lei Fundamental, o que amplia o campo de possibilidades de reconhecimento do instituto analisado.¹⁸⁷ (tradução livre)

equivalencia de condiciones y circunstancias, favorece a ciertos grupos y, sin fundamento objetivo, deja de lado a otros o concede ventajas a unos que no son dispensadas a otros, es decir que, al legislar, lesiona el principio de igualdad [...]”. *En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconvensionalidades omissivas*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 16.º año, p. 151-177, Montevideo, 2010. p. 157.

¹⁸⁵ Nessa linha Patrícia Micheli Folador sustenta que “há que se entender aqui que a omissão ora tratada não significa um simples “não fazer” ou simplesmente não agir no dever geral de legislar, a omissão que importa é a falta do legislador no tocante àquilo que estava obrigado a fazer segundo critérios insculpidos pela própria constituição”. FOLADOR, Patrícia Micheli. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, nº 71, p. 228-260, abr.-jun./2010. p. 241.

¹⁸⁶ Ensina Francisco Fernández Segado que “o controle de constitucionalidade se projeta sobre o descumprimento por parte do legislador de uma determinada obrigação de legislar imposta pela Constituição, visão que, como parecer lógico, coloca em primeiro plano a questão do período de tempo de inação do legislador”. (tradução livre) “[...] la fiscalización constitucional se proyecta sobre el incumplimiento por el legislador de una determinada obligación de legislar que el impone la Constitución, visión que, como parece lógico, sitúa en primer plano la cuestión del período de tiempo de inacción del legislador”. SEGADO, Francisco Fernández. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas - algunas cuestiones dogmáticas*. In: Direitos Fundamentais & Justiça - PUCRS. Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro (coords.). HS Editora Ltda., Ano 3 - nº 7, p. 47-80, Abr./Jun., 2009. p. 64.

¹⁸⁷ “En resumen, la doctrina que con más detenimiento se ha ocupado del tema admite generalizadamente que determinadas normas constitucionales impelen al legislador a actuar en desarrollo y concreción de la Constitución, pudiendo generar la pasividad del legislador una omisión

Essa possibilidade de extração interpretativa do dever de legislar também se apresenta no magistério de Jorge Miranda, a partir do entendimento de que o Poder Legislativo está vinculado aos direitos fundamentais não somente pelo prisma da vedação de legislar em sentido contrário ao que preconizado pelo texto constitucional, mas, também, de forma positiva, obrigação que se traduz no:

[...] dever de emitir normas ou outras providências de protecção de deveres fundamentais. Trata-se de um dever geral, que se reporta aos direitos, liberdades e garantias e, na sua vertente negativa, igualmente aos direitos económicos, sociais e culturais.

Quanto a alguns direitos ele consta mesmo de preceitos expressos, a alguns dos quais já aludimos a propósito do princípio da proporcionalidade. Ainda por aplicação imediata, agora do princípio da igualdade, podem ser juridicamente obrigatórias intervenções legislativas destinadas a suprimir privilégios, discriminações e diferenciações infundadas ou a concretizar discriminações positivas.¹⁸⁸

Também o aspecto temporal¹⁸⁹ deve ser considerado para fins de reconhecimento da omissão normativa inconstitucional, não sendo passível de se imputar tal vício àquelas hipóteses em que o tempo transcorrido é insuficiente à normal e esperada atuação do legislador. Somente a partir da constatação de que o lapso temporal extrapola a razoabilidade – que deve ser aferida caso a caso – é que a mora legislativa deve se tornar inconstitucional.

Tal compreensão foi explicitada pelo STF ao exame dos primeiros MIs ajuizados logo após a inauguração da CF/88, concluindo, à época, inviável exigir, porque ainda diminuto o período de tempo transcorrido a atuação do legislador. Imagine-se, por exemplo, o advento de emenda constitucional que contemple uma

inconstitucional. Pero, más allá de ello, el deber constitucional de legislar, como ha interpretado en Alemania el BVerfG, puede derivar no sólo de mandatos concretos contenidos en la Grundgesetz sino también de principios identificados en el proceso de interpretación de la Norma Suprema, lo que aún abre en mayor medida el campo de posibilidades del instituto analizado”. SEGADO, Francisco Fernández. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas - algunas cuestiones dogmáticas*. In: Direitos Fundamentais & Justiça - PUCRS. Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro (coords.). HS Editora Ltda., Ano 3 - nº 7, p. 47-80, Abr./Jun., 2009. p. 51.

¹⁸⁸ MIRANDA, Jorge. *O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais*. In: Estudos de Direito Constitucional. Homenagem ao professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. MACIEL, Adhemar Ferreira; DOLGA, Lakowsky; BERALDO, Leonardo de Faria; COSTA, Monica Aragão Martiniano Ferreira e (coords.), Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 71.

¹⁸⁹ Assinala Luciana de Oliveira Ramos que “outro elemento essencial para a caracterização da omissão legislativa refere-se ao momento em que determinada postura omissiva do legislador passa a ser considerada inconstitucional. Para analisar esta questão, é preciso atentar para duas situações: (i) quando a Constituição fixa um prazo para que o legislador supra a omissão; (ii) quando a Constituição não fixa prazo”. RAMOS, Luciana de Oliveira. *Controle de constitucionalidade por omissão no Supremo Tribunal Federal: uma abordagem empírica*. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2011.

expressa ordem de legislar. Não parece razoável, nesse caso, observadas a realidade e a regularidade do processo legislativo, entender pela mora do legislador, a permitir seja declarada a omissão normativa inconstitucional passados apenas alguns dias ou meses da alteração do texto. No aspecto, registra Agassiz Almeida Filho que:

A inércia legislativa deve perdurar durante certo tempo, ao termo do qual a situação de descumprimento seja claramente desconsonante com as necessidades e imposições da Constituição. Afinal, os poderes constituídos gozam de discricionariedade, por meio da qual cumprem suas funções constitucionais. É por isso que cabe ao próprio Poder Legislativo a escolha da oportunidade para legislar, levando em conta, para tal, as prioridades públicas que direcionam sua atuação. A omissão legislativa precisa estender-se por um período de tempo superior àquele que o legislador, ordinariamente, gastaria para editar a norma legal, sendo esse lapso temporal capaz de tolher a eficácia sociológica – efetividade – da norma constitucional impositiva.¹⁹⁰

Segundo magistério de Léo Brust, não há dificuldades quando o preceito constitucional impositivo do dever de legislar já contempla o prazo ao agir do legislador, situação bastante diversa na maioria das hipóteses, cujo silêncio do comando impõe a necessidade de se “aquilatar o momento a partir do qual o STF estaria autorizado a declarar a inconstitucionalidade por omissão”, o que “somente será possível depois de sopesadas todas as circunstâncias relativas à inatividade do Parlamento (se existe ou não um projeto de lei em discussão, um eventual obstáculo ou uma injustificada morosidade nos trâmites, falta de consenso entre os parlamentares etc.)”¹⁹¹.

Feitas essas considerações, se pode afirmar, com suporte na doutrina^{192 193 194}, que o reconhecimento da omissão normativa inconstitucional

¹⁹⁰ FILHO, Agassiz Almeida. *Controle de inconstitucionalidade por omissão em Portugal*. Revista de Informação Legislativa. Ano 38, nº 152, p. 115-133. out./dez. Brasília, 2001. p. 126.

¹⁹¹ BRUST, Léo. *Controle de Constitucionalidade. A tipologia das Decisões do STF*. Juruá Editora, Curitiba, 2014. p. 222-223.

¹⁹² FILHO, Derly Barreto E Silva. “De tudo quanto foi exposto, pode-se concluir que, de acordo com um juízo temporal e de importância da medida não realizada, uma omissão será considerada inconstitucional quando: 1. houver uma exigência constitucional de ação, que existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretas, não bastando, para dar fundamento a uma omissão inconstitucional, o simples dever geral de legislar; 2. não forem cumpridas ordens de legislar constitucionalmente plasmadas em determinadas prescrições constitucionais; 3. a Constituição consagrar normas sem suficiente densidade para se tornarem exequíveis por si mesmas, hipótese em que ao legislador caberá a tarefa de lhes dar exequibilidade prática.” *As omissões inconstitucionais e suas implicações no regime federativo brasileiro*. In: Revista dos Tribunais, ano 84, março, vol. 713, p. 7-23, 1995. p. 10-11.

¹⁹³ FERREIRA, Pinto. “A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o Poder Público deixa de praticar atos legislativos ou executivos necessários e indispensáveis para tornar aplicáveis as normas constitucionais. Não cumpre o dever imposto pela Constituição, com inobservância do dever

pressupõe sistema jurídico em que previsto mecanismo de controle de constitucionalidade, bem como, por decorrência lógica, supremacia de uma Lei Fundamental, na qual contido um comando impositivo do dever de legislar, ainda que implícito, não observado pelo legislador, no todo ou em parte, e considerada a extrapolação de certo prazo, de forma a impedir a plena realização daquele preceito constitucional.

constitucional de agir e fazer.” *A jurisdição constitucional*. In: O Judiciário e a Constituição. Coord. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Editora Saraiva, São Paulo, p. 197-218. 1994. p. 212.

¹⁹⁴ TAVARES, André Ramos. “A inconstitucionalidade por omissão caracteriza-se pela inércia ou abstinência do Poder Público, o que compromete a operatividade (ou seja, a aplicabilidade) da norma constitucional. Como se sabe, inúmeras normas constitucionais, para produzirem seus efeitos plenos, dependem de legislação infraconstitucional. Assim, a inconstitucionalidade por omissão surge quando a Constituição prescreve uma conduta positiva necessária para lhe integrar a vontade e garantir-lhe a eficácia plena e essa conduta não se verifica.” *Aspectos Atuais do Controle Abstrato da Omissão Inconstitucional do Legislador no Brasil*. In: Constituição Federal 15 anos: Mutação e Evolução – comentários e perspectivas. Coords. André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza. p. 283-311. Editora Método, São Paulo, 2003. p. 285.

CAPÍTULO 2

O MI E A ADO NA DINÂMICA JURISPRUDENCIAL: uma leitura das decisões constitucionais do STF

No presente capítulo são analisadas, na ordem cronológica de datas de julgamento, as decisões do STF em MIs e ADOs, com o escopo de compreender a dinâmica jurisprudencial ao exame das ações constitucionais de controle de omissões normativas.

À análise foram previamente definidos aspectos formais e materiais a serem identificados em cada um dos julgados, cujos resultados estão registrados nos Apêndices B (MIs) e C (ADOs). Quanto aos formais, levantou-se órgão julgador, Relator, datas de julgamento e publicação das decisões, resultados de julgamento, omissão normativa apontada, parâmetro constitucional de controle invocado, a matéria debatida (se penal ou tributária), bem como referências a outros julgados. No que tange aos aspectos materiais, a análise empreendida teve por foco extrair os elementos reputados necessários ao reconhecimento da omissão normativa inconstitucional, limites à atuação do STF no controle dessas omissões, bem como o estabelecimento de correlação entre o MI e a ADO.

É nesse diapasão, portanto, que se desenvolve a análise da dinâmica jurisprudencial, cujo intuito está em explicitar os limites e possibilidades decisórias e de atuação do STF em MIs e ADOs, contribuindo com o estudo das omissões normativas inconstitucionais.

2.1 Mandado de Injunção

Entende-se necessário explanar a composição da base de análise, observado que o espaço amostral dos MIs já alcança aproximados 6.600¹⁹⁵. Com efeito, embora nas duas primeiras décadas de vigência da CF/88 a média anual de MIs

¹⁹⁵ Em 18.12.15 foi autuado MI 6.575, último writ proposto em 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4908119>>. Acesso em 3 de jan. 2016.

impetrados tenha girado em torno de 30 MIs, a partir de 2008 houve um acréscimo vertiginoso na utilização do instituto, fazendo com que aproximadamente 1.000¹⁹⁶ MIs ao ano passassem a ser impetrados.

Assim, ante o reconhecimento de que inviável analisar, na moldura em que se insere o presente trabalho, o total de MIs impetrados no STF, bem como firmada a premissa de que, enquanto há casos de extrema relevância para o estudo da dinâmica jurisprudencial, outros há que sequer ultrapassam a barreira do conhecimento, sem considerar aqueles em que meramente repetidas as teses, adotou-se critério essencialmente qualitativo na seleção dos casos.

Após identificar os MIs comumente destacados pela doutrina¹⁹⁷ em razão da importância de suas decisões, v.g. MIs 20¹⁹⁸, 107¹⁹⁹, 232²⁰⁰, 670, 721²⁰¹ e 943, ampliou-se a base de pesquisa à luz dos próprios precedentes neles referidos, de modo a incluir na análise todos os casos relevantes e de referência decididos ao longo da vigência da CF/88, em um total de 17 MIs (vide Apêndice B). Os MIs cuja fundamentação²⁰² não permitiu extrair conclusões acerca dos aspectos materiais previamente selecionados foram excluídos da análise da dinâmica jurisprudencial.

Constatou-se, ainda, que o STF somente se pronunciou em matéria penal, pela via do controle de omissão normativa, no próprio MI 4.733.

No que tange à matéria tributária, o STF atuou no MI 232, da relatoria do Ministro Moreira Alves, julgado em 1991, *writ* no qual apontada omissão do

¹⁹⁶ Supremo Tribunal Federal. Estatística. Pesquisa por Classe. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em 2 de ago. 2015.

¹⁹⁷ MAZZEI, Rodrigo; ZANETI JÚNIOR, Hermes. “Como se pode observar os precedentes citados pela doutrina referiam a posição anterior do STF (tese da subsidiariedade), que implicava mera comunicação ao Poder ou órgão inadimplente e limitava os efeitos da decisão em mandado de injunção ao conteúdo declaratório da mora legislativa ou regulamentar (mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão). Pois bem, avançando na jurisprudência do STF para novos conteúdos sentenciados, notadamente as tutelas mandamental e constitutiva (tendência atual na matéria, conforme MI 670, 708 e 712, entre outros) [...]” *O mandado de injunção como instrumento de solução das lacunas legais (Fracas-Fortes) no Direito brasileiro*. In: Revista de Processo | vol. 234/2014 | p. 235 | Ago/2014 DTR\2014\8861.

¹⁹⁸ MI 20. Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 19.05.94, DJ 22.11.96.

¹⁹⁹ MI 107 QO. Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. 23.11.89, DJ 21.09.90.

²⁰⁰ MI 232. Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. 02.08.91, DJ 27.03.92.

²⁰¹ MI 721. Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, J. 30.08.07, DJe 30.11.07.

²⁰² Incluídos os eventuais debates entre os integrantes do colegiado, relevantes à pesquisa não somente as premissas firmadas na fundamentação do voto condutor, mas, também, àquelas constantes dos demais votos – vencedores ou vencidos.

Congresso Nacional em regulamentar a isenção da contribuição para a seguridade social concedida às entidades beneficentes de assistência social.

Abordar o MI à luz da dinâmica jurisprudencial do STF impõe, necessariamente, abordar a Questão de Ordem no MI 107, julgada em 1989, ocasião em que o STF firmou as balizas do *writ*, as quais são observadas até o presente.

Naquela oportunidade o STF reconheceu autoaplicabilidade do MI, ao entendimento de que não seria razoável exigir regulamentação prévia do instrumento consagrado na CF/88 justamente com a finalidade de combater a inércia legislativa, definiu a natureza mandamental do *writ*, e fixou sua própria competência para processar e julgar MIs, em razão do legitimado passivo responsável pela edição da lei ou regulamento faltante.

Quanto ao primeiro aspecto, o STF tomou por empréstimo o rito do mandado de segurança²⁰³, determinando a aplicação do regramento de regência do MS então em vigor²⁰⁴, naquilo em que compatível com o MI. Passados alguns anos, na esteira do entendimento de que o procedimento do MI se espelhava na regência do MS, a exemplo do que decidido nos MIs 20 e 361²⁰⁵, o STF passou a considerar “processualmente viável o acesso das entidades de classe - que estejam legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano - à via do mandado de injunção coletivo”²⁰⁶.

Reconheceu o STF, assim, legitimidade ativa *ad causam* às organizações sindicais para impetrar MI coletivo, entendimento esse ampliado ao exame de

²⁰³ À época havia sensível controvérsia acerca da necessidade ou não de regulamentação do MI, consoante se pode inferir das manifestações do Ministério Público Federal no MI 107 QO, observado o Parecer do então Subprocurador-Geral da República, Inocêncio Mártires Coelho, pela necessidade de regulamentação do MI (“Sem essa regulamentação, de caráter geral,[...] corremos o risco de, embalados pelo generoso desejo de assegurar imediata utilização a esse auspicioso instrumento, que é o mandado de injunção, acabar por desprestigiá-lo, seja pela ineficácia das decisões acaso proferidas sem balizamento legal, seja pela contradição de critérios, que fatalmente ocorreria se o aludido instrumento ficasse entregue a discricção, mesmo judiciousa, dos milhares de magistrados que integram o Poder Judiciário do País.”), ao qual o então Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira Alvarenga, não aderiu, opinando pela autoaplicabilidade do art. 5º, LXXI, da CF, bem como sugerindo a aplicação do rito do MS ao MI, tese que prevaleceu no STF.

²⁰⁴ Atualmente o MS está disciplinado na Lei 12.016/09.

²⁰⁵ MI 361. Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, Relator p/acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, J. 08.04.94, DJ 17.06.94.

²⁰⁶ Voto do Ministro Celso de Mello no MI 20.

preliminar no MI 361²⁰⁷, em que acolhida a tese da desnecessidade de autorização dos sindicalizados, superando-se a jurisprudência aplicada ao MS no aspecto.

A natureza mandamental do instituto, consoante ventilado acima, também foi objeto de definição no julgamento do MI 107 QO. Contudo, quanto à carga da decisão passível de ser proferida no MI, o STF adotou a compreensão de que - ante a impossibilidade de suprimento da omissão normativa já no bojo do MI ou de determinação ao legislador nesse sentido - não era possível o atendimento de eventual pedido constitutivo ou condenatório, sendo permitido ao STF apenas compreender a existência de pedido de atendimento judicial possível, qual seja o de declarar a inconstitucionalidade por omissão (MI 283²⁰⁸).

Tal entendimento, embora reiterado em julgamentos posteriores²⁰⁹, não resultou pacificado na jurisprudência do STF, consoante se pode depreender dos debates nos MIs 79²¹⁰, 235²¹¹ e 283, em que integrantes²¹² do Tribunal dissentiram do entendimento firmado pelo STF ao julgamento do MI 107 QO, especialmente quanto à carga eminentemente declaratória da sentença.

Defendia-se, de um lado, a tese de que o provimento em MI deveria viabilizar de imediato o exercício do direito, sendo esse o desiderato do *writ*, enquanto, de outro, ventilava-se a problemática de uma sentença condenatória no bojo do MI, sem que a parte, cuja condenação deveria suportar, tivesse integrado a relação jurídica processual. Mais que isso, havia uma preocupação com a incapacidade prática do STF em decidir elevado quantitativo de MIs, proferindo decisões com extensão maior do que a de simplesmente declarar a omissão normativa inconstitucional. Nesse sentido, vale a transcrição do seguinte trecho dos debates no julgamento do MI 283:

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - V. Exa. admite, então, sentença constitutiva. Contra quem? Contra o Congresso Nacional?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então vamos suspender o julgamento para chamar quem deveria estar no processo!

²⁰⁷ No mesmo sentido os MIs 321, 329, 335, 341, 372, 379, 427, 431 e 491.

²⁰⁸ MI 283. Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, J. 20.03.91, DJ 14.11.91.

²⁰⁹ Cf. MIs 20, 168, 283 e 232.

²¹⁰ MI 79 AgR. Tribunal Pleno. Relator Ministro Octavio Gallotti, J. 02.08.90, DJ 24.03.95.

²¹¹ MI 235 Medida Cautelar. Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. 20.06.90, DJ 12.03.93.

²¹² A exemplo dos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Vamos transformar o Supremo Tribunal Federal em Corte que julgará, ordinária e originalmente, talvez mil, dois mil ou, até, dez mil casos análogos a este.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Não é possível que o constituinte pretendesse inviabilizar o Supremo Tribunal Federal. Teremos que fixar para cada caso a indenização cabível e não há normatividade possível.

Ao longo do processo de conformação jurisprudencial das possibilidades decisórias próprias ao MI, e, por conseguinte, dos limites à atuação do STF no controle das omissões normativas por tal via, constata-se que desde o emblemático julgamento do MI 107 QO, o Tribunal tem buscado reconhecer alcance maior ao instituto.

Nos primórdios o STF optou por limitar o alcance das decisões proferidas em MI ao que passível de ser concedido em ADO²¹³, cujos limites estão previstos no art. 103, § 2º, da CF/88, justificando-se tal postura a partir da compreensão de que se o MI se destina à proteção de interesse subjetivo, não pode ter alcance superior ao da ADO, pois nesta ação protege-se um bem maior, qual seja o interesse público, o próprio ordenamento jurídico.

Nesse compasso, resultou assentada a impossibilidade de o STF atuar coercitivamente contra o legislador inerte, cumprindo tão somente declarar a mora legislativa, podendo, em situações excepcionais, suspender a tramitação dos processos judiciais ou administrativos (MI 107 QO).

Entretanto, mesmo no período em que orientadas as decisões do STF pela jurisprudência que se firmou no MI 107 QO, constata-se a presença de julgamentos

²¹³ SILVA, José Afonso da. "O mandado de injunção é instituto novo no sistema brasileiro, consubstanciado no art. 5º, LXXI, da CF, com o seguinte enunciado: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tome inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Constitui, pois, ação constitucional posta à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviabilizados por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sempre sustentamos que o direito reclamado teria de ser concreto e pessoal. Também sempre sustentamos que o reconhecimento da falta de normas regulamentadoras do direito, liberdade ou prerrogativa reclamados teria de ser diretamente suprida pelo Judiciário. No entanto, julgados do STF reduziram o mandado de injunção a uma espécie de ação de inconstitucionalidade por omissão, de sorte que a decisão simplesmente recomenda a elaboração das normas reguladoras prevista na Constituição - o que é, no nosso sentir, tomar praticamente inútil o instituto". *Um pouco de Direito Constitucional Comparado*. Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2009. p. 187.

excepcionais²¹⁴ ao longo do primeiro período de conformação do *writ*, a exemplo do MI 283, julgado em 1991, antes que a CF/88 completasse o primeiro lustro.

Naquela assentada, além de declarar a mora do legislador, o STF assinou prazo de quarenta e cinco dias para o Congresso Nacional ultimar o processo legislativo e de quinze dias ao Presidente da República para sancionar a lei. Não bastante, para a hipótese de inobservância dos prazos assinalados, desde logo o STF assegurou ao impetrante, embora por outra via processual, o direito à condenação da União em perdas e danos²¹⁵, resguardando o direito do impetrante de obter os benefícios de eventual lei posterior, nos pontos em que lhe fossem mais favoráveis, sem prejuízo da coisa julgada.

De igual modo, ao julgamento do MI 232, o STF não somente declarou a mora do Congresso Nacional, mas também fixou o prazo de seis meses ao cumprimento do dever de legislar, assegurando na decisão, caso extrapolado o lapso de tempo sem que a norma legal fosse editada, o imediato gozo da imunidade tributária por parte da pessoa jurídica impetrante²¹⁶.

Contudo, a jurisprudência do STF acerca da fixação de prazo ao legislador em MI não resultou sedimentada, encontrando resistência tanto pelo prisma da impossibilidade sancionatória na hipótese de inobservância do lapso temporal, quanto pela analogia com a ADO, ação para a qual o art. 103, § 2º, da CF somente

²¹⁴ MENDES, Gilmar F. “[...] percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao mandado de injunção. As decisões proferidas nos Mandados de Injunção números 283 (BRASIL, 1991c), 232 (BRASIL, 1992a) e 284 (BRASIL, 1992b) sinalizam para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução ‘normativa’ para a decisão judicial”. *O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa*. In: Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 13 n° 100 Jul/Set 2011. p. 165 – 192.

²¹⁵ “Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). [...] 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal à qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito.” MI 283. Ementa.

²¹⁶ Centro de Cultura Prof. Luiz Freire.

autoriza estipulação de prazo na hipótese de omissão normativa da competência de órgão administrativo.

Acerca desse aspecto, a jurisprudência do STF tem contemplado posicionamentos não uniformes. Exemplifica-se: no MI 219²¹⁷ o STF decidiu pela impossibilidade de fixar prazo a que o Poder Legislativo edite a norma faltante. Passados alguns meses, ao exame do MI 232, o STF decidiu pelo estabelecimento de prazo²¹⁸ no *writ*. Mais adiante, por ocasião do julgamento dos MIs 95²¹⁹ e 369²²⁰, o Tribunal novamente rejeitou tal possibilidade. E, transcorridos dois anos daqueles julgamentos, decidiu o STF, no bojo no MI 361, que eventual fixação de prazo ao legislador somente seria viável – sob pena de ter-se um impasse entre os Poderes - em casos nos quais, transcorrido *in albis* o lapso temporal imposto ao legislador, pudesse o STF assegurar ao impetrante, desde que em ação própria, o exercício do direito ou prerrogativa.

A problemática da fixação de prazo em MI, entretanto, deixa de ser objeto de discussão, ante a nova postura indicativa da possibilidade de concretização do direito de imediato, que passou a ser refletida na jurisprudência do Tribunal a partir de 2007.

Ao julgamento do MI 721, o STF admite a concretização do direito ou prerrogativa constitucional já no bojo do MI, estando autorizado a viabilizar o exercício através da formulação suplementar da norma regulamentadora faltante²²¹, reconhecido que a “carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa

²¹⁷ MI 219. Tribunal Pleno, Relator Ministro Octavio Gallotti, J. 22.08.90, DJ 19.05.95.

²¹⁸ “Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida”. MI 232. Ementa.

²¹⁹ MI 95. Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, J. 07.10.92, DJ 18.10.92.

²²⁰ MI 369. Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, Relator p/acórdão Ministro Francisco Rezek, J. 19.08.92, DJ 26.02.93.

²²¹ “Mandado de Injunção - Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de Injunção - Decisão - Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria - Trabalho em Condições Especiais - Prejuízo à Saúde do Servidor – Inexistência de Lei Complementar - Artigo 40, § 4º, da Constituição Federal. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91”. MI 721. Ementa.

da ordem a ser formalizada”²²², postura do STF reiterada nos MIs 670, 708²²³ e 712²²⁴.

A partir desse momento, portanto, o STF considera que “o Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora faltante”²²⁵, entrando em cena outro aspecto relativo ao alcance das decisões proferidas em MI, qual seja a sua eficácia (subjéctiva/objectiva).

Com efeito, ainda sob a lógica de que o *writ* se destina a assegurar direito subjéctivo, no exame do MI 721 o STF concluiu que as decisões proferidas em MI deveriam ter os efeitos limitados à “relação jurídica nele revelada”²²⁶, não cabendo falar em efeitos *erga omnes* no âmbito do MI.

Mal transcorridos dois meses, agora ao julgamento dos MI 670²²⁷ 228, o STF assentiu que, embora a eficácia *erga omnes* seja típica do controle abstrato, há

²²² Voto do Ministro Marco Aurélio no MI 721.

²²³ MI 708. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 25.10.07, DJe 31.10.08.

²²⁴ MI 712. Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, J. 25.10.07, DJe 31.10.08.

²²⁵ Voto do Ministro Eros Grau no MI 721.

²²⁶ Voto do Ministro Marco Aurélio no MI 721.

²²⁷ “Mandado de Injunção. Garantia Fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de Greve dos Servidores Públicos Civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de Injunção deferido para determinar a aplicação das Leis nºs 7.701/1988 e 7.783/1989. 1. Sinais de evolução da garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). 1.1. No julgamento do MI nº 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que 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; iv) 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; v) 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. 1.2. 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. [...] 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador,

grande semelhança quanto ao alcance das decisões proferidas em MI, fruto do caráter objetivo de que se revestem.

Assim, a partir dos MIs²²⁹ 721, 670, 708 e 712, todos julgados em 2007, o STF adota o entendimento de que a manutenção da inércia por parte do Poder Legislativo, em especial quando já noticiada a sua mora inconstitucional, impõe ao Tribunal o poder-dever de suprir da omissão normativa inconstitucional, devendo atuar como legislador positivo²³⁰, sob pena desse se configurar uma espécie de omissão judicial, uma inércia indevida do próprio Poder Judiciário.

Encerrando os casos selecionados para análise, a decisão proferida no MI 943 (julgamento conjunto com os MIs 1.010²³¹, 1.074²³² e 1.090²³³), em que o STF reitera o entendimento acerca da possibilidade de atuação na qualidade de legislador positivo, suprimindo de imediato a omissão normativa inconstitucional no bojo da decisão concessiva do *writ*²³⁴.

O Tribunal reputa, nesse contexto, insuficiente apenas declarar a mora e instar o Poder Legislativo²³⁵ a editar a lei, e reafirma que o MI comporta um certo

é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. [...] 4.1. [...] Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional. [...]” MI 670. Ementa.

²²⁸ No mesmo sentido os MIs 708 e 712.

²²⁹ MENEZES, Bruno Paiva. “No caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, a Suprema Corte mudou de posicionamento passando de um extremo a outro, da tese não concretista para a concretista genérica.” *ATIVISMO JUDICIAL: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos*. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/13716>>. Acesso em 16 jan. 2015. p. 27.

²³⁰ Postura essa rechaçada pelo próprio STF, a teor do entendimento consagrado na Súmula 339, *verbis*: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

²³¹ MI 1.010. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 06.02.13, DJe 02.05.13.

²³² MI 1.074. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 06.02.13, DJe 02.05.13.

²³³ MI 1.090. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 06.02.13, DJe 02.05.13.

²³⁴ “Assim como as normas constitucionais têm que ter máxima efetividade, os instrumentos processuais constitucionais têm que ter a máxima efetividade. Então, o mandado de injunção veio para colmatar essa lacuna, mas dar uma solução ao caso concreto. Dar aquilo que o legislador não fez.” Voto do Ministro Luiz Fux no MI 943.

²³⁵ “Mandar aviso para o Congresso Nacional não adianta”. Voto do Ministro Luiz Fux no MI 943.

grau de objetivação²³⁷, a assegurar que a decisão nele proferida, embora destinada ao caso concreto, possa servir de parâmetro decisório para casos semelhantes²³⁸, postura essa acerca do alcance do MI que a dinâmica jurisprudencial indica seja mantida²³⁹. Nesse sentido o voto do Ministro Marco Aurélio:

Custamos muito a emprestar ao mandado de injunção a eficácia que, segundo o Texto Constitucional, lhe é própria. Não há espaço para retrocesso.²⁴⁰

2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Ciente de que o total de ações diretas por omissão propostas no STF não ultrapassaria a casa da centena, optou-se por mapear todas as ações propostas entre 1988 e 2015, tarefa nada fácil, tendo em vista que até o ano de 2008 o STF não se preocupou em reconhecer autonomia processual²⁴¹ às ações por omissão, as quais eram autuadas²⁴² indistintamente na classe das ações diretas por ação (ADI), classe processual essa que atualmente alcança o montante de 5500²⁴³ autuações²⁴⁴.

²³⁶ “[...] que se revelou inócua a simples declaração de omissão inconstitucional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal concretizar o direito constitucional assegurado desde 5.10.1988 e reconhecido há quase 20 anos por esta Corte”. Voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 943.

²³⁷ Reforça essa tendência à “objetivação” das decisões em MI o fato de o STF ter autorizado seus “ministros a decidirem monocraticamente casos idênticos, nos termos do voto do relator”. MI 943. Dispositivo do acórdão.

²³⁸ “O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos mandados de injunção gerarem efeitos concretos não somente em razão do interesse jurídico de seus impetrantes, estendendo-os também aos demais casos que guardem similitude”. Voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 943.

²³⁹ Consoante magistério de Gilmar Ferreira Mendes, “fácil é ver, pois, que a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do mandado de injunção emprestou ao instituto feições que muito contribuem para a efetividade do controle da omissão legislativa dentro de nosso sistema de controle de constitucionalidade”. MENDES, Gilmar F. *O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa*. Revista Jurídica da Presidência. Brasília v. 13 n° 100 Jul/Set 2011. p. 165-192.

²⁴⁰ Voto do Ministro Marco Aurélio no MI 943.

²⁴¹ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. Editora Saraiva. São Paulo, 2013. p. 1156.

²⁴² As ações diretas de inconstitucionalidade por omissão propostas nos 10 primeiros anos de vigência da Constituição Federal foram registradas na classe ADI, juntamente com as ações diretas de inconstitucionalidade “por ação”.

²⁴³ A última ADI autuada no STF, em 29.12.15, recebeu o número 5445. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4910931>>. Acesso em 03 jan. 2016.

²⁴⁴ “Com efeito, desde a promulgação da Carta de 1988 até o dia 30/10/01, já foram propostas 2.552 ações de inconstitucionalidade perante o STF, uma estatística evidentemente impressionante mesmo levando-se em conta o extenso rol de agentes legitimados a provocar a jurisdição constitucional, e o natural inconformismo daqueles que, não tendo conseguido viabilizar as suas propostas legislativas

Nesse exercício, cumpre registrar a inestimável contribuição oferecida pelas tabelas de ADIs por omissão apresentadas tanto na obra *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*²⁴⁵ quanto no voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.682²⁴⁶, proferido em 09.05.07, noticiando o total de 97 ADIs por omissão propostas no STF até janeiro daquele ano.

Conforme o resultado do mapeamento²⁴⁷, identificaram-se 148 ações nas quais veiculada a tese da omissão normativa inconstitucional (parcial ou total, cumulada ou não com pedido de inconstitucionalidade por ação), todas devidamente discriminadas (vide Apêndice A). Dessas 148 ações (ADIs por omissão e ADOs), tão somente aquelas em que proferida decisão – liminar ou mérito – foram selecionadas para fins de análise, e desde que qualificadas, nos mesmos moldes da seleção dos MIs, por fundamentos que permitissem extrair respostas aos aspectos materiais previamente definidos à análise da dinâmica jurisprudencial. Casos repetidos foram excluídos, à exceção daqueles em que constatada alteração de entendimento por parte do STF, tendo sido analisadas 24 ações por omissão ao todo (vide Apêndice C).

Ao mapeamento das ações diretas por omissão, constatou-se não ter o STF, sob a égide da CF/88, se manifestado em matéria penal. Contudo, na seara do Direito Tributário, verificou-se a atuação do STF em duas oportunidades, quais sejam na ADI 986, julgada em 1994, e na ADI 2.471²⁴⁸, julgada em 2005, sendo que tais ações de controle concentrado de omissões normativas não lograram êxito.

nem impedir as dos seus adversários, batem às portas do tribunal na esperança de reverter decisões que reputam contrárias aos seus interesses.” COELHO, Inocêncio Mártires. *Jurisdição constitucional e criação judicial do direito: Estado Constitucional de Direito ou Estado Judicial de Direito?* In: Fórum Administrativo - FA, Biblioteca Digital Fórum de Direito Público, Belo Horizonte, ano 1, n. 10, dez. 2001.

²⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar F. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 35ª edição, atual. e ampl. com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. Malheiros Editores. São Paulo/SP, 2010. p. 506-517.

²⁴⁶ STF. ADI 3.682. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 09.05.07, DJe 06.09.07.

²⁴⁷ Igualmente realizado no âmbito das ações da classe ADI que foram autuadas após a criação da classe própria para a ADO. Considerou-se necessário assim proceder, porque possível veicular pedido de inconstitucionalidade por omissão (em particular omissão parcial) cumulado ou no bojo de ações diretas “por ação”, a exemplo da ADI 4.881, autuada em 20.11.12, que, por determinação da Ministra Cármen Lúcia – Relatora, em 12.12.12, foi reautuada como ADO 22.

²⁴⁸ ADI 2.471. Decisão Monocrática proferida pelo Ministro Eros Grau – Relator, J. 11.03.05, DJe 18.03.05.

Na ADI 986²⁴⁹, em que apontada omissão normativa quanto à imunidade tributária em relação ao IPMF incidente sobre atos, serviços e demais operações vinculadas à feitura de jornais e periódicos, o STF assentou o não cabimento de medida liminar em ADO e entendeu pela impossibilidade jurídica do pedido.

Em questão preliminar, considerada a existência de Portaria do Ministério da Fazenda regrado a imunidade tributária, embora sem alcançar atos e serviços (exclusão do benefício), ao fundamento de que incabível aplicar a fungibilidade entre as ações diretas, o STF não conheceu da ADI 986.

Por seu turno, na ADI 2.471, versando sobre a inércia do Congresso Nacional em corrigir a base de cálculo do imposto de renda, o Ministro Relator, em decisão monocrática, reputou o pedido juridicamente impossível. Acrescentou, ainda, com base em precedentes, que mesmo se reconhecida formalmente a omissão normativa em apreço, não poderia o STF, em controle abstrato de constitucionalidade, substituir-se ao legislador, bem como impor ou exigir a edição do ato legislativo faltante, cumprindo tão somente ao Tribunal declarar a inconstitucionalidade e dar ciência da mora.

Cumprir rememorar, consoante assinalado no item 2.1 que o STF, quando o julgamento do MI 232, igualmente sobre matéria tributária, não somente reconheceu a inércia do Congresso Nacional, como também assegurou ao impetrante, na própria decisão concessiva do *writ*, o exercício do direito à imunidade tributária pretendida, caso o legislador se mantivesse inerte após o prazo de seis meses então fixado.

Diferentemente do MI, o instituto da ADO ingressou no ordenamento jurídico melhor delineado quanto aos seus limites (art. 103, § 2º, da CF/88), em que pese somente ter-lhe sido dispensado disciplina legal ao advento da Lei 12.063/09.

O STF, de plano, firmou o entendimento de que, uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão, compete ao Tribunal tão somente dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, à exceção de órgão administrativo, hipótese para o texto constitucional permite fixar o prazo de trinta

²⁴⁹ ADI 986 Medida Liminar. Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, J. 10.02.94, DJ 08.04.94.

dias ao suprimento da omissão, a exemplo do julgamento da ADI 19²⁵⁰, ainda em fevereiro de 1989.

Portanto, a integração necessária ao suprimento da omissão normativa não pode ser realizada por provimento judicial, considerado que o STF não atua como legislador positivo em controle concentrado de constitucionalidade, tendo por única consequência político-jurídica possível, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade por omissão, a mera comunicação formal ao órgão estatal de que está em mora.

Bem sintetiza a jurisprudência sedimentada, à época, o julgamento da ADI 1.439²⁵¹, consoante trechos da decisão proferida, na parte em que registra que a procedência da ADO confere ao STF, “unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional”, em respeito aos “próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º)”, tendo a ADO “tem por única consequência o reconhecimento do estado de inércia do Poder Público, que será exortado pelo Tribunal, em verdadeiro apelo ao legislador, a adimplir a obrigação normativa de que se absteve”²⁵².

Diferentemente do que ocorreu no âmbito do MI, ao longo das duas primeiras décadas sob a égide da CF/88 não foram identificadas excepcionalidades na dinâmica jurisprudencial relativa à ADO, sempre alinhado o STF com a compreensão de que “extremamente limitados os poderes deferidos pela Carta da República” (ADI 1.458²⁵³) no controle abstrato de constitucionalidade por omissão, não podendo o Tribunal:

[...] em hipótese alguma, substituindo-se ao órgão estatal inadimplente, expedir provimentos normativos que atuem como sucedâneo da norma reclamada pela Constituição, mas não editada - ou editada de maneira insatisfatória - pelo Poder Público²⁵⁴.

²⁵⁰ ADI 19. Tribunal Pleno, Relator Ministro Aldir Passarinho, J. 23.02.89, DJ 14.04.89.

²⁵¹ ADI 1.439 Medida liminar. Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 22.05.96, DJ 30.05.03.

²⁵² Voto do Ministro Celso de Mello na ADI 1.439.

²⁵³ ADI 1.458 Medida liminar. Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 23.05.96, DJ 20.09.96.

²⁵⁴ Voto do Ministro Celso de Mello na ADI 1.458.

Ratificam a constatação de que mantida pelo STF, naquela quadra, a postura originariamente firmada de apenas dar ciência ao legislador, sem a ele se substituir, as decisões proferidas nas ADIs 2.061²⁵⁵, 1.442²⁵⁶ e 2.471²⁵⁷.

Entretanto, e da mesma forma com que se identificou no âmbito do MI, a jurisprudência do STF em sede de ADO começa a apresentar, em 2007, ampliação quanto às possibilidades do instituto, modificando-se, também, a postura do STF em sede de controle abstrato das omissões normativas. A partir desse marco temporal (Apêndice A) adota-se a modulação de efeitos das decisões em ADO, bem como outras técnicas decisórias, *v.g.* a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade.

Naquele ano, por exemplo, o STF ventila na ADI 3.682 que a *inertia deliberandi* também pode ser objeto de controle em ADO e culmina por fixar prazo ao legislador para que edite a legislação faltante na espécie, aspecto que será melhor detalhado oportunamente. Já em 2010, ao exame da ADI 1.987²⁵⁸, o Tribunal aponta o caráter mandamental das decisões proferidas em ADO, reconhecendo o efeito obrigacional ao legislador. Na ADI 1.698²⁵⁹, reconhece-se a possibilidade de acionar o controle de constitucionalidade por omissão normativa na seara das políticas públicas²⁶⁰, entendimento esse retomado, em 2015, ao exame da ADO 22²⁶¹, em que afirmado não ser possível reconhecer omissão normativa quando necessário “analisar a conveniência política de normas legitimamente elaboradas pelos representantes eleitos pelo povo”²⁶².

Em 2012, o STF adota o diferimento temporal (em doze meses) da eficácia da sua decisão na ADI 4.270²⁶³, em que reconhece omissão normativa inconstitucional de unidade da Federação em criar a carreira de Defensor Público, ou seja, declara a

²⁵⁵ ADI 2.061. Tribunal Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, J. 25.04.01, DJe 29.06.01.

²⁵⁶ ADI 1.442. Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 03.11.04, DJ 29.04.05.

²⁵⁷ Nos termos da decisão do Ministro Eros Grau - Relator, “ainda que se reconhecesse formalmente a omissão do poder público em editar lei necessária à concretização de garantia constitucionalmente prevista, não poderia o Judiciário determinar que outro Poder, independentemente de previsão legal, aplicasse índice de correção para atualizar a base de cálculo de tributos”.

²⁵⁸ ADI 1.987. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 24.02.10, DJe 29.04.10.

²⁵⁹ ADI 1.698. Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, J. 25.02.10, DJe 16.04.10.

²⁶⁰ Consoante voto da Ministra Cármen Lúcia – Relatora, na ADI 1.698.

²⁶¹ ADO 22. Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, J. 22.04.15, DJe 03.08.15.

²⁶² “A irrisignação do Autor quanto ao critério fixado no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.294/1996 não é suficiente para evidenciar a alegada omissão inconstitucional”. Voto da Ministra Cármen Lúcia, Relatora da ADO 22.

²⁶³ ADI 4.270. Tribunal Pleno, Relator Ministro Joaquim Barbosa, J. 14.03.12, DJe 25.09.12.

inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Resultou sinalizado, ainda, que o entendimento de que o STF não possa exercer o papel de legislador positivo está ultrapassado, assim como as eficácias passíveis de serem emprestadas às decisões em controle abstrato²⁶⁴.

Tais movimentos de ampliação dos limites da ADO, e, por conseguinte, da postura do STF não têm ficado imunes a divergências internas, consoante se extrai do julgamento da ADI 4.947²⁶⁵, em que debatida pelos os integrantes do Colegiado a gravidade da adoção de técnicas interpretativas, a incluir a modulação de efeitos das decisões em controle concentrado, naquilo em que afastam o princípio da nulidade das normas jurídicas declaradas inconstitucionais.

Nesse ambiente, enquanto o então Ministro Presidente²⁶⁶, Joaquim Barbosa, alerta para a banalização, no controle abstrato de constitucionalidade, da modulação dos efeitos das decisões, defendendo ser prática nefasta, na medida em que “tem potencial de perenizar as nossas mais tristes mazelas”²⁶⁷, o Ministro Relator²⁶⁸, Gilmar Mendes, assevera que a modulação de efeitos é adotada com parcimônia pelo STF, especialmente se observada a prática da Corte Constitucional alemã, defendendo ser a modulação:

[...] instrumento de vida e não de morte. O que nós não podemos é fazer haraquiri constitucional, nós não podemos fazer o chamado suicídio democrático, isso é um instrumento de vida, por isso que me parece que ela vem sendo bem aplicada.²⁶⁹

Destaca-se que, na hipótese da ADI 4.947, em que se assentou a viabilidade do controle abstrato de constitucionalidade “de ato do Tribunal Superior Eleitoral de

²⁶⁴ “É só para relembrar que o Supremo Tribunal Federal tem vários precedentes, e essa classificação de que na ação declaratória de constitucionalidade nós nos limitamos a declarar a nulidade é já uma tendência superada, como também já é superada essa questão de se imaginar que a Suprema Corte não exerça e nem possa exercer o papel de legislador positivo no caso das sentenças aditivas. Essa classificação moderna, hoje, da eficácia das decisões no controle de constitucionalidade modificou-se completamente.” Voto do Ministro Luiz Fux na ADI 4.270.

²⁶⁵ ADI 4.947. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, Relatora para o acórdão Ministra Rosa Weber, J. 1º.07.14, DJe 30.10.14.

²⁶⁶ Ministro Joaquim Barbosa.

²⁶⁷ “Senhores Ministros, tem-se banalizado no nosso controle objetivo, a seguinte prática: o tribunal declara a incompatibilidade de determinada lei com a Constituição, mas ao mesmo tempo “modula” os efeitos da decisão e mantém o status quo. Tenho notado como pode ser nefasta esta prática, na medida em que ela tem potencial de perenizar as nossas mais tristes mazelas, como a desigualdade e a precariedade do acesso à educação, o patrimonialismo, etc., etc.” Voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 4.947.

²⁶⁸ Ministro Gilmar Mendes.

²⁶⁹ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 4.947.

conteúdo jurídico-normativo essencialmente primário”²⁷⁰, ação direta por omissão julgada conjuntamente com as ADIs “por ação” 4.963, 4.965²⁷¹, 5.020²⁷² e 5.028²⁷³, em que pese aos fundamentos trazidos a debate no âmbito do Colegiado, indicativos da necessidade de modulação dos efeitos da decisão proferida, assim não se operou à míngua do atingimento do quórum legalmente exigido²⁷⁴.

Noutro turno, constatou-se que, embora o STF tenha firmado, em um primeiro momento, o entendimento de que incabível fixar prazo em ADO, a teor do que decidido, v.g. na ADI 2.061, culminou por lançar mão deste expediente na ADI 3.682 - ação não qual apontada omissão do Congresso Nacional quanto à edição de lei complementar dispendo sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios -, superando, desse modo, em 2007, a sua jurisprudência no sentido de que somente autorizado pelo texto constitucional a estipular prazo quando o responsável pelo suprimento da omissão normativa se tratar de autoridade administrativa.

Essa experiência da fixação de prazo ao legislador em ação direta de inconstitucionalidade por omissão não foi exitosa e sofreu revés naquela mesma oportunidade. Reconhecida a mora do Congresso Nacional, o STF estabeleceu o prazo de dezoito meses para que legislador²⁷⁵ observasse o comando constitucional de editar lei complementar, considerando que, na ADI 2.240²⁷⁶ o Tribunal já havia declarado a inconstitucionalidade das leis estaduais, pelas quais criados municípios ou alterados os seus limites territoriais, assegurando, porém, o prazo de 24 meses de vigência, a fim de, nesse espaço de tempo, viabilizar a edição da lei complementar faltante.

²⁷⁰ Ementa. ADI 4.947.

²⁷¹ ADI 4.965. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Rosa Weber, J. 1º.07.14, DJe 30.10.14.

²⁷² ADI 5.020. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, Relatora p/acórdão Ministra Rosa Weber, J. 1º.07.14, DJe 30.10.14.

²⁷³ ADI 5.028. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, Relatora p/acórdão Ministra Rosa Weber, J. 1º.07.14, DJe 30.10.14.

²⁷⁴ Lei 9.868/99. “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

²⁷⁵ Registra-se que a natureza impositiva ou não do prazo foi objeto de debate ao longo do julgamento da ADI 3.682. Em algumas passagens do inteiro teor do acórdão a redação empregada aponta para o caráter de recomendação ao legislador enquanto em outras de obrigatoriedade, consoante se pode depreender da comparação entre a ementa e a parte dispositiva da decisão.

²⁷⁶ STF. ADI 2.240. Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, J. 09.05.07, DJe 03.08.07. No mesmo sentido as ADIs 3.316, 3.489 e 3.689.

Porém, tão logo cientificado da decisão, o Presidente da Câmara dos Deputados oficiou ao STF, e, invocando a independência entre os Poderes, comunicou discordar do estabelecimento pelo PJ de prazo para o Congresso Nacional exercer atividade que lhe é própria. Passo seguinte, o STF esclareceu não ter imposto prazo, mas tão somente fixado um parâmetro razoável de tempo.

Passaram-se alguns anos até que o STF retomasse a discussão acerca do cabimento de fixação de prazo ao legislador, fato verificado na ADI 1.987²⁷⁷, julgamento no qual o STF, após debater as consequências jurídicas da eventual não observância pelo Congresso Nacional e registrar a extrema dificuldade em se cobrar prazo eventualmente fixado, emprestando natureza mandamental ou obrigacional para o legislador às decisões proferidas tanto em MI quanto em ADO, decidiu pela possibilidade de fixar o lapso temporal, sem, contudo, ter assim procedido.

Noutro giro, em 1990, ao exame da Medida Liminar na ADI 361²⁷⁸, o STF decidiu pelo não cabimento da tutela de urgência em ações diretas por omissão. Entendeu o Tribunal, naquela oportunidade, que se no provimento judicial de mérito não está o Poder Judiciário autorizado a afastar a omissão normativa, não há providência urgente que possa ser deferida, exatamente em respeito ao alcance passível de ser obtido no provimento definitivo²⁷⁹.

Tal entendimento foi mantido nos julgamentos posteriores, a exemplo das medidas liminares nas ADIs 526²⁸⁰, 986²⁸¹, ADI 267²⁸², ADI 1.439²⁸³, postura somente alterada após previsão legal²⁸⁴ do cabimento de medida cautelar em ADO, a teor da decisão proferida na ADO 23 concedendo liminar *ad referendum* do Pleno do STF, em que assegurado aos Estados e ao Distrito Federal o repasse, pela

²⁷⁷ ADI 1.987. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 24.02.10, DJe 29.04.10.

²⁷⁸ ADI 361 Medida Liminar. Tribunal Pleno, unanimidade, Relator Ministro Marco Aurélio, J. 05.10.90, DJ 26.10.90.

²⁷⁹ “Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - Liminar. E incompatível com o objeto mediato da referida demanda a concessão de liminar. Se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, o que se dirá quanto ao exame preliminar.” ADI 361. Ementa.

²⁸⁰ ADI 526 Medida liminar. Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, J. 12.12.91, DJ 05.03.93.

²⁸¹ ADI 986 Medida Liminar. Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, J. 10.02.94, DJ 08.04.94.

²⁸² ADI 267 Medida Cautelar. Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 25.10.90, DJ 19.05.95.

²⁸³ 1.439 Medida liminar. Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 22.05.96, DJe 30.05.03.

²⁸⁴ Art. 12-F, § 1º, da Lei 9.868/99, inserido pela Lei 12.063/09.

União, das verbas do Fundo de Participação dos Estados – FPE, em conformidade com os critérios anteriormente vigentes, por mais 150 dias.

2.3. Elementos comuns ao MI e à ADO

No presente tópico, encerrando a análise da dinâmica jurisprudencial, são abordados aspectos para os quais a tratativa emprestada pelo STF não faz distinção entre as ações de controle de omissões normativas inconstitucionais, a saber a mora legislativa, a omissão normativa, bem como as semelhanças e dessemelhanças entre o MI e a ADO no entendimento do STF, aspecto esse explicitado na cronologia dos julgamentos e pelo qual se inicia.

2.3.1 Correlação entre os institutos

Consoante já alinhavado, a construção jurisprudencial do MI se fez na esteira do que o STF compreendia quanto à ADO, em um primeiro momento servindo as balizas reconhecidas para essa ação de controle abstrato mais como limites ao novo instituto do que propriamente como orientação para desvelar as possibilidades próprias do MI, sendo essa correlação uma história contada mais à luz da jurisprudência no MI do que na ADO.

Desse modo, o STF afirmou ao julgamento do MI 107 QO, considerando o fato de que o MI é “instrumento processual cabível apenas quando houver omissão inconstitucional”²⁸⁵, não comportar o *writ* o alcance que o texto constitucional (art. 103, § 2º, da CF/88) emprestou à ADO, ação que abarca qualquer medida, incluídas as de caráter administrativo, desde que necessária para tornar aplicável o preceito constitucional.

Ainda naquele julgamento, a limitação do MI também se fez presente com base na lógica de que, por ser *writ* destinado a preservar direitos subjetivos, não poderia o STF a ele emprestar alcance maior do que à ADO, na medida em que essa ação se destina a assegurar o interesse público, entendido como mais relevante do que o individual, excluindo das decisões em MI eventual eficácia para

²⁸⁵ Voto do Ministro Moreira Alves no MI 107 QO.

além das partes que compunham a relação jurídica processual, reservada a eficácia *erga omnes* as decisões típicas das ações de caráter abstrato.

Constata-se que a jurisprudência do STF, por vezes em movimento de aproximação, por outras de afastamento, sempre comparou o MI à ADO, registrando, contudo, decisões não uniformes sobre o alcance do *writ*. Exemplificasse, no primeiro semestre de 1990, ao julgamento do MI 168²⁸⁶, o Tribunal assentiu que MI e ADO eram ações com significado e alcance próprios, sob pena de se ter que admitir insertos no texto constitucional ações idênticas, apenas com denominação e rol de legitimados diversos, o que não faria sentido no ordenamento jurídico²⁸⁷. Entretanto, no segundo semestre daquele mesmo ano, agora ao julgamento da ADI 267, a posição majoritária do STF indicou que as decisões em MI e ADO teriam a mesma eficácia, qual seja apenas declarar a mora do legislador, vencida²⁸⁸ a corrente que defendia ter o MI um sentido próprio, distinto da ADO, para a qual, enquanto os efeitos da decisão na ADO eram apenas os de dar ciência ao Congresso Nacional, no MI cumpriria ao STF suprir a omissão normativa.

Por ocasião do julgamento do MI 232 o STF reconhece a possibilidade de fixação de prazo ao legislador, medida não comportada em ADO, à exceção da hipótese em que providência necessária se dirige à autoridade administrativa, saindo vitoriosa naquele caso em particular a tese de que não limitados os efeitos da sentença em MI ao que preconizado para a ADO²⁸⁹.

²⁸⁶ MI 168. Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, J. 21.03.90, DJ 20.04.90.

²⁸⁷ Nesse sentido o voto vencido do Ministro Marco Aurélio no MI 219, afirmando inexistentes na CF “preceitos inócuos”, razão pela qual insatisfatória a leitura do texto constitucional que empresta ao MI o mesmo alcance dado à ADO, qual seja a mera ciência ao Poder responsável por suprir a omissão.

²⁸⁸ Vencidos os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio.

²⁸⁹ “Inegavelmente, defrontamo-nos, agora, com um mandado de injunção e não com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porque, se assim não fosse, teríamos concluído, diante do que se contém no artigo 103 da Constituição Federal, pela ilegitimidade *ad causam* da Impetrante. Indaga-se: assentada esta premissa, segundo a qual o provimento no mandado de injunção ha que ser um provimento delimitado subjetivamente, podemos caminhar no sentido da prolação de uma sentença meramente declaratória quanto a omissão do Congresso Nacional? A meu ver, não! A omissão é premissa do provimento judicial, mas esse provimento, a meu ver, deve alcançar o desiderato previsto no tocante ao próprio instituto do mandado de injunção! Deve viabilizar o exercício, em si, do direito, porque senão de mandado de injunção não se tratará, no caso, nem tampouco de uma sentença harmônica com esse instituto, mas de uma sentença pertinente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão”. No mesmo sentido o Ministro Carlos Velloso: “A diferença entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão, lembrei no trabalho que escrevi a respeito e que está linhas atrás mencionado, está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional genérico, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das

Transcorridos alguns meses, em 1992, examinando QO no MI 395²⁹⁰, o STF não conhece do *writ* por impossibilidade jurídica do pedido de conversão do MI em ADO, assentando a inviabilidade de se invocar o instituto da fungibilidade entre tais ações constitucionais.

Nos anos que se seguiram, de modo geral o STF manteve a correlação estabelecida entre o MI e a ADO estabelecida nas primeiras oportunidades em que se manifestou sobre o *writ*, portanto limitando as suas decisões ao alcance possível na ação direta por omissão, embora tenha entendido cabível fixar prazo, sem desconsiderar a existência de casos particulares, já referidas no tópico da dinâmica jurisprudencial do MI, nos quais o Tribunal assegurou o direito subjetivo na própria impetração.

Em 2007, contudo, o STF altera seu posicionamento acerca do alcance do MI, passando a prevalecer o posicionamento até então minoritário no Tribunal, mudança experimentada de forma nítida ao julgamento do MI 721, ante a assertiva de que não caberia, por sua natureza de processo subjetivo, confundir o MI com a ADO, bem como “a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo”, observado que “ao agir [no MI], o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato”²⁹¹, cingindo-se os efeitos da decisão às partes envolvidas no feito.

Na sequência, quando do exame do MI 670, o STF reitera as particularidades desse instituto, distinguindo-o da ADO, embora considerados ambos “mecanismos de controle da omissão do legislador”²⁹², cujas decisões possuem caráter mandamental, nelas veiculada pretensão de obter “ordem judicial dirigida a um outro órgão do Estado”, superando, ainda, o entendimento recentemente adotado no MI

providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de trinta dias (C.F., art. 103, § 29). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal, em concreto, que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável (C.F., art. 5º, LXXI). O inc. LXXI do art. 5º parece-me claro quando estabelece que a concessão do mandado de injunção importa viabilizar o exercício de direito e liberdade constitucional ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania» A disposição inscrita, a seu turno, no § 2º do art. 103 é noutro sentido: a procedência da ação para tornar efetiva norma constitucional resulta, simplesmente, no dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Voto do Ministro Marco Aurélio no MI 232.

²⁹⁰ MI 395 QO. Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. 27.05.92, DJ 11.09.92.

²⁹¹ Voto do Ministro Marco Aurélio no MI 721.

²⁹² Voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670.

721, ao afirmar que, embora a eficácia *erga omnes* fosse inerente às ações do controle abstrato, em razão da grande semelhança entre o alcance do MI e da ADO, cumpria reconhecer o caráter objetivo com que se revestiam as decisões proferidas no *writ*.

Assim conformado o MI na jurisprudência do STF, o entendimento permanece mantido hodiernamente, *v.g.* a decisão no MI 943 em que se reiterou o caráter obrigatório ou mandamental das decisões em MI, nos moldes dos processos de controle abstrato de omissão normativa, tese igualmente confirmada na ADI 1.987, fazendo com que comporte o *writ* certo grau de objetivação, a assegurar que a decisão nele proferida, embora destinada ao caso concreto, possa servir de parâmetro decisório para outros casos semelhantes. Nos moldes do voto do Ministro Gilmar Mendes:

[...] a extensão possível dos efeitos advindos de decisão em mandado de injunção. O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos mandados de injunção gerarem efeitos concretos não somente em razão do interesse jurídico de seus impetrantes, estendendo-os também aos demais casos que guardem similitude.²⁹³

Interessa notar, ainda, que ao julgamento recente de ADOs, nos moldes do que acenado na ADI 4.947, julgada conjuntamente com as ADIs 4.963, 4.965, 5.020 e 5.028 (ações nas quais veiculados pedidos por ação e omissão), o STF sinalizou que, declarada a inconstitucionalidade e reconhecida a mora no âmbito do controle abstrato, persistindo a omissão do legislador, o caminho indicado pela CF/88 ao suprimento da omissão normativa seria o do MI, em razão do seu papel de normativo concretizante. Verifica-se de tal julgamento, com efeito, que o STF, ainda sob a lógica de assemelhar as ações constitucionais de controle de omissões normativas, porém não mais com o escopo de impor limites ao MI, passa a ventilar a ampliação das possibilidades da ADO com base no alcance maior atualmente reconhecido ao MI. Bem sintetiza a compreensão o seguinte fragmento extraído de voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no MI 670:

A equiparação dos efeitos das decisões proferidas no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão configura um elemento essencial da construção desenvolvida pelo Tribunal. Até porque a simples constatação de que a decisão proferida nesses processos tem caráter impositivo para os órgãos legiferantes não legitima, necessariamente, outras conseqüências jurídicas consideradas pelo acórdão como simples consectário desse

²⁹³ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.987.

caráter obrigatório, tais como a obrigação de suspender os processos que tramitam perante autoridades administrativas ou tribunais. Esses efeitos somente se mostram compreensíveis em face da suposição de que a decisão proferida no controle abstrato da omissão, por se tratar de um processo objetivo, deve ser dotada de eficácia *erga omnes*.

O Tribunal parte da idéia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas conseqüências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia *erga omnes*. Dessa forma, pôde o Tribunal fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção.²⁹⁴

Infere-se, assim, da dinâmica jurisprudencial, precisamente da análise de como tem sido trabalhada a correlação entre o MI e a ADO - em um primeiro momento adotando as balizas constitucionais da ADO para limitar o MI, para, em um segundo, com base nesse mesmo alcance maior da ADO, justificar a “objetivação” das decisões em MI²⁹⁵ -, que o STF poderá lançar mão das atuais possibilidades reconhecidas no *writ* de modo a fazê-lo servir de “gancho” à ampliação da ADO, para além dos contornos fixados no texto constitucional. Nesse sentido, a seguinte ilação do Ministro Gilmar Mendes:

Ora, mas se há essa relativa fungibilidade entre a ADI e a ação direta por omissão, e ação direta por omissão podendo cumprir o papel do mandado de injunção, inclusive com força ampla, por que não pensarmos, então, pelo menos, em expedirmos uma orientação que, de fato, obrigue o Congresso a deliberar?²⁹⁶

Ultimando, registra-se reconhecido pelo legislador, ante a edição da Lei 12.063/09²⁹⁷, o cabimento de medida cautelar em ADO, medida de urgência cuja concessão já se observou na ADO 23²⁹⁸. Nesse contexto, defende-se que a possibilidade de concessão de medida cautelar em MI merece ser repensada²⁹⁹, não

²⁹⁴ Voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670.

²⁹⁵ MENDES, Gilmar F. “O Supremo Tribunal Federal, ao equiparar os efeitos da decisão proferida no controle abstrato da omissão e no processo de mandado de injunção, esforçou-se para fundamentar efeito vinculante que transcendesse as partes propriamente envolvidas [...]” MENDES, Gilmar F; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.201-1.202.

²⁹⁶ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 4.947.

²⁹⁷ Lei que inseriu o art. 12-F, § 1º, na Lei 9.868/99.

²⁹⁸ “[...] defiro em parte a liminar pleiteada na presente ação, ad referendum do egrégio Plenário, para garantir aos Estados e ao Distrito Federal o repasse, pela União, das verbas do fundo a que alude o art. 159, I, a, da Constituição da República, no percentual nele estabelecido, em conformidade com os critérios anteriormente vigentes, por mais 150 (cento e cinquenta dias), a contar da intimação desta medida cautelar, desde que não sobrevenha nova disciplina jurídica, sem prejuízo de eventuais compensações financeiras, entre os entes federados, a serem eventualmente definidas em lei complementar. Comunique-se, com urgência. Publique-se.”

²⁹⁹ Ressalta André Vicente Pires Rosa ser “[...] extremamente oportuno que retomemos as discussões acerca do mandado de injunção. Sua verdadeira natureza jurídica, suas possibilidades e seus limites permanecem até hoje envoltos em uma espécie de bruma que revela, talvez, nossa incapacidade em

mais presentes, à luz da dinâmica jurisprudencial, as balizas limitadoras da ADO originalmente impostas ao *writ*, as quais justificavam o não cabimento da tutela de urgência no MI, ação destinada a assegurar o exercício de direito subjetivo constitucional, finalidade muitas vezes não atingida em razão da demora. Nesse sentido já tive a oportunidade de manifestar que:

Sem negar o sensível avanço no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de viabilizar o exercício de direitos e liberdades fundamentais pela via do mandado de injunção, entende-se ter havido, até o presente momento, deficiente atualização jurisprudencial do instituto, pendente da necessária reflexão a possibilidade de se conceder liminar no bojo do *writ* injuncional.

É no mínimo curioso que, adotado para o mandado de injunção o procedimento do mandado de segurança, consideradas as cargas eficaciais contidas em recentes decisões proferidas em MI, o STF ainda não tenha admitido a possibilidade de “importar” do rito do MS a tutela de urgência. Da mesma forma, causa estranheza a postura de assemelhar o MI à ADO, sem que a inovação legislativa operada em relação à ação direta por omissão - que passou a contemplar o cabimento de medida cautelar em caso de excepcional urgência e relevância da matéria - desperte o STF para o cabimento da tutela de urgência em mandado de injunção.³⁰⁰

2.3.2 Mora legislativa inconstitucional

Adequado ao presente estudo analisar a mora legislativa, porquanto o STF, à luz da sua dinâmica jurisprudencial, impõe à configuração da omissão normativa o prévio reconhecimento da inércia legislativa³⁰¹. Tem-se, portanto, que a omissão

compreendermos e relacionarmos com o novo. A comunidade jurídica brasileira tem uma enorme dívida para com a Constituição Federal de 1988, por não ter dado até o presente a devida importância a uma de suas maiores criações. Sem exagero, pode-se afirmar que praticamente nada foi feito para que o mandado de injunção pudesse ser considerado como uma ação efetivamente inserida em nosso ordenamento jurídico”. *Mandado de Injunção sob a Perspectiva do Projeto de Lei n. 6.128, de 2009*. In: *Mandado de Injunção. Estudos sobre sua regulamentação*. Organizadores Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101.

³⁰⁰ WATERLOO, Estêvão A. C. *Cabimento de Medida Liminar em Mandado de Injunção no Supremo Tribunal Federal*. Monografia elaborada como requisito parcial de aprovação na disciplina Temas Fundamentais do Direito Constitucional, ministrada pelo prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, 1º semestre de 2015 do Mestrado em Direito do UniCEUB. Estudo originado e inserido nas pesquisas do Grupo Juspositivismo, Jusmoralismo e Justiça Política, sob a liderança do prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Júnior. Artigo aprovado para publicação junto à Revista da Advocacia-Geral da União - AGU.

³⁰¹ SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. “Com efeito, de acordo com a orientação do STF, para o controle abstrato e concentrado da omissão, insuficiente a mera existência de um dever de edição de normas e a respectiva ausência de regulamentação, visto que é preciso estar configurada a mora do poder público, em outras palavras, não basta a omissão em si, mas a omissão deve ser qualificada,

normativa, para receber a qualificação de inconstitucional, exige antes a configuração da mora - não uma inércia qualquer, mas, sim, aquela que se traduza em desrespeito a dever constitucional de legislar merecedor de reprovação – qualificada pela pecha da inconstitucionalidade³⁰².

Para tanto, novamente volta-se o olhar ao julgamento do MI 107 QO, oportunidade em que o STF assentou traduzir-se a mora legislativa em um “comportamento negativo dos poderes constituídos, que deixam de editar normas regulamentadoras previstas na Constituição”³⁰³, inércia do legislador por lapso temporal que extrapola o razoável, caso não haja prazo fixado no texto constitucional, ou que o ultrapasse (MI 283) sem ter editado a lei faltante.

Assim, já nos primeiros MIs decididos pelo STF, firmou-se o entendimento de que a declaração da mora legislativa inconstitucional não dependeria da existência de prazo prefixado no texto constitucional, podendo ser reconhecida também nas hipóteses em que houvesse inércia do legislador por período de tempo reputado suficiente à edição do diploma legal. Nesse sentido o teor da decisão proferida na ADI 267, apontando a abstenção do poder competente para legislar em prazo razoável³⁰⁴.

Considerou, ainda, nos moldes do que decidido no MI 219, que a mera instauração do processo legislativo ou a existência de projetos de lei em trâmite no âmbito do Poder Legislativo não seria suficiente para afastar a mora inconstitucional, entendimento esse majoritário e que culminou por ser pacificado na jurisprudência do STF, v.g. MI 95 e MI 369.

em suma, deve tratar-se de uma omissão inconstitucional.” *Comentário ao artigo 5º, LXXI*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 484.

³⁰² Na lição de Canotilho, omissão legislativa “[...] não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de negação. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”. CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, 2ª reimpressão. Edições Almedina. 2003. p. 1.100.

³⁰³ Voto do Ministro Celso de Mello no MI 107 QO.

³⁰⁴ Considerou o STF o fato do Congresso Nacional ter sido comunicado da mora no MI 219 (Ofício STF nº 495, de 24.08.90).

De rigor, no aspecto, registrar a existência de MIs em sentido contrário, v.g. MIs 121³⁰⁵, 214³⁰⁶, 215³⁰⁷ e 230³⁰⁸, todos decididos monocraticamente nos anos 1990 e 1991, em que contemplada a tese do não cabimento da impetração quando já instaurado o processo legislativo. Ademais, tal posicionamento ainda pode ser verificado, de forma minoritária ou isolada, em alguns julgamentos posteriores, a teor de voto proferido no MI 361 no sentido de que, “em face da informação de que há projetos em tramitação, parece que não se caracterizaria, indubiosamente, a mora do Congresso”³⁰⁹.

De qualquer sorte, verifica-se que a jurisprudência do STF, consoante as ADIs 1.439, 3.682 e 1.987, permaneceu orientada no sentido de que o decurso excessivo de lapso temporal, sem que o legislador dê cumprimento a inequívoco dever constitucional de legislar, configura, sim, a mora, independentemente do fato de existirem projetos de lei em trâmite (MI 369), bastando que se verifique inércia do legislador em discutir e aprovar a matéria, *inertia deliberandi* que o Tribunal admite possa ser objeto de controle em ação direta por omissão, nos moldes do que ventilado na ADI 3.682.

Entende-se que tal aspecto, contudo, está a demandar estudo mais aprofundado, cumprindo ao STF agir com parcimônia na via do controle das omissões normativas nas hipóteses em que a ação veiculada centre a discussão na inércia do legislador em deliberar, porquanto além de seara própria à atividade precípua do Poder Legislativo, nos moldes do que já comunicado pelo Congresso Nacional ao STF na ADI 3.682, carecem os atos e procedimentos que consubstanciam o processo legislativo de regulação constitucional específica e pormenorizada³¹⁰.

³⁰⁵ MI 121. Decisão monocrática, Relator Ministro Aldir Passarinho, J. 12.03.91, DJ 20.03.91.

³⁰⁶ MI 214. Decisão monocrática, Relator Ministro Aldir Passarinho, J. 19.02.91, DJ 07.03.91.

³⁰⁷ MI 215. Decisão monocrática, Relator Ministro Celso de Mello, J. 08.03.90, DJ 16.03.90.

³⁰⁸ MI 230. Decisão monocrática, Relator Ministro Sydney Sanches, J. 29.01.91, DJ 08.02.91.

³⁰⁹ Voto do Ministro Paulo Brossard no MI 361.

³¹⁰ Gilmar Ferreira Mendes defende que uma “questão que ainda está a merecer melhor exame diz respeito à *inertia deliberandi* (discussão e votação) no âmbito das Casas Legislativas. Enquanto a sanção e o veto estão disciplinados, de forma relativamente precisa, no texto constitucional, inclusive no que concerne a prazos (art. 66), a deliberação não mereceu do constituinte, no tocante a esse aspecto, uma disciplina mais minuciosa. Ressalvada a hipótese de utilização do procedimento abreviado previsto no art. 64, §§ 1º e 2º, da CF, não foram estabelecidos prazos para a apreciação dos projetos de lei. Observe-se que mesmo nos casos desse procedimento abreviado não há garantia quanto à aprovação dentro de determinado prazo, uma vez que o modelo de processo legislativo

E, já na quadra recente, a partir do exame do MI 670, o STF apontou consequências da mora do legislador em relação à sua própria atuação, ao acrescentar que determinados estados continuados de inércia legislativa, particularmente naquelas hipóteses em que já instado o Poder Legislativo pelo Judiciário (situação verificada nos MIs 721 e 943), podem configurar “uma espécie de omissão judicial”³¹¹, a exigir uma postura decisória diferenciada.

Pode-se afirmar que o STF tem sido parcimonioso em reconhecer a mora legislativa, somente observado maior rigor do Tribunal em relação à inércia do legislador naquelas ações em que veiculadas matérias anteriormente examinadas pelo Tribunal, para as quais, portanto, tendo sido oportunamente cientificado da inércia inconstitucional, deixou o legislador de adotar, em prazo razoável, as providências necessárias à edição da norma regulamentadora faltante. Exemplificam a constatação a procedência do MI 670, com o imediato suprimento judicial da omissão normativa, cuja mora do legislador já havia sido declarada 20 anos antes pelo STF, por ocasião do julgamento do MI 20, em 1994, bem como a procedência, em 2013, do MI 943, que versou sobre tema para o qual Congresso Nacional já havia sido cientificado da mora inconstitucional, igualmente duas décadas antes, no MI 278.

Nesse diapasão, constata-se que o juízo de reconhecimento da mora legislativa pelo STF comporta carga de subjetivismo, especialmente naquelas hipóteses em que o texto constitucional não estipula qualquer prazo, porquanto dependente da adoção do critério da razoabilidade³¹². Logo, a inércia legislativa, para ser qualificada como inconstitucional, submete-se ao juízo de que extrapolado

estabelecido pela Constituição não contempla a aprovação por decurso de prazo. *Quid juris*, então, se os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação? Ter-se-ia, aqui, uma omissão passível de vir a ser considerada morosa no processo de controle abstrato da omissão?” MENDES, Gilmar F. *Ações de Inconstitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*. In: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar F. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 35ª edição, atual. e ampl. com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. Malheiros Editores. São Paulo/SP, 2010. p. 520.

³¹¹ “A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial.” MI 670. Ementa.

³¹² Nesse sentido, Canotilho assevera que, mesmo nas hipóteses para as quais o texto constitucional não fixa prazos ao legislador, a CF exige “sua concretização em tempo razoável, sob pena de a situação criada pela inércia legislativa resvalar para uma realidade inconstitucional.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 276.

certo lapso temporal, prazo esse que o STF avalia como suficiente para o legislador se desincumbir da sua obrigação de concretizar determinado mandamento constitucional desprovido de autoaplicabilidade³¹³.

Em síntese, a jurisprudência do STF informa que mora legislativa inconstitucional é um conceito aberto, que traz em si a ideia de não observância de prazo – expresso ou não no texto constitucional - ao cumprimento do dever de legislar, e que comporta elemento de subjetividade do julgador quanto ao lapso temporal que se entende razoável ao adimplemento do comando contido na CF/88.

2.3.3 Omissão normativa inconstitucional

Em fevereiro de 1989, ao exame da ADI 19, o STF asseverou que o art. 103, § 2º, da CF/88 compreendia tão somente omissões de caráter normativo, sem alcançar omissão quanto à prática de atos em concreto, entendimento esse posteriormente ratificado no MI 58³¹⁴, afirmando o Tribunal que o controle constitucional de omissões normativas diz com vácuo legislativo, não com omissão de caráter concreto, relativa a não fazer ou não prestar por parte da autoridade responsável, inércia verificada à luz de regramento legal suficiente³¹⁵.

Ainda naquele ano, ao julgamento do MI 107 QO, estabeleceu-se que a omissão normativa inconstitucional se configura na ausência da regulamentação de comando constitucional desprovido de autoaplicabilidade³¹⁶, podendo a omissão ser total ou parcial, lacuna técnica traduzida na “ausência de uma norma imprescindível para que outra produza efeitos jurídicos”³¹⁷.

³¹³ Para Elival da Silva Ramos, o legislador constituinte defere ao legislador infraconstitucional o poder de fazer o comando constitucional desprovido de eficácia imediata “atuar em modo e momento adequados”. RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 94.

³¹⁴ MI 58. Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, Relator p/ acórdão Ministro Celso de Mello, J. 14.12.90, DJ 19.04.90.

³¹⁵ À obviedade, não há falar em omissão normativa quando presente no ordenamento jurídico norma legal disciplinadora da matéria (MIs 73, 74, 117 e 152 AgR).

³¹⁶ Consoante Ingo Sarlet, “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que qualquer direito constitucional é passível de ser tutelado por mandado de injunção desde que se cuide de disposição normativa não autoaplicável”. SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentário ao artigo 5º, LXXI*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva Almedina, 2013. p. 483.

³¹⁷ Voto do Ministro Celso de Mello no MI 107 QO.

E, na mesma assentada, o STF indicou que a omissão normativa não se limitava à falta de lei em sentido estrito, devendo o art. 5º, LXXI, da CF/88 ser lido de forma a abranger “não apenas a ausência de lei, mas de iniciativa legislativa, de decreto regulamentador, ou, até, de outros atos administrativos normativos necessários”³¹⁸ a assegurar a exequibilidade de determinado preceito constitucional.

Tal compreensão afastou a hipótese de provocação do STF com base em omissão normativa decorrente da ausência de regulamentação de preceito infraconstitucional, pressupondo a omissão normativa autorizadora da jurisdição do STF a “abstenção de um encargo normatizante fundado em regra constitucional”³¹⁹.

E, enquanto na ADI 267 firmou-se que o conceito de omissão normativa inconstitucional aponta para uma norma constitucional aberta, que para ter plena aplicabilidade exige integração normativa, no MI 232 o STF delimitou-se que a simples lacuna normativa, em razão de poder ser suprida com o emprego das técnicas tradicionais de integração - analogia, costumes e princípios gerais do direito -, não se confundia com a omissão decorrente da falta de norma regulamentadora de preceito constitucional³²⁰.

E, analisando-se os demais casos selecionados, constata-se que entendimento jurisprudencial acerca do fenômeno da omissão normativa inconstitucional resultou devidamente emoldurado já nos primeiros MIs e ADOs submetidos ao STF, conceito que veio a sofrer pequenos acréscimos tão somente na última década, consoante será explicitado após abordagem da classificação das omissões normativas, em respeito à cronologia dos julgamentos.

A confirmar a conclusão estampada, além dos casos já citados, as razões de decidir no MI 283, no qual o STF conclui que a omissão normativa diz com a ausência de lei viabilizadora do exercício de direito assegurado por norma constitucional de eficácia limitada; no MI 219, traduzida na ausência de “regras jurídicas imprescindíveis ao exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas assegurados pelo texto da Carta Política”³²¹; no MI 73³²², pela ausência, no

³¹⁸ Voto do Ministro Moreira Alves no MI 107 QO.

³¹⁹ Voto do Ministro Celso de Mello no MI 107 QO.

³²⁰ Voto do Ministro Octavio Gallotti no MI 232.

³²¹ Voto do Ministro Celso de Mello no MI 219.

³²² MI 73. Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. 07.10.94, DJ 19.12.94.

ordenamento jurídico, de lei regrado a hipótese; no 670, fruto da não observância de um dever constitucional de legislar; no MI 943, como sendo o esvaziamento de direitos e prerrogativas constitucionais à falta de norma legal regulamentadora.

Por sua vez, no controle abstrato, exemplificam as decisões proferidas na ADI 367, ao firmar que a omissão normativa se configura quando uma norma constitucional exige, para ter plena aplicabilidade, integração normativa; na ADI 526, em razão do não atendimento a preceito constitucional; na ADI 1.439, pela não tomada de qualquer providência (ou de modo insuficiente) que viabilize direito ou liberdade assegurado por comando constitucional; na ADI 1.458, em razão da inércia do Poder Público em concretizar comando impositivo do texto constitucional; na ADI 1.484³²³, ante a “inércia de suas instituições [do Estado], quanto à concretização das imposições legiferantes fundadas em cláusulas constitucionais mandatórias”³²⁴; na ADI 1.442, quando ausente norma jurídica a realizar o comando constitucional; na ADI 3.276, pela ausência de lei; na ADI 3.682, pelo “inadimplemento absoluto de um dever de legislar (omissão total)”, bem como na hipótese da “execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever (omissão parcial)”³²⁵; na ADI 1.987, quando não editada a norma jurídica ou, se editada, quando não corresponde, plenamente, ao dever constitucional de legislar; na ADI 1.698, “quando a autoridade competente para adotar determinada providência, que torne eficaz direito constitucionalmente assegurado, deixa de agir na forma prevista no sistema”³²⁶; e, ultimando, na ADO 28³²⁷, quando o Estado “deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional”³²⁸.

Verifica-se, por seu turno, que o STF sempre teve presente a possibilidade de a omissão normativa ostentar caráter absoluto, hipótese em que a falta de regulamentação descumpra integralmente o mandamento constitucional desprovido de aplicabilidade, bem como relativo, em que presente o regramento legal, porém insuficiente à realização do preceito constitucional em sua plenitude. Dividem-se,

³²³ ADI 1.484. Decisão Monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, Relator, J. 21.08.01, DJe 28.08.01.

³²⁴ Voto do Ministro Celso de Mello na ADI 1.484.

³²⁵ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.682.

³²⁶ Voto da Ministra Cármen Lúcia na ADI 1.698.

³²⁷ ADO 28. Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, J. 16.04.15, DJe 03.08.15.

³²⁸ Voto do Ministro Celso de Mello na ADO 28.

portanto, as omissões normativas inconstitucionais, à luz da jurisprudência assente no STF, em totais (ou absolutas) e parciais (ou relativas) - naquelas se verifica a inércia absoluta do legislador, enquanto nessas, embora constatada a presença de um fazer ou prestar legislativo, tal se dá de forma insuficiente^{329 330}.

A dinâmica jurisprudencial também informa que o STF se preocupou em melhor delinear o fenômeno da omissão parcial, e defende-se que não haveria como ser diferente, considerando que no âmbito da omissão total há absoluta ausência de regramento, o que, embora não seja tarefa simples, culmina por facilitar a sua identificação, enquanto que a omissão parcial, porque pressupõe alguma legislação, se insere na zona limítrofe entre a inconstitucionalidade por ação e por omissão (ADI 1.987), sendo necessário avaliar a suficiência ou não do regramento legal existente, editado em atenção ao preceito constitucional mandatório, *v.g.* a ADI 986, em que se afirmou configurada a omissão parcial quando a norma jurídica não contém tudo o que deveria conter³³¹. Assim, distinguir as omissões normativas, necessário reconhecer, comporta dificuldades:

A tentativa de proceder a essa clara diferenciação não se afigura isenta de dificuldades. Se se considera que, atendida a maioria das exigências constitucionais de legislar, não restarão senão os casos de omissão parcial (Teilunterlassung), seja porque o legislador promulgou norma que não corresponde, plenamente, ao dever constitucional de legislar, seja porque uma mudança das relações jurídicas ou fáticas impõe-lhe um dever de adequação do complexo existente (Nachbesserungspflicht).³³²

E o STF, ainda no MI 58, houve por bem explicitar que a omissão parcial poderia decorrer de afronta ao princípio da isonomia (por exclusão de benefício), na hipótese de o benefício não alcançar determinados sujeitos, em tese destinatários daquele direito, ou, ainda, quando concedido o benefício indevidamente, alcançando sujeitos para os quais o benefício não se estenderia, sugerindo, no aspecto, que a

³²⁹ Para Jorge Miranda a afronta ao texto constitucional decorre “umas vezes da completa inércia do legislador e outras vezes da sua deficiente actividade, competindo ao órgão de fiscalização pronunciar-se sobre a adequação da norma legal à norma constitucional”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª edição, tomo 11. Coimbra Editora, 1988. p. 406.

³³⁰ Alinhado à classificação reconhecida pela jurisprudência do STF, Canotilho afirma que, além da omissão total, existe a possibilidade de acontecer a omissão parcial, configurada pelo agir do legislador em cumprimento ao comando constitucional, contudo “em termos lacunosos e incompletos”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos — O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas*. In: *As Garantias do Cidadão na Justiça*. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (coords.). Editora Saraiva. São Paulo. 1993. p. 366.

³³¹ Decisão do Ministro Sepúlveda Pertence, pela qual indeferido pedido liminar na ADI 986.

³³² MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. Editora Saraiva. São Paulo, 2013. p. 1161.

omissão (parcial) por exclusão do benefício poderia ser resolvida exatamente por meio da extensão do benefício, pela exclusão ou, ainda, pelo reconhecimento do processo de inconstitucionalização.

Tal compreensão igualmente se extrai do julgamento da ADI 2.791³³³, cuja fundamentação do acórdão contempla a possibilidade, de forma excepcional, de se afastar o princípio da nulidade, embora reconhecida a inconstitucionalidade, com base na exclusão de benefício não compatível com o princípio da igualdade³³⁴.

Assim, tem-se que, enquanto as omissões absolutas tendem à extinção no ordenamento jurídico, fruto da paulatina concretização dos comandos constitucionais³³⁵, as omissões relativas se orientam ao surgimento, a exemplo da leitura realizada na ADI 3.682 de que as lacunas inconstitucionais podem “decorrer de uma mudança nas relações fáticas, configurando para o legislador imediato dever de adequação”³³⁶, compreensão ratificada pelo STF, na quadra recente, ao julgamento da ADI 1.987³³⁷, ao assentir que as omissões normativas podem ser identificadas não somente nas hipóteses em que há obrigação expressa, mas também em decorrência da interpretação do texto constitucional, impulsionada por mudanças fáticas e jurídicas. Nos termos do voto do Ministro Relator, Gilmar Mendes, proferido na ADI em comento:

Sabe-se que a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos, como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação.³³⁸

³³³ ADI 2.791. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 16.08.06, DJe 24.11.06.

³³⁴ De igual forma, com base no respeito à segurança jurídica.

³³⁵ Conclui, nesse contexto, Gilmar Mendes, que, “decorrido algum tempo da promulgação da Lei Magna, não se logrará identificar, com a ressalva de uma ou de outra exceção, uma omissão pura do legislador” (MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. rev. e atual. Editora Saraiva. São Paulo/SP, 2013. p. 1161.), ao passo que a omissão parcial revelar-se-á cada vez mais, considerando que a sua manifestação pode se dar “[...] tanto em razão do atendimento incompleto do estabelecido na norma constitucional, como do processo de mudança nas circunstâncias fático-jurídicas que venha a afetar a legitimidade da norma (inconstitucionalidade superveniente), ou, ainda, em razão de concessão de benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade)”. MENDES, Gilmar F. *O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa*. In: Revista Jurídica da Presidência / Presidência da República Centro de Estudos Jurídicos da Presidência. Brasília: Volume 13 Número 100 Jul/Set 2011. p. 165-192.

³³⁶ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.682.

³³⁷ ADI por omissão, julgada em conjunto com as ADIs por ação 875, 2.727 e 3.243.

³³⁸ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.987.

Nessa esteira, é possível afirmar que a omissão normativa inconstitucional não se resume à mera incompletude do ordenamento jurídico, vácuo legislativo que possa ser suprido em definitivo (por qualquer dos Poderes), tratando-se sim de um fenômeno permanente no processo de reconhecimento do texto constitucional, exercitado no âmbito da jurisdição constitucional.

Em suma, a dinâmica jurisprudencial do STF consagra que a omissão normativa inconstitucional decorre da inércia em regulamentar comando constitucional desprovido de autoaplicabilidade, que contenha de modo inequívoco um dever de legislar, expresso ou decorrente da interpretação do texto constitucional, obrigação da qual o Poder, órgão ou autoridade responsável não se desincumbe em certo prazo (previamente fixado/lapso temporal razoável), mora legislativa que não se afasta pela existência de projeto de lei em tramitação.

Verifica-se ante a completa ausência do regramento legal (total/absoluta), bem como na sua presença, desde que a legislação se mostre insuficiente ao pleno atendimento de preceito constitucional de eficácia limitada (parcial/relativa).

Ressalta-se, ademais, que na hipótese do MI a regulamentação faltante deve apontar para o exercício de direito ou prerrogativa assegurados por norma constitucional – porque ação voltada à proteção de direitos subjetivos -, enquanto que na ADO tal exigência não se amolda, bastando seja identificado o preceito constitucional de eficácia limitada - porque ação voltada à proteção do ordenamento jurídico.

É dizer, em se tratando de MI, embora ampliados os efeitos das decisões para além da estrita relação jurídica formada no momento da impetração, à luz da dinâmica jurisprudencial, conclui-se que o STF mantém a exigência de a omissão normativa seja qualificada por obstáculo a exercício de direito ou prerrogativa constitucionais fortemente dirigido – invocável - pelo sujeito da impetração³³⁹.

³³⁹ MENDES, Gilmar F. “Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, o constituinte pretendeu conferir aos dois institutos significado processual semelhante, assegurando idênticas conseqüências jurídicas às decisões proferidas nesses processos. A garantia do exercício de direitos prevista no art. 5º, LXXVI, da Constituição, pertinente ao mandado de injunção, não se diferencia, fundamentalmente, da garantia destinada a tornar efetiva uma norma constitucional referida no art. 103, § 2º, da Constituição, concernente ao controle abstrato da omissão. [...] Dessarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que, enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a

configuração de um interesse jurídico concreto, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico.” MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.197.

CAPÍTULO 3

OMISSÃO NORMATIVA INCONSTITUCIONAL

Na análise da dinâmica jurisprudencial foram identificados como principais elementos configuradores da omissão normativa inconstitucional a mora legislativa, que envolve o lapso temporal, a necessidade de se regulamentar o preceito constitucional porque desprovido de autoaplicabilidade, e a obrigação de legislar, expressa no texto constitucional ou decorrente de processo interpretativo.

Elementos de tessitura aberta, dependentes do convencimento do julgador acerca do prazo que seria razoável à edição da lei faltante, da inequívoca imposição constitucional de um dever de legislar, bem como da própria existência de omissão normativa, que pode não ser reconhecida em um determinado contexto, mas que, em outro, à luz de alterações fáticas ou jurídicas (o que também comporta subjetividade), o STF pode entender presente, declarando a inconstitucionalidade e, eventualmente, entendendo-se autorizado a suprir.

Nesse contexto, não se busca aqui melhor balizar tais elementos, porquanto é essa a conformação que se extrai da leitura das decisões constitucionais empreendida. Omissão normativa, mora legislativa, prazo razoável e dever de legislar foram abordados pelo STF nos MIs e ADOs julgados ao longo da vigência da CF/88, tendo sido construída a jurisprudência exatamente de forma a permitir que, no exercício do controle das omissões normativas inconstitucionais, o Tribunal possa sopesá-los. Acresça-se, ainda, que, por ocasião da leitura do magistério doutrinário, constatou-se uniformidade suficiente quanto ao entendimento acerca do significado desses elementos, todos tidos por indispensáveis à configuração da omissão normativa inconstitucional.

Contudo, verificou-se a presença de outros dois elementos no conceito de omissão normativa plasmado na jurisprudência, quais sejam a eficácia limitada do preceito constitucional e a lacuna técnica, os quais o STF³⁴⁰ registra em alguns de

³⁴⁰ À luz dos casos selecionados para a pesquisa, à exceção do MI 20, em que o voto do Ministro Relator contempla posições doutrinárias sobre a eficácia das normas constitucionais, tem-se que nos demais casos, o STF se limitou a registrar que o preceito constitucional deve ter sua eficácia limitada. De igual modo no que diz com as expressões “vácuo legislativo” e “lacuna técnica”.

seus julgados sem tecer maiores considerações. É nessa régua – justamente naquilo em que da análise da dinâmica jurisprudencial não se mostrou possível extrair a compreensão do Tribunal - que o presente capítulo se desenvolve, na expectativa de contribuir com a formulação de um conceito de omissão normativa inconstitucional mais completo, com amparo na doutrina.

3.1 Preceito constitucional de eficácia limitada

Na jurisprudência do STF a omissão normativa sempre foi associada a normas carecedoras de autoaplicabilidade, qualificadas como sendo preceitos constitucionais de eficácia limitada, vinculação igualmente reconhecida pela doutrina, a exemplo do magistério de José Julio Fernandez Rodríguez:

Poderíamos, inclusive, dividir os preceitos da Lei Fundamental, ainda que se incorra em generalização demasiado simplista, em normas de eficácia limitada e normas de eficácia plena. Somente quanto às primeiras é que se pode configurar o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, independentemente da sua inaplicabilidade imediata ou não, o que acreditamos ser uma questão diferente, se bem que o problema se agrava quando o preceito não tem aplicabilidade imediata.³⁴¹ (tradução livre)

Por ocasião do julgamento do MI 20, o Tribunal assentou que os preceitos constitucionais de eficácia meramente limitada não são autoaplicáveis, dependentes da edição de norma legal que os regulamentem, a fim de que possam atuar em plenitude, ou seja, dependentes da *interpositio legislatoris*. No entendimento do Ministro Celso de Mello:

Sem que ocorra a *interpositio legislatoris*, a norma constitucional de eficácia limitada não produzirá, em plenitude, as conseqüências jurídicas que lhe são pertinentes.³⁴²

Com efeito, e sem maiores digressões, a omissão normativa inconstitucional está diretamente relacionada com a temática das eficácias e da aplicabilidade dos preceitos constitucionais. Consoante José Afonso da Silva:

³⁴¹ RODRÍGUEZ, José Julio Fernandez. “Incluso podríamos dividir a las normas de la Ley Básica, aun a sabiendas de incurrir en una generalización demasiado simplista, en normas de eficacia limitada y normas de eficacia plena. Sólo respecto a las primeras se podría dar el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión, al margen de su aplicabilidad inmediata o no, lo cual creemos que es una cuestión diferente, si bien el problema se agudiza en un precepto que no ostente semejante aplicabilidad inmediata.” *La Inconstitucionalidad por Omisión em Brasil*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Centro de Estudos, 203-230, nº 43, 1995. p. 203.

³⁴² Voto do Ministro Celso de Mello no MI 20.

Omissão inconstitucional é tema relacionado com a problemática da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Tem mesmo por objetivo tornar efetiva a aplicação da Constituição contra a inércia dos Poderes Constituídos em relação ao comando constitucional.³⁴³

Ao reconhecimento da omissão normativa, portanto, se exige incursionar no âmbito da aplicabilidade do preceito constitucional que se aponta dependente de regulamentação para produzir efeitos, fazendo com que a compreensão eventualmente adota acerca das eficácias desses mesmos preceitos influencie o reconhecimento das omissões normativas inconstitucionais. E sabe-se, na linha do destaque feito por José Afonso da Silva, ser tarefa árdua a determinação de:

[...] um critério, para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena daquelas de eficácia contida ou limitada. Constitui mesmo, esse, um problema tormentoso de interpretação das normas constitucionais, e a sua solução se reveste, não obstante, de grande importância prática.³⁴⁴

E há elemento complicador nessa empreitada, tendo-se presente que a categorização das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade não se mostra estanque. É nesse cenário de “transposição ou reclassificação” das categorias eficaciais, por exemplo, que as normas constitucionais tidas por programáticas, antes compreendidas como absolutamente desprovidas de eficácia, passaram a ser rejeitadas, seja pelo prisma da própria classificação de normas-programa³⁴⁵, seja pelo enfoque da produção de efeitos jurídicos. Nesse sentido, José Afonso da Silva defende:

[...] a improcedência daquela posição negativista, não só reafirmando a eficácia jurídica, maior ou menor, de todas as disposições constitucionais, e especialmente destacando o importante papel que as chamadas normas programáticas exercem na ordem jurídica e no regime político do país.³⁴⁶

³⁴³ SILVA, José Afonso. *Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema*. In: Interesse Público. Ano 5, n° 25, maio/junho de 2004, p. 13-20. Porto Alegre: Notadez.

³⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 152.

³⁴⁵ Consoante José Afonso da Silva, normas programáticas: “I - São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho; desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia. II - São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências. III - São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos [...]”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ª edição. Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2012. p. 167.

³⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª edição. 4ª tiragem. Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2012. p. 47.

E, igualmente, afastando a possibilidade de existirem preceitos constitucionais desprovidos de juridicidade, defendendo que todos são capacitados a produzir efeitos (tese encampada no MI 20), Maria Helena Diniz reconhece que as eficácias atribuíveis a todos os dispositivos do texto constitucional comportam gradação, “pois o seu grau eficaz é variável”³⁴⁷. Outro não é o ensinamento de José Afonso da Silva, para quem todos os preceitos constitucionais “irradiam efeitos jurídicos”^{348 349}.

Por seu turno, também Jorge Miranda reconhece a presença de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, apontando que os direitos por elas consagrados “apenas poderão ser tornados plenamente efectivos com as providências legislativas subsequentes”³⁵⁰, as quais, caso o legislador não providencie, conduzirão ao estado de “inconstitucionalidade por omissão com a consequente sujeição ao controle que as nossas Constituições prevêem (art. 283º em Portugal e arts. 5º, LXXI e 103, § 2º no Brasil)”³⁵¹. Cumpre registrar, aqui, o entendimento do precitado autor no que tange à vinculação³⁵² dos representantes do Estado, cujo agir em relação aos cidadãos se encontra plenamente vinculado pelo texto constitucional, dispensando regulamentação. Logo, na seara da atuação das autoridades públicas em face dos particulares, na visão de Jorge de Miranda, não há preceito constitucional desprovido de aplicabilidade, fenômeno ao qual o autor aponta verdadeira:

³⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. Editora Saraiva, 2009. p. 104.

³⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. In: Tratado de Direito Constitucional 1. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar F.; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords.) Editora Saraiva. São Paulo, 2010. p. 175.

³⁴⁹ Leciona José Afonso da Silva que “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ª edição. Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2012. p. 81.

³⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais*. Estudos de Direito Constitucional. Homenagem ao professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. MACIEL, Adhemar Ferreira; DOLGA, Lakowsky; BERALDO, Leonardo de Faria; COSTA, Monica Aragão Martiniano Ferreira e (coords.). Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 69.

³⁵¹ MIRANDA, Jorge. *O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais*. Estudos de Direito Constitucional. Homenagem ao professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. MACIEL, Adhemar Ferreira; DOLGA, Lakowsky; BERALDO, Leonardo de Faria; COSTA, Monica Aragão Martiniano Ferreira e (coords.). Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 67.

³⁵² Também Luigi Ferrajoli defende que “qualquer poder, por mais democrático que seja, é submetido, pelo paradigma da democracia constitucional, a limites e vínculos, como são os direitos fundamentais, destinados a impedir a sua degeneração, segundo a sua intrínseca vocação, em formas absolutas e despóticas. É precisamente este o papel das constituições [...]” FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Uma discussão sobre direito e democracia* (Tradução Alexander Araujo de Souza). Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2012. p. 81.

[...] revolução copernicana do Direito público europeu das últimas décadas, ligada à Constituição alemã de 1940 (art. 1º, nº 3) e, entre nós, à de 1976. Enquanto que antes o exercício dos direitos dependia da sua regulamentação, hoje as normas constitucionais adstringem os comportamentos de todos os órgãos e agentes do poder e conformam as suas relações com os cidadãos sem necessidade de mediação legislativa.³⁵³

Não se encampa, portanto, a linha de entendimento de que existam normas constitucionais incapazes de produzir efeitos jurídicos³⁵⁴. Ao contrário, admite-se haver um espectro de eficácias, o qual comporta desde a autoaplicabilidade até a imprescindibilidade da atuação do legislador, cuja inércia impede o comando constitucional de atingir sua plenitude eficaz. Na esteira do ensinamento de José Afonso da Silva:

O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.³⁵⁵

Para referido autor, assim como na doutrina em geral, a seara própria às omissões normativas inconstitucionais se encerra nos preceitos cuja aplicabilidade demanda intervenção legislativa, e a eles atribui eficácia limitada. Afastam-se, assim, do campo das omissões normativas os preceitos aplicáveis de imediato, providos de certo grau de eficácia, comumente classificadas em plena ou contida. A eficácia plena, conforme o próprio nome, faz-se presente nos preceitos que se realizam integralmente – que produzem todos os efeitos jurídicos pretendidos pelo texto constitucional -, enquanto que a eficácia contida, embora igualmente dirigida à preceito constitucional cuja aplicação é imediata, informa que o seu alcance pode ser objeto de delimitação pelo legislador. No magistério de José Afonso da Silva:

³⁵³ MIRANDA, Jorge. *O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais*. Estudos de Direito Constitucional. Homenagem ao professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. MACIEL, Adhemar Ferreira; DOLGA, Lakowsky; BERALDO, Leonardo de Faria; COSTA, Monica Aragão Martiniano Ferreira e (coords.). Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 67.

³⁵⁴ Para José Afonso da Silva tal tese, "hoje combatida seriamente, é responsável pela caracterização como programática de toda norma constitucional incômoda. Seria fácil, assim, descartar-se da incidência de uma regra, bastando tachá-la de programática e, com isso, nos termos de tal doutrina, o princípio seria posto de lado. Sua juridicidade, contudo, deve ser afirmada só pelo fato de constarem de um texto constitucional sendo, pois, de repelir a pretensa injuridicidade de regras pertencentes a uma constituição, e especialmente a uma constituição rígida." SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. In: Tratado de Direito Constitucional 1. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar F.; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords.) Editora Saraiva. São Paulo, 2010. p. 170.

³⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª edição. 4ª tiragem. Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2012. p. 75.

As normas constitucionais são de eficácia plena e aplicabilidade imediata, situação que não gera omissão inconstitucional, ou de eficácia contida e também aplicabilidade imediata, que também não dá margem a omissão, ou de eficácia limitada de princípio institutivo ou de princípio programático e de aplicabilidade dependente de leis ou outra providência do Poder Público. Aqui é que se situa o campo possível das omissões inconstitucionais.³⁵⁶

Assim, em que pese à adequação da tipologia empregada - plena, contida e limitada -, considerado bem espelhar o gradualismo eficaz contido nos preceitos constitucionais, categorizando-os de modo suficiente, verifica-se que para fins de conhecimento do fenômeno da omissão normativa inconstitucional a simples rotulagem classificatória não é, em si, critério útil à distinção dos preceitos do texto constitucional que, na hipótese de inércia legislativa, autorizam a via do controle de constitucionalidade das omissões normativas. Outra não é a lição de Inocêncio Mártires Coelho, ao responder à seguinte autoindagação:

[...] como distinguir, substancial e objetivamente, entre tais preceitos, para afirmar que uns são de si bastantes, enquanto outros dependem da mediação do legislador, para se tomarem plenamente eficazes? Nesse terreno, em que pese ao prestígio de alguns dos modernos doutrinadores, que se debruçaram sobre o tema, as respostas oferecidas, em sua quase totalidade, embora pareçam nos ministrar novos critérios para resolver o problema, em verdade o que têm feito é repetir as teses expostas pelos antigos, sem avançar um passo sequer no ponto em que a questão permaneceu, desde e sempre, criticamente estacionada. Mais ainda, padecendo do mesmo vício tautológico das propostas que pretendem superar, acabam por afirmar, em linguagem rebuscada embora, que são auto-aplicáveis as normas que não dependem de outras para a sua aplicação.³⁵⁷

Entende-se que, independentemente da classificação adotada, da nomenclatura jurídica que se possa emprestar ao grau de eficácia contido em determinado preceito constitucional, a tipologia, por si só, não viabiliza a identificação do preceito constitucional que se insere no campo das omissões normativas inconstitucionais. Surge, assim, a necessidade de se identificar um *plus* na classificação das eficácias dos preceitos constitucionais, em particular, porque importa ao estudo, na espécie limitada de eficácia.

Nesse sentir, dizer-se o preceito constitucional de eficácia limitada somente serve como critério distintivo se se entender imanente a tal tipologia a ausência de aplicabilidade do preceito, não como uma definição resolutiva do problema, mas,

³⁵⁶ SILVA, José Afonso. *Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema*. In: Interesse Público. Ano 5, n° 25, maio/junho de 2004, p. 13-20. Porto Alegre: Notadez.

³⁵⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandato de injunção*. In: Revista de Informação Legislativa, a. 26 n. 184, p. 43-58, 1989. p. 45.

sim, no sentido de que Poderes, órgãos e autoridades em geral, incumbidos de reconhecer e dar cumprimento a determinado direito, justificadamente se esquivam dessa tarefa pela ausência efetiva de disciplina legal sobre a matéria. Na dicção de José Afonso da Silva, não basta “ter uma Constituição promulgada e formalmente vigente; impende atuá-la, completando-lhe a eficácia para que seja totalmente cumprida”³⁵⁸. Nessa linha, as palavras de Derly Barreto e Silva Filho:

Há normas que não necessitam de regulamentação para ser aplicadas, por já conterem em si mesmas meios de execução. Outras há que, para se fazer executáveis, demandam a interposição de leis ou atos normativos por parte dos Poderes Públicos. As primeiras, segundo a notória classificação de Thomas McIntyre Cooley, são as auto-executáveis (*self executing provisions*); as segundas, as não auto-executáveis (*not self executing provisions*). A doutrina alvitra inúmeras outras classificações de normas constitucionais quanto ao grau de seus efeitos concretos.

Sem embargo da validade de quaisquer delas, tem-se, presentemente, que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, no sentido de que, sendo a Constituição um conjunto de normas jurídicas supremas e cogentes, todos os Poderes Públicos a ela devem obediência e cumprimento, principalmente o Legislativo.^{359 360}

Noutro turno, além de se reconhecer a existência de preceitos constitucionais desprovidos de aplicabilidade, cumpre rechaçar eventual entendimento no sentido de que as normas constitucionais estariam todas capacitadas à aplicação imediata, independentemente da mediação legislativa, pelo só fato de a CF/88 reconhecer a omissão normativa, ante a consagração do MI e da ADO. É assentir que “nenhuma [Constituição] [...] pode sair completa da autoridade constituinte, de uma vez e toda armada”³⁶¹, tendo o legislador o dever de observar as “ordens legiferantes”³⁶² a ele dirigidas, a fim de assegurar a eficácia que se espera de todos os preceitos constitucionais, competindo ao STF, mediante provocação e pela via das ações de controle das omissões normativas inconstitucionais, atuar nas hipóteses em que se constata a inércia legislativa.

³⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª edição. 4ª tiragem. Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2012. p. 212.

³⁵⁹ FILHO, Derly Barreto e Silva. *As omissões inconstitucionais e suas implicações no regime federativo brasileiro*. In: Revista dos Tribunais, ano 84, março, vol. 713, p. 7-23, 1995. p. 15.

³⁶⁰ Thomas M. Cooley foi Chief Justice da Suprema Corte de Michigan, entre 1864 e 1885.

³⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ª edição. Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2012. p. 47.

³⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos — O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas*. As Garantias do Cidadão na Justiça. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Editora Saraiva. São Paulo. 1993. p. 352.

3.3 Lacuna axiológica

Ao exercício de análise da jurisprudência, constatou-se que o STF julga necessária a presença de lacuna técnica ao reconhecimento da omissão normativa inconstitucional, a exemplo do MI 58, *writ* não conhecido ante a “inocorrência de situação de lacuna técnica”³⁶³; do MI 81 AgR³⁶⁴, no qual assentado que a ausência de norma regulamentadora configura “situação de lacuna técnica - que se traduz na existência de um nexos causal entre o *vacuum juris* e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”³⁶⁵; e, recentemente, do MI 5.470 AgR³⁶⁶, não conhecido o *writ*, bem como não provido o agravo regimental ante a “inexistência de lacuna técnica”^{367 368}.

³⁶³ “Mandado de Injunção - pretendida majoração de vencimentos devidos a servidor público (INCRA/MIRAD) - alteração de lei já existente - princípio da isonomia - postulado insuscetível de regulamentação normativa inocorrência de situação de lacuna técnica - a questão da exclusão de benefício com ofensa ao princípio da isonomia - Mandado de Injunção não conhecido [...]” MI 58. Ementa.

³⁶⁴ MI 81 AgR. Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 20.04.90, DJ 25.05.90.

³⁶⁵ “Mandado de Injunção - situação de lacuna técnica - pressuposto essencial de sua admissibilidade - pretendida majoração de vencimentos devidos a servidores públicos - alteração de lei já existente - inviabilidade - agravo regimental improvido. A estrutura constitucional do mandado de injunção impõe, como um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade, a ausência de norma regulamentadora. Essa situação de lacuna técnica - que se traduz na existência de um nexos causal entre o *vacuum juris* e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania - constitui requisito necessário que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988 [...]” MI 81 AgR. Ementa.

³⁶⁶ MI 5470 AgR. Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 29.10.14, DJe 19.11.14.

³⁶⁷ “Mandado de Injunção – Auxílio Reclusão – Conceito de baixa renda – Matéria regulamentada pelo art. 80 da Lei nº 8.213/91; pelo art. 2º da Lei nº 10.666/2003 e, ainda, pelos arts. 116 a 119 do Decreto nº 3.048/99 – Inexistência de lacuna técnica – Inadmissibilidade do “*writ*” injuncional – Recurso de agravo improvido. – O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. – Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado nem pretender acesso legítimo à via injuncional. Precedentes.” MI 5.470 AgR. Ementa.

³⁶⁸ Nos termos da fundamentação do julgado, “[...] inexistente, na hipótese exposta pela parte ora impetrante, situação configuradora de lacuna técnica (MARIA HELENA DINIZ, ‘Norma Constitucional e seus Efeitos’, p. 38, 1989, Saraiva; HANS KELSEN, ‘Teoria Pura do Direito’, vol. 2/111-112, 1962, Coimbra), que representa, no plano da estrutura constitucional do mandado de injunção, um dos pressupostos essenciais e necessários à utilização do ‘*writ*’ injuncional.” MI 5.470. Decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, J. 05.03.14, DJe 07.03.14.

Entretanto, da fundamentação dos julgados não foi possível extrair maiores informações acerca da moldura que o STF empresta às lacunas técnicas³⁶⁹ e, consoante antecipado, tem-se a preocupação em melhor delimitar a espécie de lacuna - o tipo de vácuo jurídico – que autoriza a jurisdição constitucional, considerada a possibilidade de criação de lacunas, muitas das vezes contra a lei, como forma de superar o direito posto e com o qual partes ou Poder Judiciário não concordam, razão pela qual se entende necessário o aprofundamento no aspecto. Na esteira do alerta feito por Chaïm Perelman:

Na maioria dos casos as lacunas são criadas pelos intérpretes que, por uma ou outra razão, pretendem que certa área deveria ser regida por uma disposição normativa, quando não o é expressamente, que afirmam a existência de uma lacuna axiológica, ou seja, de uma lacuna *praeter legem*. Para outros intérpretes, entretanto, o sistema não é lacunar, quer porque estendam por analogia o alcance da lei, quer porque pretendam que a área em questão não depende de nenhuma regulamentação, por pertencer ao campo do que escapa à esfera do direito, daquilo a que o professor Carbonnier qualificou de não-direito. Finalmente, os casos mais flagrantes são aqueles em que intérpretes, desejando evitar a aplicação da lei, em dada espécie, restringem-lhe o alcance introduzindo um princípio geral que a limita e criam assim uma lacuna *contra legem*, que vai de encontro às disposições expressas da lei.³⁷⁰

Portanto, defende-se a necessidade de se evitar a criação de falsas lacunas, com o propósito de afastar a legislação infraconstitucional, a partir da leitura de que nem toda lacuna no ordenamento jurídico pode ser traduzida em omissão normativa inconstitucional. É preciso identificar a espécie de lacuna - as características que lhe são próprias – que de fato autoriza a jurisdição constitucional.

³⁶⁹ Para Carlos Blanco de Moraes a omissão absoluta não se traduz em lacuna técnica propriamente dita, traduzindo-se em uma “lacuna de poder”, razão pela qual reserva a expressão “lacuna técnica” para a hipótese de omissão relativa: “Cumprido, à partida objectar à posição que assimila uma omissão absoluta a uma lacuna técnica. Enquanto as omissões absolutas implicam um a contradição com um plano constitucional que impõe ao legislador um *facere* legislativo, já as lacunas técnicas são falhas de regulação que contrariam a lógica, a sistematicidade e, eventualmente a teleologia do sistema jurídico. Daí que a omissão absoluta, como “lacuna de poder”, fundamente nos termos do regime constitucional da ADO, um mero juízo de desvalor, sem sanção, desferido à conduta negativa do legislador que se absteve, indevidamente, de exercer uma competência positiva de carácter exigível. Diversamente, um a simples lacuna técnica constitui um problema de regulação, não estando em causa, necessariamente, um juízo de desvalor ou censura ao decisor legislativo, mas apenas a integração de um vazio jurídico através de uma norma revelada ou construída *ad casum* pelo intérprete. Como tal, não sendo uma omissão absoluta reconduzível a uma lacuna, não haverá denegação de justiça se o tribunal se abster de preencher inovatoriamente essa omissão, pois não estará nesse caso a integrar um a mera falha de regulação”. MORAIS, Carlos Blanco de. *O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?* In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 20, p. 153-227, vol. 78, jan.-mar. IBDC, RT, 2012. p. 215.

³⁷⁰ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica* (tradução de Verginia K Pupi). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 67.

A omissão normativa se identifica, portanto, como sendo uma lacuna³⁷¹ num determinado sistema jurídico, precisamente como uma das espécies de lacunas passíveis de serem reconhecidas³⁷².

Fábio Lima Quintas identifica quatro espécies de lacunas: conhecimento, reconhecimento, normativa e axiológica³⁷³. Segundo o autor citado, na hipótese da lacuna de conhecimento não há falar em ausência da previsão normativa, mas, sim, em insuficiência de informações acerca de elementos fáticos. Tal carência de conhecimento dos fatos é responsável pela dificuldade na aplicação do dispositivo legal existente ao caso. O desconhecimento de fatos impede a pronta correlação do caso individual aos elementos do tipo legal previsto, problema que se resolve pela via das presunções legais e das regras de distribuição do ônus da prova, ou seja, pela observância de critérios disponibilizados pelo ordenamento jurídico.

De igual modo, segundo Fábio Lima Quintas, na hipótese da lacuna de reconhecimento também há previsão normativa e o problema igualmente se coloca no âmbito da aplicação do direito, porém sob o prisma da indefinição semântica da previsão normativa. Tal problema, aponta o autor, resolve-se pela adoção dos métodos tradicionais de interpretação aceitos no direito, v.g. gramatical, histórico, sistemático, teleológico e sociológico.

³⁷¹ Consoante Chaïm Perelman, “o problema das lacunas nasceu com o princípio da separação dos poderes que impõe ao juiz a obrigação de aplicar um direito preexistente e que se supõe ser-lhe conhecido. Antes da Revolução Francesa, este problema não existia, pois o juiz devia encontrar a regra aplicável: na ausência de uma regra expressa, podia procurar outras fontes do direito além da lei positiva e, se as fontes não fossem concordes, importava saber em que ordem deveriam ser classificadas essas fontes de direito supletivo. Como não era proibido aos juízes formularem regras por ocasião de litígios (“as sentenças de regulamentação”) e não tinham de motivar suas sentenças de forma expressa, compreende-se que o problema das lacunas não tenha surgido antes do século XIX.” PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica* (tradução de Verginia K Pupi). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 63.

³⁷² Consoante magistério de Norberto Bobbio, “a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 9ª edição, Editora da UnB, Brasília, 1997. p. 157.

³⁷³ Ensina Fábio Lima Quintas que, à luz dos diversos significados atribuídos ao termo lacuna, “[...] escondem-se fenômenos distintos. Para além das lacunas normativas, identificam-se fenômenos que Alchourrón e Bulygin denominam ‘lacunas de conhecimento’, ‘lacunas de reconhecimento’ e ‘lacunas axiológicas’.” QUINTAS, Fábio Lima. *O Mandado de Injunção Perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2013. p. 232.

Reproduz-se a distinção entre as duas primeiras espécies de lacunas formulada por Fábio Lima Quintas:

As lacunas de conhecimento e reconhecimento não sugerem uma falha no sistema jurídico pela falta de previsão normativa (não são um problema lógico), mas um problema na aplicação do direito, atinente à verificação das propriedades individuais de um caso para saber se ele está ou não contido no caso genérico previsto na norma.

Quando o problema se põe na dimensão do conhecimento dos fatos, o juiz dispõe das presunções legais e do regime do ônus da prova (como já referido). Quando se põe na definição do alcance de determinada expressão, a hermenêutica tradicional oferece recursos como o da interpretação sistemática, histórica e teleológica (o que, destaque-se, não diminui a complexidade da tarefa).³⁷⁴

Em síntese, lacunas de conhecimento e de reconhecimento pressupõem a previsão normativa, assentam-se no âmbito da aplicação do direito e são superáveis através das ferramentas que o próprio ordenamento jurídico disponibiliza ou admite, razão pela qual tais espécies de lacunas não se traduzem em uma falha lógica do sistema jurídico.

Observadas tais características, à toda evidência o fenômeno da omissão normativa inconstitucional não diz com lacunas de conhecimento ou de reconhecimento.

Descartadas as duas primeiras espécies de lacunas, prossegue-se no estudo do tema pelo enfoque das lacunas denominadas normativa e axiológica³⁷⁵. O problema afeto às lacunas normativa e axiológica, consoante ensina Fábio Lima Quintas, não se coloca no plano da aplicação do direito, mas, sim, no plano da efetiva ausência de “solução normativa para um caso genérico”³⁷⁶. Apontam, portanto, tais espécies de lacunas, para uma deficiência lógica do sistema jurídico.

³⁷⁴ QUINTAS, Fábio Lima. *O Mandado de Injunção Perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2013. p. 227.

³⁷⁵ Faz-se aqui breve aparte, a fim de ressaltar que Perelman - embora se utilize de classificação tripartite de espécies de lacunas (*intra, praeter e contra legem*), ao estudo desse mesmo tema, explicitou que somente cabe falar de lacunas em direito “quando tentativas de interpretar a lei não chegam a resultado satisfatório”. PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica* (tradução de Verginia K Pupi). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 66.

³⁷⁶ QUINTAS, Fábio Lima. “Num plano distinto (referente à identificação do direito), o direito defronta-se com problemas produzidos pela falta de solução normativa para um caso genérico.” *O Mandado de Injunção Perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2013. p. 227.

Diferentemente das lacunas de reconhecimento e de conhecimento, que se põem no momento da aplicação do direito, há lacunas que decorrem de um problema lógico do sistema jurídico (que compromete em alguma medida o seu ideal de completude).³⁷⁷

Prosseguindo, o autor delimita a hipótese da lacuna normativa à situação de completa ausência³⁷⁸ de previsão normativa (não há norma jurídica geral e abstrata), falha lógica do ordenamento jurídico que se resolve, contudo, pela adoção dos métodos de integração normativa, a saber “a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”³⁷⁹.

Logo, considerada a possibilidade de colmatação das lacunas normativas pela via ordinária dos métodos de integração do ordenamento jurídico, também é preciso assentir que a hipótese da lacuna normativa – lacuna técnica – não se insere no conceito de omissão normativa inconstitucional. Reforça tal assertiva o magistério de Carlos Blanco de Moraes:

Há, assim, num dado regime normativo, uma falha parcial qualitativa de regulação que não se reduz a um a simples lacuna técnica, mas antes se define como uma lacuna axiológica, na medida em que o silêncio do legislador que não inclui, sem justificação material razoável, um a categoria de pessoas a título de destinatários da norma, equivale a um a norma ideal (implícita) de exclusão dessas pessoas, a qual viola (por acção) o Princípio Constitucional da Igualdade.³⁸⁰

Diferentemente, a lacuna axiológica pressupõe haver previsão normativa no sistema, previsão essa valorada pelo intérprete como sendo insuficiente³⁸¹ para

³⁷⁷ QUINTAS, Fábio Lima. *O Mandado de Injunção Perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2013. p. 227.

³⁷⁸ QUINTAS, Fábio Lima. “lacunas normativas, entendidas como a situação em que, considerando-se um conjunto de normas, identifica-se um caso com propriedades relevantes (dado esse conjunto de normas) que não tem uma solução jurídica prevista no universo de soluções estabelecidas por esse conjunto de normas.” *O Mandado de Injunção Perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2013. p. 227.

³⁷⁹ Decreto-Lei 4.657/42. (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - redação dada pela Lei nº 12.376/10) “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - redação dada pela Lei 12.376/10)

³⁸⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. *O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?* In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 20, p. 153-227, vol. 78, jan.-mar. IBDC, RT, 2012. p. 156-157.

³⁸¹ Consoante ressalta Fábio Lima Quintas, “nem toda solução inadequada dada pelo sistema jurídico configura hipótese de lacuna axiológica, mas somente aquela em que o sistema jurídico não elege uma propriedade que o intérprete considera importante para dar a solução justa. Se o sistema jurídico expressamente reconhece uma determinada propriedade do caso, mas lhe atribui uma solução

solucionar o caso. Esse raciocínio – interpretação - tem por base a premissa de que “uma propriedade relevante”³⁸² deixou de ser considerada, fazendo com que a previsão normativa se mostre inadequada.

Logo, na hipótese da lacuna axiológica não se verifica a ausência da previsão normativa, mas, sim, a necessidade de uma nova e satisfatória norma jurídica, a tornar a ideia de lacuna axiológica impossível com a de lacuna normativa, porquanto a primeira pressupõe previsão normativa, enquanto a segunda exige ausência. Consoante Fábio Lima Quintas:

A ideia de omissão legislativa inconstitucional, portanto, não se associa ao conceito de lacuna normativa. Isso porque, mesmo considerando que não haja qualquer regulamentação para determinada matéria, a situação não é de ausência de solução normativa para um determinado caso genérico, mas de inexistência de uma solução normativa adequada.³⁸³

Assim, é preciso atentar para o fato de que na omissão normativa inconstitucional não se está diante de ausência de regulamentação no sentido que se atribui à lacuna normativa, mas, sim, diante de uma regulamentação que espelha uma insuficiência do sistema jurídico, fenômeno que se denomina lacuna axiológica.

A ausência de previsão normativa afasta a possibilidade da lacuna axiológica e, nessa hipótese, não se tem tecnicamente o fenômeno da omissão normativa inconstitucional. Pode se dar, nesse caso, a presença da lacuna normativa. Destaca-se que previsão normativa exigida à lacuna axiológica pode se dar com o próprio comando constitucional desprovido de autoaplicabilidade, sempre lembrando que os métodos tradicionais de interpretação e integração normativa não podem ser operantes.

injusta, não se trata de lacuna axiológica, mas apenas de norma injusta”. QUINTAS, Fábio Lima. *O Mandado de Injunção Perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2013. p. 230.

³⁸² QUINTAS, Fábio Lima. “A lacuna axiológica pode ser entendida como o juízo do intérprete no sentido de insuficiência da solução normativa para um determinado caso, em razão de o sistema normativo não levar em conta uma propriedade relevante.” *O Mandado de Injunção Perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2013. p. 228.

³⁸³ QUINTAS, Fábio Lima. *O Mandado de Injunção Perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2013. p. 236.

O acréscimo da proposta hermenêutica apresentada por Fábio Lima Quintas, e que aqui se adota, ostenta inegável utilidade no sentido de facilitar a compreensão e permitir melhor identificar o fenômeno das omissões normativas inconstitucionais.

Qualificar o fenômeno pela exigência da lacuna axiológica culmina por afastar as demais espécies de lacunas observadas, porquanto de ordinário passíveis de serem solucionadas pela adoção das presunções legais e regras de distribuição do ônus da prova (lacuna de conhecimento), bem como dos métodos tradicionais de interpretação (lacuna de reconhecimento) e integração normativa previstos pelo sistema jurídico (lacuna normativa). Eis a lição do precitado autor no aspecto:

Em todos os casos, a ideia de omissão legislativa inconstitucional como fenômeno associado à lacuna axiológica denuncia a conclusão de que os métodos ordinários de interpretação (que buscam dar o melhor sentido aos textos normativos) não foram suficientes para oferecer uma resposta que se entendesse adequada a determinado caso (a demandar o socorro extremo à jurisdição constitucional).³⁸⁴

Assenta-se, ainda, que somente lacunas axiológicas - ao contrário das demais espécies - devem se resolver no âmbito da jurisdição constitucional, através do controle das omissões normativas inconstitucionais, entendida essa resolução não como garantia de edição judicial de previsão normativa adequada ou suficiente, mas, sim, como possibilidade de acionamento do STF através do MI ou da ADO³⁸⁵.

À luz dessas considerações, somadas às conclusões extraídas do capítulo precedente, com base na dinâmica jurisprudencial do STF, encerra-se o presente tópico ante a proposta de que a omissão normativa se configura na presença dos seguintes elementos: a) comando constitucional de eficácia limitada, preceito cuja aplicabilidade - plenitude da sua eficácia - não prescinde da atuação legislativa; b) existência inequívoca do dever de legislar, expresso no texto constitucional ou decorrente de interpretação; c) extrapolação de prazo para a edição da lei, previamente fixado ou entendido como não razoável; d) não afastamento da mora legislativa pela existência de projeto de lei em tramitação; e) ausência de

³⁸⁴ QUINTAS, Fábio Lima. *O Mandado de Injunção Perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2013. p. 237.

³⁸⁵ Entende-se necessário, ainda, ter presente que a forma com que o STF eventualmente decide determinado caso - tanto a fundamentação da qual se utiliza quanto o próprio fato de reputar cabível a ação (MI ou ADO) - não invalida a adoção da ideia de lacuna axiológica, nem afasta as características que lhe são próprias.

regulamentação suficiente, vácuo jurídico que se traduz em lacuna axiológica, para a qual os métodos tradicionais de interpretação e integração de normas não se aplicam.

Cabe acrescentar, ainda, pelo prisma do cabimento da ação constitucional (pressuposto da ação), a presença de interesse subjetivo no caso do MI e demonstração da pertinência temática na hipótese da ADO.

Portanto, identificados os elementos configuradores da omissão normativa, sendo cabível o MI ou a ADO, inaugura-se a via do controle das omissões normativas inconstitucionais ao STF.

CAPÍTULO 4

O MI 4.733 E DA ADO 31: uma leitura “anatômica” e prospectiva

No presente capítulo são identificados os pedidos e fundamentos veiculados, as manifestações de órgãos e autoridades, e, por fim, compiladas todas as teses apresentadas no MI 4.733 e na ADO 31. Tais casos foram eleitos para o estudo por versarem sobre matérias tributária e penal, searas do Direito fortemente orientadas pela legalidade em sentido estrito – arts. 5º, XXXIX³⁸⁶ (penal), e 150, I³⁸⁷ (tributário), da CF/88, e porque ainda pendentes de julgamento. O MI 4.733 e a ADO 31 representam, portanto, hipóteses-limite³⁸⁸ à atuação do STF, servindo ambos de modelo à apresentação de possíveis parâmetros decisórios, com base na análise da dinâmica jurisprudencial do STF.

4.1 O Mandado de Injunção 4.733

4.1.1 Pedido

A impetrante, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, requer: a) o deferimento do MI, ante o reconhecimento da omissão normativa inconstitucional, com a consequente fixação de prazo – não superior a um ano - para que o Congresso Nacional edite legislação criminalizando condutas homofóbicas e transfóbicas; b) sucessivamente, não observado o lapso temporal pelo legislador, seja proferida pelo STF decisão que contemple norma geral e abstrata instituidora do crime de homofobia e transfobia; e c) cumulativamente, a responsabilização civil do Estado brasileiro, condenando-o a indenizar todas as

³⁸⁶ CF/88. “Art. 5º [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

³⁸⁷ CF/88. “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.”

³⁸⁸ Não se desconhece que o STF já teve oportunidade de decidir questões que no mínimo tangenciaram a problemática da estrita reserva de lei em matéria penal e tributária. Exemplifica-se: ao julgamento do RE 138.284/CE, da relatoria do Ministro Carlos Velloso (j. 1º.07.92, DJ 28.08.92), o STF culminou por declarar a constitucionalidade de “contribuição criada, originariamente, mediante medida provisória”, em razão de ter sido convertida em lei, bem como ao advento Súmula Vinculante 11, o STF atribuiu responsabilidade penal ao agente ou autoridade na hipótese de uso de algemas considerado ilícito.

vítimas de homofobia ou transfobia que tenham sofrido danos materiais, morais e estéticos.

4.1.2 Fundamentos

O MI 4.733/DF³⁸⁹ foi impetrado em 10 de maio de 2012, pela ABGLT, em desfavor do Congresso Nacional.

A associação impetrante, na via injuncional autorizada pelo art. 5º, LXXI, da CF/88, aponta omissão do Poder Legislativo concernente à edição de norma jurídica de caráter penal – que criminalize as condutas de homofobia e transfobia –, a inviabilizar o pleno exercício dos direitos e liberdades de lésbicas, gays, bissexuais e transexuais no Brasil, destacando, ainda, que o elevado grau de violência contra a população de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais (LGBT) obstaculiza o normal desenvolvimento da cidadania.

Registram-se, de plano, os conceitos trazidos pela impetrante na qualidade de pressupostos das teses veiculadas, quais sejam discriminação³⁹⁰, orientação sexual³⁹¹, identidade de gênero³⁹², homofobia e transfobia³⁹³, racismo³⁹⁴ enquanto gênero, dirigismo constitucional³⁹⁵ e ordens constitucionais de legislar³⁹⁶.

³⁸⁹ O *writ* foi distribuído originariamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal ao Ministro Ricardo Lewandowski, tendo sido a relatoria do processo substituída, em 16/06/15, ao mais novo integrante do STF, o Ministro Edson Fachin, com base no artigo 38 do Regimento Interno do STF. Empossado o Ministro Edson Fachin naquela data (Decreto de nomeação de 22/05/15, publicado Diário Oficial de 25/05/15, Seção 2, p. 1), assumiu o Relator do MI 4.733 a vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Joaquim Barbosa, ocorrida em 31/07/14 (Decreto de aposentação de 30/07/14, publicado no Diário Oficial de 31/07/14, Seção 2, p. 1). Por seu turno, o acervo de processos do Ministro Lewandowski, quando da assunção da presidência do STF, em 10/09/14, foi transferido à cadeira que estava vaga, razão pela qual aplicado o artigo 38 do Regimento Interno do STF. “Art. 38. O Relator é substituído: [...] IV – em caso de aposentadoria, renúncia ou morte: a) pelo Ministro nomeado para a sua vaga”.

³⁹⁰ “Discriminação é todo e qualquer ato que estabeleça distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito de anular ou prejudicar direitos e prerrogativas garantidas aos demais cidadãos.” p. 8.

³⁹¹ Petição inicial. “Consoante os Princípios de Yogyakarta, orientação sexual é a “capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas [...]” p. 8.

³⁹² Petição inicial. “[...] ao passo que identidade de gênero é “a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”.

Fundamentado o pleito³⁹⁷ no princípio da proporcionalidade, precisamente pelo viés da proibição deficiente, no direito fundamental à segurança e, ainda, nos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero, a ABGLT defende que o “atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT tem tornado faticamente inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT”³⁹⁸.

A impetrante, em reforço à tese veiculada na exordial acerca da elevação dos índices de violência, registra casos de agressão motivados por ódio contra pessoas LGBT. Aponta, nesse contexto, aumento expressivo do número de ocorrências, consoante veiculado nos meios de comunicação e, ainda, à luz de relatos de pessoas que sofreram violência em razão de homofobia e transfobia. Apresenta estudos e dados estatísticos levantados por entidades e órgãos nacionais e internacionais, tais como o Grupo Gay da Bahia e o Departamento de Estado dos Estados Unidos da América^{399 400}.

³⁹³ Petição inicial. “Em suma, tem-se que homofobia é o preconceito e/ou a discriminação contra homossexuais e bissexuais, ao passo que transfobia é o preconceito e/ou a discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral.” p. 39.

³⁹⁴ Petição inicial. “[...] o conceito de racismo da Declaração sobre Raça e Preconceito Racial abarca a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo, visto que elas negam o direito à diferença da coletividade LGBT ao perpetrar discriminações contra as pessoas LGBT por seu mero modo de ser, ou seja, por sua mera orientação sexual e/ou identidade de gênero (art. 1º, itens 2 e 5); decorrem de um heterossexismo social que prega a “superioridade” de heterossexuais não-transgêneros sobre pessoas LGBT que tenta, com isto, “justificar” preconceitos e discriminações diversas contra estas (art. 2º, itens 1 e 2); visam, assim, criar desigualdades de poder entre heterossexuais não-transgêneros e LGBTs ao pretender fazer com que somente aqueles sejam merecedores da integral proteção do Estado (art. 2º, item 3); razão pela qual cabe ao Estado Brasileiro combater tais nefastas condutas inequivocamente racistas de homofóbicos e transfóbicos (art. 5º).” p. 43.

³⁹⁵ Petição inicial. “[...] por dirigismo constitucional referimo-nos à imposição, pela Constituição, de obrigações a serem cumpridas pelo Estado [...]” p. 9.

³⁹⁶ Petição inicial. “[...] sendo que as ordens constitucionais de legislar configuram-se como imposições feitas pela Constituição ao legislador para que ele, obrigatoriamente, elabore as leis nelas referidas, caracterizando verdadeira mitigação da liberdade de conformação do legislador democrático.” p. 9.

³⁹⁷ A impetrante traz em amparo à tese veiculada na exordial os arts. 1º, II e III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, *caput*, XXXV, XXXIX, XLI, XLII, LVI e LVII, e 37, VII, da CF e 20 da Lei 7.716/89 (Racismo); as Resoluções da ONU de 16.06.11 e da OEA de 25.05.09; o Princípio nº 5 de Yogyakarta; a Recomendação Europeia CM/Rec(2010); bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, segurança pessoal, proporcionalidade (proteção deficiente, eficiente e adequada), liberdade (orientação sexual e identidade de gênero), igualdade, cidadania, não discriminação e o dever de tolerância.

³⁹⁸ Petição inicial. p. 2.

³⁹⁹ Petição inicial. “[...] estamos vivendo em um contexto social no qual homofóbicos chegam ao ponto de explodir uma bomba ao final da Parada LGBT de São Paulo, em um típico atentado terrorista de motivação homofóbica, no qual um padrasto mata filho de 14 anos por não aceitar sua orientação sexual, no qual temos uma pessoa LGBT morta a cada dia e meio por sua mera orientação sexual,

Defende que a homofobia e a transfobia são espécies de racismo e que a jurisprudência do STF, com especial destaque para o julgamento do HC 82.424/RS, conhecido como “caso Ellwanger”, assim como a doutrina brasileira reconhecem, nessa hipótese, o dever de legislar em matéria penal. Na mesma linha, assevera a ABGLT que os incisos XLI e XLII do art. 5º da CF/88⁴⁰¹ se traduzem em comando ao legislador no sentido de

[...] criminalizar a homofobia e a transfobia, tendo em vista que: (iii.1) a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras – que se identificam com o próprio gênero), consoante reconhecido por esta Suprema Corte.

[...] logo, enquadradas a homofobia e a transfobia na ordem constitucional de legislar criminalmente do art. 5º, inc. LVII, da CF/88 ou, subsidiariamente, na ordem de legislar criminalmente do art. 5º, inc. LVI, da CF/88, tem-se por caracterizada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia.⁴⁰²

Sustenta o entendimento de que há orientação constitucional impositiva ao legislador, que lhe retira parcela da discricionariedade, na medida em que exige, de modo amplo, a observância do programa constitucional e, de modo específico, o ato de legislar, sendo que a “obrigatoriedade de criação de leis objeto de ordens constitucionais de legislar também se aplica ao Direito Penal, no que tange aos mandados de criminalização”⁴⁰³.

consoante relatórios do Grupo Gay da Bahia, sendo que até o Departamento de Estado dos Estados Unidos reconhece a alta incidência da homofobia no Brasil com base nesses relatórios; estamos vivendo em um país no qual temos recorde de pessoas pedindo asilo no exterior pela homofobia generalizada de nosso país, no qual pai e filho abraçados são agredidos por confundidos com um casal homoafetivo [...]” p. 20.

⁴⁰⁰ Petição inicial. “Ora, a legislação penal contra crimes de ódio (*hate crimes*) motivado por orientação sexual e/ou identidade de gênero é adotada por diversos países, mesmo antes da elaboração dos Princípios de Yogyakarta. Nos Estados Unidos, o Matthew Shepard/James Byrd Jr., *Hate Crimes Prevention Act of 2009*¹⁴⁶ combate a discriminação motivada por orientação sexual identidade de gênero, tendo sido inspirada no brutal homicídio homofóbico de Mathew Shepard e no também cruel homicídio racista de James Byrd Jr. Outros países possuem dispositivos legais punindo os crimes de ódio ou a discriminação por orientação sexual de forma autônoma ou, ao menos, prevendo esse tipo de discriminação como agravante de pena ou qualificadora do crime, de forma expressa: Andorra, Bélgica, Canadá, Croácia, Dinamarca, Espanha, França, Grécia, Holanda, Lituânia, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido, Romênia, Suécia.” p. 54.

⁴⁰¹ CF/88. “Art. 5º [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”

⁴⁰² Petição inicial. p. 3-5.

⁴⁰³ Petição inicial. p. 11.

Colige precedentes em reforço à tese de que já reconhecido pela jurisprudência do STF que o princípio da proporcionalidade alcança a garantia da proibição de proteção deficiente (ADI 1.800/DF), tendo o Estado o dever de assegurar o direito fundamental à segurança pública (ADI 3.112/DF), bem como o de proteger de modo efetivo, à luz do princípio da dignidade humana, todas as pessoas (RE 418.376/MS), a incluir a população LGBT.

Destaca que “o chamado garantismo positivo como consequência da proibição de proteção deficiente”⁴⁰⁴ já foi igualmente reconhecido (RE 418.376/MS) e que, a partir da leitura do artigo 3º, IV, da CF⁴⁰⁵, que proíbe o preconceito e a discriminação de qualquer espécie, extrai-se da CF/88 a liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero.

Nesse contexto, defende a tese de que o dever de legislar decorre tanto da compreensão de que a homofobia e a transfobia são condutas que se inserem no conceito de racismo, quanto, de forma subsidiária, da existência de vedação constitucional a toda e qualquer espécie de discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais⁴⁰⁶.

Registra a ABGLT, sem que se possa falar em afronta ao princípio da separação dos Poderes, que a omissão do legislador impõe ao STF o deferimento do MI, normatizando pela via judicial, ainda que provisoriamente, de forma geral e abstrata, o crime de homofobia e transfobia. Repisa a superação^{407 408} da exigência

⁴⁰⁴ Petição inicial. “[...] no RE n.º 418.376/MS, afirmou o Ministro Gilmar Mendes que ‘Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.’” p. 25.

⁴⁰⁵ CF/88. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

⁴⁰⁶ Petição inicial. “[...] é inegável que todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima constitui uma discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, pois: (i) viola o direito fundamental à liberdade, pois implica negação à população LGBT de realizar atos que não prejudicam terceiros e que não são proibidos pela lei; (ii) viola o direito fundamental à igualdade, pois não há fundamento lógico-racional que justifique a discriminação [negativa] da população LGBT relativamente a heterossexuais não transgêneros.” p. 48.

⁴⁰⁷ Petição inicial. “Ora, se o Supremo Tribunal Federal superou a legalidade estrita parlamentar (exigência constitucional de lei formal) para regulamentar o exercício da greve no serviço público para que pudesse ser dado cumprimento à vontade constitucional de elaboração da legislação respectiva

da legalidade estrita de que trata o art. 5º, XXXIX, da CF/88, contexto em que invoca o julgamento dos MIs 670, 708 e 712, em suporte à assertiva de que o STF já desempenhou “atividade legislativa em sentido estrito ao garantir o direito de greve aos servidores públicos civis a despeito da ausência da lei formal”⁴⁰⁹.

Após breve explanação acerca das semelhanças entre o MI a ADO, sustenta a possibilidade de se conceder eficácia *erga omnes* às decisões proferidas no âmbito do *writ*, e, destacando orientada a jurisprudência do STF a aproximar as duas ações constitucionais, a impetrante assevera “plenamente viável a regulamentação geral e abstrata realizada (também) por mandado de injunção e (não só) por ação direta de inconstitucionalidade por omissão”⁴¹⁰.

Por fim, sob o manto de que conivente com a não observância do dever de legislar, bem como pelo fato de que a inércia do Congresso Nacional acarreta falsa percepção por parte de homofóbicos e transfóbicos de que lhes é permitido praticar condutas ofensivas e discriminatórias contra pessoas LGBT, entende a impetrante que o Estado brasileiro deve ser civilmente responsabilizado.

4.1.3 Manifestações de órgãos e autoridades

Conclusos ⁴¹¹ os autos, o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski ⁴¹², consignou ⁴¹³ que o cabimento do *writ* poderia ser objeto de ulterior análise, determinando fosse cientificado o Advogado-Geral da União ⁴¹⁴ para, assim

e assim garantir de maneira efetiva a supremacia constitucional de um constitucionalismo dirigente, tem-se que os mesmos fundamentos justificam que o Supremo Tribunal Federal supere a legalidade estrita exigida constitucionalmente para criminalização de condutas de sorte a efetivar a regulamentação normativa necessária à criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia [...]” p. 74-75.

⁴⁰⁸ Petição inicial. “[...] tal superação da exigência de legalidade estrita parlamentar para que o STF efetive a criminalização específica da homofobia e da transfobia é juridicamente possível pela ausência de proibição normativa a tanto e, ainda, se faz necessária no atual contexto brasileiro na medida em que nosso Parlamento lamentavelmente nega a supremacia constitucional ao se recusar a elaborar referida legislação criminal [...]” p. 6.

⁴⁰⁹ Petição inicial. p. 60.

⁴¹⁰ Petição inicial. p. 68.

⁴¹¹ Em 21.06.12.

⁴¹² Relator originário.

⁴¹³ Despacho do Ministro Relator. DJe 22.06.12.

⁴¹⁴ Lei 12.016/09. “Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações; II - que se dê ciência do feito ao

desejando, ingressar no feito, e abriu vista ao então Procurador-Geral da República⁴¹⁵ para manifestação.

O Senado Federal, por seu Presidente⁴¹⁶, prestou informações⁴¹⁷ destacando o uso excepcional do MI, via somente autorizada na hipótese em que o “descumprimento do dever de legislar é flagrante e injustificado e, cumulativamente, quando o destinatário da norma regulamentadora se vê absolutamente impossibilitado de exercer os direitos e liberdades constitucionais”⁴¹⁸, sob pena de indevida interferência pelo Poder Judiciário nas típicas funções do Poder Legislativo.

Sustenta que preceitos penais não outorgam direitos, o que afasta a possibilidade de se exigir⁴¹⁹ do Congresso Nacional, pela via judicial, a edição de lei criminalizando condutas em geral. Nesse compasso, aponta o Presidente do Senado Federal:

[...] não haver, na espécie, qualquer determinação constitucional de criminalização específica de atos de homofobia (tanto com base no inciso XLI quanto no XLII e no LIV do art. 5º da CR/88). Se não há dever constitucional de legislar, por óbvio não pode haver omissão normativa inconstitucional do Poder Público, pressuposto incontornável do *writ* em questão. Entender em sentido diverso, no caso, implica cerceamento da discricionariedade legislativa e conseqüente violação ao princípio da separação de poderes (art. 2º da CR/88).⁴²⁰

Acresce que os mandamentos constitucionais de legislar em matéria penal, precisamente de estabelecer tipos penais e respectivas sanções, estão inseridos em campo de maior discricionariedade do legislador, que tem o poder-dever de avaliar quais medidas são necessárias e suficientes à proteção de determinado bem jurídico.

Defende que o STF, ao contrário do alegado, não pacificou que o conceito jurídico de racismo abarca homofobia e transfobia, sendo tais condutas, em verdade,

órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;”

⁴¹⁵ Roberto Monteiro Gurgel Santos.

⁴¹⁶ Senador José Sarney.

⁴¹⁷ Senado Federal. Informações. Petição STF nº 37610/2012 (Ofício nº 318/2012-PRESI/ADVOSF)

⁴¹⁸ Senado Federal. Informações. p. 4.

⁴¹⁹ Senado Federal. Informações. “Mas como já se procurou mera alegação da insuficiência da legislação vigente, consoante sedimentada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Sob essa ótica, forçoso reconhecer a inadequação da via eleita, com a conseqüente extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, VI, CPC).” p. 9–10.

⁴²⁰ Senado Federal. Informações. p. 10.

“espécies do gênero discriminação ilícita”⁴²¹ e, não, espécies do gênero racismo, especialmente quando se observa a gravidade das consequências previstas no artigo 5º, XLII, da CF, a saber a imprescritibilidade em matéria penal e a inafiançabilidade, a exigir interpretação restritiva do crime de racismo.

Refuta a mora legislativa na hipótese, ao argumento de que a matéria está em trâmite e tem sido alvo de debates no âmbito do Congresso Nacional, além de destacar a natureza do processo democrático e a regularidade da atividade parlamentar. Assevera que uma sociedade livre comporta opiniões diversas e que para a aprovação de determinado projeto de lei é indispensável o consenso da maioria parlamentar, o que independe do tempo de tramitação.

Descarta a necessidade de afastar ou mesmo debater as teses veiculadas pela impetrante com base na atuação do STF ao julgamento dos MIs 670, 708 e 712, referidos na impetração, porquanto inviável assemelhar tais julgados – sobre o direito de greve dos servidores públicos – ao caso em exame, tendo em conta a absoluta sujeição da matéria penal ao princípio constitucional da reserva legal.

Registra, por fim, a compreensão de que sentenças de perfil aditivo, tão difundidas na Itália, configuram afronta ao princípio da separação dos Poderes e que a tese da responsabilização civil do Estado pelos atos de homofobia não prospera, porque desprovida dos seus elementos configuradores, quais sejam conduta, dano e nexo de causalidade. Nesses termos, o Senado Federal propõe a extinção do processo sem resolução de mérito, a teor do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil⁴²².

A Câmara dos Deputados⁴²³, por seu Presidente⁴²⁴, informa a existência do Projeto de Lei 5.003/01, em trâmite naquela Casa parlamentar, destacando que a questão da homofobia e da transfobia tem sido debatida continuamente. Afirma não haver omissão legislativa inconstitucional, entendimento que se corrobora ante “a

⁴²¹ Senado Federal. Informações. p. 9.

⁴²² Lei 5.869/73. “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...]VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”

⁴²³ Câmara dos Deputados. Ofício nº 1452/SGM/P.

⁴²⁴ Deputado Federal Marco Maia.

própria invocação [por parte da ABGLT] da doutrina da ‘proibição de proteção insuficiente’ [o que] já denota que alguma proteção é conferida ao direito”⁴²⁵.

Retoma o emblemático “caso Ellwanger” com o objetivo de explicitar que o teor da decisão tomada naquele *habeas corpus* não permite, de modo legítimo, concluir que a Suprema Corte tenha inserido as condutas ofensivas descritas pela impetrante no conceito de racismo.

A Câmara dos Deputados encerra as informações prestadas ao registro de que eventual acolhimento da tese da ABGLT ferirá o “princípio inaugural do Direito Penal, o da anterioridade da lei (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)”, princípio que compreende a exigência de legalidade estrita e, assim, veda o “emprego da analogia *in malam partem* e de interpretação com efeitos extensivos”⁴²⁶.

O Advogado-Geral da União⁴²⁷ requereu seu ingresso no feito⁴²⁸, defendendo o não cabimento do MI porque ausente comando no texto da CF a exigir do legislador a criação de tipo penal específico para os casos de homofobia e transfobia, bem como porque já em debate a questão no âmbito do Congresso Nacional, a afastar a mora ventilada pela impetrante.

O Procurador-Geral da República também se manifestou⁴²⁹ pelo não cabimento do *writ*, invocando doutrina e jurisprudência do STF⁴³⁰ no sentido de que “somente [...] cabível o mandado de injunção quando inexistente projeto de lei em tramitação sobre a matéria objeto do *writ*”⁴³¹. O parecer se alinha à tese apresentada pelo Senado Federal, no ponto em que destaca a impropriedade do uso de sentença

⁴²⁵ Câmara dos Deputados. Informações. p. 6.

⁴²⁶ Câmara dos Deputados. Informações. p. 6.

⁴²⁷ Luís Inácio Lucena Adams.

⁴²⁸ Em 23.08.12.

⁴²⁹ Em 09.08.13.

⁴³⁰ No parecer “A”, o Procurador-Geral da República cita a decisão do STF no MI 641 AgR, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, julgado pelo Tribunal Pleno em 20.02.02, bem como o entendimento de Luiz Roberto Barroso, em reforço à tese que não cabe MI se o Executivo encaminha mensagem com projeto de lei ao Congresso Nacional – quando a iniciativa é do Presidente da República -, bem como se o projeto de lei já foi apresentado à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal (*In O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 251). Nessa esteira, ainda, invocado o pensamento de Adolfo Mamuro Nishiyama, para quem, nessas hipóteses, “há evidente esvaziamento da impetração, restando prejudicado o *writ*” (*In Remédios Constitucionais*. Barueri: Manoel, 2004. p. 273). p. 2-4.

⁴³¹ Procurador-Geral da República. Parecer A. p. 3.

aditiva⁴³², especialmente porque a edição de norma de caráter penal está submetida ao princípio da reserva legal em sentido estrito, devendo ser editada pelo Congresso Nacional, bem como observada a competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal, nos moldes do art. 22, I, da CF/88.

O Procurador-Geral da República opina (Parecer A) no sentido de ser “evidente que o disposto no art. 20 da Lei 7.716/1989⁴³³ aplica-se a todo e qualquer tipo de discriminação ou preconceito, inclusive contra os homossexuais”⁴³⁴, razão pela qual conclui já haver no ordenamento jurídico proteção às pessoas LGBT contra agressões fundadas em preconceito de cunho sexual.

[...] verifica-se que o ordenamento jurídico pátrio protege homossexuais, bissexuais e transgêneros de agressões fundadas pelo preconceito contra suas orientações sexuais. Por mais que a associação impetrante julgue tal proteção deficiente, a insatisfação com o conteúdo normativo em vigor não é motivo suficiente para o cabimento do presente mandado de injunção.⁴³⁵

O Ministro Relator⁴³⁶ decidiu pelo não cabimento do MI e, reportando-se ao julgamento do MI 624, ao teor do parecer do Ministério Público Federal, bem como às informações do Advogado-Geral da União, registrou que o *writ* demanda

[...] a existência inequívoca de um direito subjetivo, concreta e especificamente consagrado na Constituição Federal, que não esteja sendo usufruído por seus destinatários pela ausência de norma regulamentadora exigida por essa mesma Carta.⁴³⁷

Contra a decisão de não cabimento do MI, a impetrante manejou Agravo Regimental. Reitera em seu recurso as teses apresentadas na petição inicial e

⁴³² “Denominam-se sentenças aditivas aquelas em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma disposição, na parte em que não expressa determinada norma, que deveria conter para ser compatível com a Constituição. Por via de regra, esse tipo de sentença decorre da aplicação do princípio da igualdade, naquelas situações em que alguma lei concede um benefício a certo grupo de pessoas, deixando de contemplar outros indivíduos que se encontram em igualdade de condições com os beneficiados. Nesses casos, a Corte declara inconstitucional a norma na parte em que não confere o mesmo tratamento ao grupo por ela excluído. [...] Quanto às sentenças substitutivas, assim se consideram aquelas decisões em que a Corte declara a inconstitucionalidade de um preceito na parte em que expressa certa norma em lugar de outra, substancialmente distinta, que dele deveria constar para que fosse compatível com a Constituição. Atuando dessa forma, a Corte não apenas anula a norma impugnada, como também a substitui por outra, essencialmente diferente, criada pelo próprio tribunal, o que implica a produção heterônoma de atos legislativos ou de um direito judicial [...]” COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª ed. Editora Saraiva. 2011. p. 177.

⁴³³ Lei 7.716/89. “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.” Redação dada pela Lei 9.459/97.

⁴³⁴ Procurador-Geral da República. Parecer A. p. 6.

⁴³⁵ Procurador-Geral da República. Parecer A. p. 7.

⁴³⁶ Em 23.10.13.

⁴³⁷ Decisão monocrática pelo não cabimento. DJe de 25.10.13.

sustenta cabível o *writ* não somente “quando inviabilizados direitos e liberdades fundamentais”, mas, também, “quando inviabilizadas prerrogativas inerentes à cidadania”⁴³⁸, hipótese dos autos que não teria sido observada na decisão recorrida. Defende, ademais, não interpretado adequadamente o conceito e o alcance das garantias constitucionais, indevidamente limitado “o cabimento do mandado de injunção apenas a questões relativas ao conceito clássico de direitos subjetivos”⁴³⁹.

Em nova manifestação⁴⁴⁰ (Parecer B), o Procurador-Geral da República⁴⁴¹, em sentido diverso de seu antecessor (Parecer A⁴⁴²), opina pelo provimento do agravo regimental para julgar cabível o MI e deferir em parte⁴⁴³ o pedido. Opina, assim, por considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo, aplicando-se à hipótese o art. 20 da Lei 7.716/89 ou, subsidiariamente, “os dispositivos do

⁴³⁸ Agravo Regimental. p. 10.

⁴³⁹ Agravo Regimental. p. 11.

⁴⁴⁰ Em 25.07.14.

⁴⁴¹ Rodrigo Janot Monteiro Barros.

⁴⁴² Nos termos do art. 127, § 1º, da CF/88 são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Este último se traduz na autonomia de convicção, razão pela qual membros do Ministério Público não se encontram vinculados a manifestações em momento processual anterior, somente submetidos administrativamente ao superior hierárquico. Nesse sentido, a decisão do STF, em 26.05.15, no AgR no ARE 725491, da relatoria do Ministro Luiz Fux, cujo teor da ementa transcreve-se: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ESTELIONATO CIRCUNSTANCIADO. ARTIGO 171, PARÁGRAFO 3º, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA OFENSA AO ARTIGO 127, PARÁGRAFO 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DIVERGÊNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 1. A pretensão de um órgão do Ministério Público não vincula os demais, garantindo-se a legitimidade para recorrer, em face do princípio da independência funcional. [...] 2. [...] 3. Agravo regimental DESPROVIDO.” Destaca-se, contudo, a compreensão de que manifestações em sentidos opostos em um mesmo processo, particularmente quando desacompanhada de justificação racional, podem conduzir a um processo de desnaturação da institucionalidade, na medida em que a figura do ocupante do cargo – a convicção subjetiva - ganha relevo sobre eventual orientação de caráter institucional. Da mesma forma, ainda que se possa defender a preponderância do princípio da independência funcional, tal não deve ser a sua amplitude que possa esvaziar o conteúdo do princípio da unidade do Ministério Público. A questão, por seu turno, não se encontra pacificada na jurisprudência do STF, observado o reconhecimento da repercussão geral da matéria no RE 590908, em que relator para o acórdão da repercussão geral, pendente de julgamento o mérito, o Ministro Marco Aurélio, *verbis*: “MINISTÉRIO PÚBLICO - ATUAÇÃO - POSIÇÕES DIVERGENTES NO PROCESSO - IMPRONÚNCIA - MANIFESTAÇÃO NO MESMO SENTIDO - RECURSO POSTERIOR - INADMISSIBILIDADE NA ORIGEM - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da possibilidade de o Ministério Público, havendo se manifestado pela impronúncia do acusado, vir a interpor recurso contra decisão no mesmo sentido.”

⁴⁴³ Procurador-Geral da República. Parecer “B” no Agravo Regimental. “Opina-se, portanto, pelo indeferimento do mandado de injunção com vistas à responsabilidade civil do Estado brasileiro a indenizar as pessoas vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia” e “O Ministério Público Federal opina pelo provimento do agravo, para que se conheça do mandado de injunção e se defira em parte o pedido, para o efeito de considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo e determinar a aplicação do art. 20 da Lei 7.716/1989 ou, subsidiariamente, determinar aplicação dos dispositivos do Projeto de Lei 122/2006 ou do Projeto de Código Penal do Senado, até que o Congresso Nacional edite legislação específica.” p. 12 e 19.

Projeto de Lei 122/06 ou do Projeto de Código Penal do Senado, até que o Congresso Nacional edite legislação específica”⁴⁴⁴. Portanto, nesse novo momento processual, o Procurador-Geral da República consigna carecer o ordenamento jurídico brasileiro de legislação garantidora do:

[...] exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero, bem como da liberdade de expressão, sem as quais fica indelevelmente comprometido o livre desenvolvimento da personalidade, em atentado insuportável à dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado democrático de Direito em que se erige a República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição).⁴⁴⁵

Registra, ainda, haver inércia injustificável do Poder Legislativo, não encerrada a tramitação dos projetos sobre a matéria decorridos mais de 10 anos, a esvaziar a normatividade constitucional e, interpretando o texto constitucional, conclui pela presença do dever específico de legislar criminalizando a homofobia, não havendo falar em margem de discricionariedade do legislador quanto a condutas praticadas com tal motivação. Assevera, ainda, à luz de diversos normativos, que “a determinação de editar normas penais para combater a homofobia e a transfobia é um compromisso internacional”⁴⁴⁶.

Sustenta que eventual decisão do STF criminalizando condutas homofóbicas e transfóbicas não desrespeita o princípio da separação dos Poderes, sendo necessário “reconfigurar”⁴⁴⁷ o princípio da reserva de lei penal de que trata o artigo 5º, XXXIX, da CF.

No que tange à responsabilidade civil do Estado, o Procurador-Geral da República registra não caber a discussão da matéria na via do MI, exceto se o direito não exercitável pela ausência de norma regulamentadora fosse o direito à

⁴⁴⁴ Procurador-Geral da República. Parecer B. p. 19.

⁴⁴⁵ Procurador-Geral da República. Parecer B. p. 4.

⁴⁴⁶ Procurador-Geral da República. Parecer B. p. 14.

⁴⁴⁷ Procurador-Geral da República. Parecer B. “O importante argumento da reserva absoluta de lei (princípio da legalidade estrita) em matéria penal precisa ser interpretado à luz da supremacia da Constituição, das determinações específicas de legislar para proteger a dignidade, do controle de constitucionalidade, da previsão de mecanismos processuais talhados para o enfrentamento da omissão inconstitucional (tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e do papel do Supremo Tribunal Federal na concretização constitucional, que geram reconfiguração desse princípio. Importa, antes de tudo, a efetiva regulamentação do valor constitucional desprotegido, ainda que de modo provisório e por intermédio da jurisdição constitucional. Será então regulamentação autorizada pela Constituição, com o que restará atendido o princípio da legalidade. Será regulamentação excepcional e supletiva, com o que se respeitará o princípio da divisão funcional do poder e a primazia da conformação pelo Poder Legislativo.” p. 16-17.

indenização em si. Descarta, ainda, a tese da responsabilização genérica do Estado pelo prisma da violência social.

Por fim, em reforço à opinião de que merece acolhimento o pedido formulado pela impetrante, destaca haver uma orientação institucional no sentido do “engajamento das funções essenciais à Justiça no combate à discriminação e ao preconceito por orientação sexual e identidade de gênero”⁴⁴⁸.

O MI 4.733 está sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, por substituição do relator originário.

4.1.4 Compilação das teses jurídicas

A associação impetrante defende a possibilidade de fixação de prazo, por parte do STF, para que o legislador edite a norma legal, embora admita a ausência de instrumentos judiciais passíveis de obrigá-lo a legislar.

Sustenta a viabilidade da concessão de efeitos *erga omnes* nas decisões proferidas em MI, bem como da superação da reserva de lei em matéria penal, sendo permitido ao STF proferir decisão com natureza de norma penal geral e abstrata. Senado Federal, Câmara dos Deputados e Procuradoria-Geral da República (Parecer A), discordam da tese veiculada pela impetrante, da desnecessidade de observância da, asseverando que eventual postura do STF no sentido de não observar a legalidade estrita configura interferência indevida nos Poderes Legislativo e Executivo. Já o Procurador-Geral da República, em seu segundo parecer (Parecer B), opina pela reconfiguração da reserva de lei penal.

Quanto ao dever constitucional de legislar, a ABGLT aponta presente ao fundamento de que homofobia e transfobia são em espécies do gênero racismo ou, ainda, em decorrência da vedação a toda e qualquer forma de discriminação motivada por orientação sexual ou de gênero. Senado Federal e Câmara dos Deputados se opõem à assertiva da impetrante ao argumento de que homofobia e transfobia são espécies do gênero discriminação ilícita e, não, de racismo. Registra, por seu turno, o Senado Federal, que dispositivos de natureza penal não outorgam

⁴⁴⁸ Procurador-Geral da República. Parecer B. p. 17.

direitos, bem como se inserem no contexto da segurança pública em geral, área para a qual cumpre ao legislador, em seu âmbito de discricionariedade, estabelecer as políticas públicas de proteção. Em sentido contrário, o Procurador-Geral da República (Parecer B) se manifesta pela existência do dever de legislar no tema.

O Advogado-Geral da União, a Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República (Parecer A) sustentam a ausência do dever de legislar, ao entendimento de que o texto constitucional não contém imposição nesse sentido. Nesse contexto, Câmara dos Deputados e Procuradoria-Geral da República (Parecer A) acrescem que o ordenamento jurídico já contempla legislação sancionatória dos atos de homofobia e transfobia – para a Câmara dos Deputados o quanto previsto no Código Penal e para o Procurador-Geral da República (Parecer A) a própria lei de crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor – afastando a tese da omissão normativa inconstitucional. Em sentido contrário, o Procurador-Geral da República (Parecer B) opina pelo reconhecimento da omissão normativa.

Acerca da mora legislativa apontada na impetração, Senado Federal, Advogado-Geral da União e Procurador-Geral da República (Parecer A) argumentam que a existência de projeto de lei em trâmite impede a sua configuração, razão pela qual não cabe o MI. Após, dissentindo dessa tese, o Procurador-Geral da República (Parecer B) propõe seja declarada a inércia legislativa.

Por fim, decidiu o Relator originário pelo não cabimento do MI, ausente direito subjetivo inequívoco à edição de preceito legal criminalizando condutas homofóbicas e transfóbicas; e a ABGLT, em sede recursal, apontou que a ausência de regulamentação do crime de homofobia e transfobia obstaculiza a prerrogativa da cidadania.

4.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 31

4.2.1 Pedido

O requerente, Governador do Estado do Maranhão⁴⁴⁹, pede: a) em caráter cautelar, com base no artigo 12-F da Lei 9.868/99⁴⁵⁰, (a.1) seja fixado o prazo de cento e oitenta dias para o Congresso Nacional encerrar o processo legislativo, bem como encaminhar à sanção presidencial o projeto de lei regulamentando o Imposto sobre Grandes Fortunas – IGF; e (a.2) em respeito ao princípio da anterioridade tributária, o imediato estabelecimento, pela via judicial, das regras aplicáveis na hipótese do Congresso Nacional se manter inerte, de modo a permitir a cobrança do tributo no exercício financeiro de 2016; e b) no mérito, a declaração de inconstitucionalidade com o suprimento da omissão normativa, confirmando-se as regras aplicáveis à incidência do tributo, expedidas em juízo cautelar pelo STF. Para tanto, sugere o requerente que o STF, enquanto não editada a lei complementar regulamentando o IGF, “adote um dos projetos [...] que tramitam na Câmara dos Deputados”⁴⁵¹, em especial o PLP 10/2015.

4.2.2 Fundamentos

Em 16 de março de 2015, o Governador do Estado do Maranhão, apontando inércia legislativa do Congresso Nacional em regulamentar o IGF, tributo previsto no art. 153, VII, da CF/88⁴⁵², cuja competência para instituir é da União, ajuizou junto ao STF a ADO 31, com pedido liminar, a qual foi distribuída à relatoria do Ministro Teori Zavascki.

⁴⁴⁹ Flávio Dino.

⁴⁵⁰ Lei 9.868/99. “Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias. § 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.” (Incluído pela Lei 12.063/09)

⁴⁵¹ Petição inicial. p. 16.

⁴⁵² CF/88. “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.”

Sustenta o requerente a pertinência temática⁴⁵³ e a sua legitimidade ativa, em síntese ao argumento de que “a renúncia inconstitucional de receita fiscal pela União Federal possui estreito liame com os interesses do seu próprio Estado-membro”⁴⁵⁴, na medida em que o modelo federativo brasileiro torna os Estados dependentes da arrecadação tributária federal e, por conseguinte, da repartição das receitas da União, fenômeno que estaria a demandar até mesmo a rediscussão do pacto federativo⁴⁵⁵.

Aponta dependência em relação aos cofres federais, tendo em vista ser unidade da federação com níveis muito baixos em indicadores sociais⁴⁵⁶ - o segundo menor Produto Interno Bruto (PIB)⁴⁵⁷ em comparação com os demais Estados brasileiros -, situação que poderia ser mitigada caso houvesse a tributação sobre as grandes fortunas. Exemplifica a necessidade de instituição do IGF pelo prisma da educação pública, área para a qual a CF, a teor dos arts. 205, 211 e 212⁴⁵⁸, determina a aplicação anual de no mínimo 18% da receita decorrente da arrecadação de impostos, percentual esse que inclui as transferências para os Estados de receitas da União⁴⁵⁹. Nessa linha,

⁴⁵³ A pertinência temática é uma exigência de construção jurisprudencial, que se traduz na necessidade de demonstração, por parte do requerente, de que possui certo interesse na demanda. É, assim, um critério que se aproxima da ideia de interesse de agir, mas que com ele não se confunde, observada a natureza objetiva do controle abstrato de normas.

⁴⁵⁴ Petição inicial. p. 1.

⁴⁵⁵ Indica, ainda, o requerente, em suporte à tese veiculada na peça de ingresso, os arts. 3º, I e III, e 145, § 1º, da CF/88.

⁴⁵⁶ Petição inicial. “A dependência estadual dos cofres federais se exaspera no caso do Estado do Maranhão, porque se trata do Estado-membro com o segundo menor Produto Interno Bruto (PIB) per capita e que ostenta ainda baixíssimos indicadores sociais, como o segundo pior Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). A propósito, a atual dependência dos estados-membros ao Governo Federal é um fator a ser relevado na discussão de um novo Pacto Federativo, que volta e meia se instaura no Congresso Nacional.” p. 2.

⁴⁵⁷ Petição inicial. “Especificamente quanto ao Estado do Maranhão, tem-se que é o segundo pior PIB per capita do País, com vergonhosos R\$ 8.760,34 (oito mil, setecentos e sessenta reais e trinta e quatro centavos), contra R\$ 22.645,86 (vinte e dois mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta e seis centavos) da média nacional, segundo dados da publicação Contas Regionais do Brasil 2012, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE, publicado em 2014.” p. 2.

⁴⁵⁸ CF/88. “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. [...] Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. [...] Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. [...]”

⁴⁵⁹ O requerente registra, ante a ausência da arrecadação do IGF, as perdas experimentadas pelo Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação (FNDE), instituído pela Lei nº 5.537/68 (Cria o Instituto Nacional de Desenvolvimento da Educação e Pesquisa - INDEP, e dá outras providências), que igualmente prevê em seu art. 3º, § 7º, I, a transferência de recursos aos entes federados (art. 3º

Entende que a inconstitucionalidade da renúncia fiscal por parte da União, em particular diante da gravidade da atual conjuntura econômica brasileira, se verifica mesmo na hipótese de a renúncia fiscal não resultar “propriamente em redução de receitas aos estados-membros”⁴⁶⁰. Assenta que a postura da União em deixar de tributar grandes fortunas ⁴⁶¹ não se harmoniza aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil⁴⁶², quais sejam “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Prossegue o requerente, a partir da conjugação dos arts. 153⁴⁶³ e 154⁴⁶⁴ da CF, na tese de que há comando constitucional de legislar sobre o IGF, não mera faculdade de instituição de impostos. Explicita, assim, que a redação do artigo 154 da CF - a União “poderá instituir” impostos -, contempla uma faculdade, enquanto que o teor do art. 153 da CF – “compete à União instituir impostos” – traz a obrigação de instituir o IGF, não se confundindo tal preceito constitucional com mera regra de competência.

Rememora já ultrapassadas mais de duas décadas sem a necessária observância do comando constitucional, tendo sido identificados nesse período “pelo menos 19 projetos de lei buscando instituir o Imposto sobre Grande Fortunas”⁴⁶⁵, todos sem êxito em ultimar os trâmites do processo legislativo.

Compete ao INDEP: [...] § 7º A assistência financeira de que trata a alínea e ocorrerá por meio de: I - transferência de recursos para execução das ações pelos entes federados, por suas redes de ensino ou por unidades executoras e demais entidades que desenvolvam atividades educacionais, conforme legislação orçamentária).

⁴⁶⁰ Petição inicial. p. 3.

⁴⁶¹ Petição inicial. “Apenas para efeito de comparação, a cobrança do tributo através de um dos projetos menos voraz, permitiria a arrecadação anual de mais de R\$ 14 bilhões (quatorze bilhões de reais), conforme análise a partir de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil [...]” p. 4.

⁴⁶² CF/88. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;”

⁴⁶³ CF/88. “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre”

⁴⁶⁴ CF/88. “Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;”

⁴⁶⁵ Petição inicial. “1) PLP-108/1989 — Autor: Deputado Juarez Marques Batista; 2) PLP-202/1989 — Autor: Senador Fernando Henrique Cardoso — aprovado pelo Senado Federal; 3) PLP-208/1989 — Autor: Deputado Antonio Mariz; 4) PLP-218/1990 — Autor: Poder Executivo; 5) PLP-268/1990 — Autor: Deputado Ivo Cersosimo; 6) PLP-70/1991 — Autor: Deputado Maviel Cavalcanti; 7) PLP-77/1991. — Autor: Deputado Wilson Campos; 8) PLP-2097/1991 — Autor: Deputado Wilson Campos; 9) PLP-193/1994 — Autor: Deputado Ernesto Gradella; 10) PLP-277/2008 — Autor: Deputada Luciana Genro; 11) PLP-26/2011 — Autor: Deputado Amauri Teixeira; 12) PLP-48/2011 — Autor:

Sustenta que o STF está autorizado a suprir omissões normativas inconstitucionais (totais ou parciais), podendo atuar como legislador positivo⁴⁶⁶, na esteira das suas decisões mais recentes, que demonstram a evolução do Tribunal em matéria de omissão legislativa, a exemplo da modulação de efeitos e da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Nesse diapasão, destaca o julgamento da ADI 3.999, em que o STF decidiu pela constitucionalidade da Resolução TSE 22.610, que dispunha sobre a cassação de mandatos eletivos configurada a infidelidade partidária, e dos MIs 708 e 943, o primeiro assegurando aos servidores públicos federais o exercício do direito de greve por adoção da legislação aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada e o segundo versando sobre o direito ao aviso prévio proporcional, cujo julgamento no âmbito do STF culminou por provocar a edição da Lei 12.506/11.

Sustenta que a atuação do STF, nos moldes em que requerido, não terá o condão de afrontar o princípio da separação dos Poderes⁴⁶⁷, especialmente quando se observa que “a efetivação de direitos e garantias [pressupõe] necessariamente a atuação da Corte Suprema para colmatar indevidas omissões na normatização desses direitos galvanizados em normas constitucionais de eficácia limitada”⁴⁶⁸.

Sob a assertiva de a jurisprudência do STF tem emprestado maior ênfase ao MI e à ADI, deixando a ADO “adormecida no seu berço esplêndido brasileiro, sendo um instituto constitucional em quase completo desuso”⁴⁶⁹, o requerente ressalta a necessidade de se atentar para o efetivo alcance das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade por omissão. Nessa linha, reputa insuficiente a mera

Deputado Dr. Aluizio; 13) PLP-62/2011 — Autor: Deputado Cláudio Puty; 14) PLP-950/2011 — Autor: Deputado Dr. Aluizio; 15) PLP-130/2012 — Autores: Deputados Paulo Teixeira, Jilmar Tatto, Amauri Teixeira, Assis Carvalho, Cláudio Puty, José Guimarães, Pedro Eugênio, Pepe Vargas e Ricardo Berzoini; 16) PLP-2/201 5 — Autor: Deputado Sarney Filho; 17) PLP-6/2015 — Autor: Deputado Hissa Abrahão; 18) PLP-10/2015 — Autor: Jandira Feghali; 19) PLP-11/2015 — Autor: Deputado Valmir Assunção”

⁴⁶⁶ Petição inicial. “Nesse particular, as chamadas omissões inconstitucionais passam a se revestir de relevante problema na convivência harmônica entre os Poderes. No caso brasileiro, não raro o Supremo Tribunal Federal é convidado a assumir o papel de legislador positivo, pecha da qual sempre se esquivou, quer deixando de decidir pela solução concreta em caso de omissão, quer disfarçando as suas decisões que passou a tomar em adição ao ordenamento jurídico.” p. 9.

⁴⁶⁷ Petição inicial. “Cumpre destacar que, assim como na declaração de inconstitucionalidade de norma pelo Pretório Excelso há evidente sobreposição da interpretação da Corte sobre o ato do legislativo, culminando na eliminação deste do ordenamento jurídico - o que é consectário lógico da efetividade da jurisdição constitucional e da própria supremacia da Constituição – não se pode alegar contrariedade à Separação de Poderes [...]” p. 12.

⁴⁶⁸ Petição inicial. p. 12.

⁴⁶⁹ Petição inicial. p. 12.

ciência ao Poder Legislativo da mora inconstitucional, destacando que o Congresso Nacional não tem respeitado as decisões do STF com carga meramente declaratória.

Pois bem, verificado esse cenário, é fácil concluir que de nada adiantará à guarda da Constituição a mera proclamação da mora do Poder Legislativo ou mesmo a fixação de prazo ao Congresso Nacional para a edição da lei faltante, se com essas medidas outra não for tomada, de verdadeiramente ditar qual a regra vigará caso permaneça a omissão inconstitucional. Isso porque há questões que não conseguem reunir um consenso no Parlamento, ou mesmo outras em que há uma certa resistência do Congresso Nacional ou do Poder Executivo em regulamentar, impedindo a concretização da vontade constitucional.⁴⁷⁰

Em reforço, alega que ao julgamento do MI 943⁴⁷¹ “[...] o Supremo Tribunal Federal avançou bastante quanto ao conteúdo das decisões em caso de omissão total pelo legislador”, tendo concluído que “a mera comunicação da mora legislativa ao Congresso Nacional, ou mesmo a fixação de prazo para a edição da lei reclamada, sem a indicação de qualquer consequência para o seu descumprimento, não serviria à guarda da Constituição”⁴⁷².

4.2.3 Manifestações de órgãos e autoridades

Em 20 de março de 2015, o Ministro Relator determinou⁴⁷³ fosse colhida a manifestação prévia do Congresso Nacional.

O Congresso Nacional, por seu Presidente⁴⁷⁴, se manifestou⁴⁷⁵ pela ausência de pertinência temática na hipótese, e acrescentou, no que diz com a medida cautelar pleiteada, que o alegado perigo da demora não estaria presente, pelo simples fato de o tributo em questão se encontrar previsto na CF desde 1988, não havendo razões para se entender que, passadas três décadas, a ausência de regulamentação pudesse, somente agora, gerar o dano. Nesse sentido, o seguinte fragmento extraído das informações prestadas:

⁴⁷⁰ Petição inicial. p. 13.

⁴⁷¹ O MI 943 versa sobre o direito a aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, consagrado no inciso XXI do artigo 7º da Constituição Federal.

⁴⁷² Petição inicial. p. 14.

⁴⁷³ Aplicado o rito do art. 12-F da Lei 9.868/99, que autoriza a concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, desde que ouvidos os órgãos ou as autoridades responsáveis pela omissão imputada.

⁴⁷⁴ Senador Renan Calheiros.

⁴⁷⁵ Congresso Nacional. Ofício 48/2015-PRESID/ADVOSF.

A petição inicial admite a ausência do *periculum in mora* ao lembrar que a norma constitucional que menciona o imposto sobre grandes fortunas está vigente desde a promulgação da Constituição de 1988. Portanto, não há que se falar em atividade processual - ou normal prosseguimento dos atos processuais a fim de se analisar o mérito do pedido - que possa pôr em risco o resultado prático pretendido pela demanda.⁴⁷⁶

O Congresso Nacional defende a impossibilidade de se conceder a liminar nos moldes em que pleiteada, porquanto configura verdadeiro pedido de tutela satisfativa, em nítida afronta ao princípio da separação dos Poderes, cláusula pétreia de que trata o art. 60, § 4º, III, da CF. Ainda no contexto da medida liminar, destaca que o STF não está autorizado a interpretar o art. 12-F da Lei 9.868/99 de modo a “criar” Direito⁴⁷⁷.

Registra, por seu turno, que a matéria não comporta eventual sentença de caráter aditivo, cumprindo ao STF rejeitar o pedido “em respeito à função típica legiferante do Poder Legislativo na organização jurídico-institucional brasileira”⁴⁷⁸, bem como em observância ao princípio da estrita reserva de lei em matéria tributária.

Descarta a tese da mora legislativa ao argumento de que há inúmeros projetos de lei atualmente em trâmite no Congresso Nacional sobre a matéria, local adequado aos debates sobre a regulamentação do IGF.

Juntada a manifestação, os autos da ADO 31/DF foram conclusos ao Ministro Relator⁴⁷⁹ do processo no STF.

4.2.4 Compilação das teses jurídicas

O requerente sustenta viável, em controle abstrato das omissões normativas, a fixação de prazo ao encerramento do trâmite legislativo. Contudo, entende que o STF não tem como exigir a observância do lapso temporal por parte do legislador.

⁴⁷⁶ Congresso Nacional. Informações. p. 5.

⁴⁷⁷ Congresso Nacional. Informações. “Note-se que a permissão atribuída ao STF - intérprete da Constituição e das leis e não criador do Direito - de tomar “outra providência” se refere a medidas convenientes e oportunas para, fundamentadamente, fazer cumprir um provimento cautelar e garantir que a efetividade do controle concentrado seja, ao final, assegurada. “Outra providência” não significa e não pode significar confusão no exercício das funções típicas de cada um dos poderes da República, tampouco permitir que o Judiciário legisle.” p. 7.

⁴⁷⁸ Congresso Nacional. Informações. p. 11.

⁴⁷⁹ Em 07.04.15.

O STF está autorizado a atuar como legislador positivo, suprindo omissão normativa de caráter total ou parcial, tese contra a qual se opõe o Congresso Nacional, apontando que tal postura do Poder Judiciário implica afronta à separação dos Poderes, bem como desrespeito ao princípio da legalidade estrita em matéria tributária.

Para o requerente, a existência de projetos de lei em tramitação não afasta a mora legislativa, enquanto que, para o Congresso Nacional, esse mesmo fato corrobora a tese de que não há falar em inércia do legislador quanto ao IGF.

Ultimando, registra-se que o requerente extrai o dever de legislar na espécie tanto da conjugação dos arts. 153 e 154 da CF/88, a partir de distinção entre mera faculdade (poderá) e obrigação (compete) da União em instituir o IGF, quanto do art. 3º do texto constitucional, que versa sobre os objetivos fundamentais da República.

4.3 Proposição de parâmetros decisórios

No presente tópico, que tem por objetivo a propositura de parâmetros decisórios às pretensões veiculadas no MI 4.733 (criminalização da homofobia) e na ADO 31 (criação do Imposto sobre Grandes Fortunas), serão observadas as possibilidades das ações constitucionais de controle de omissões normativas e os limites à atuação do STF - tanto no contexto informado pelo magistério doutrinário quanto pela análise da dinâmica jurisprudencial -, com particular enfoque pelo prisma dos elementos necessários à configuração da omissão normativa inconstitucional.

4.3.1 Ao julgamento do MI 4.733

O primeiro aspecto a merecer enfrentamento diz com a sindicabilidade do pedido formulado – da omissão normativa se pretende ver suprida - à luz do direito fundamental ou prerrogativa constitucional apontados no MI, situação de lacuna:

[...] que se traduz na existência de um nexo causal entre o *vacuum juris* e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, requisito

necessário que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988.⁴⁸⁰

Muito embora a dinâmica jurisprudencial do STF aponte para uma “objetivação” do *writ*, compreende-se, em linhas gerais, que o MI 4.733 veicula pleito condizente com efetiva implementação de política pública⁴⁸¹ ⁴⁸² de segurança, pretensão que não se amolda⁴⁸³ ⁴⁸⁴ ⁴⁸⁵ ao *writ*, porque não sindicável a criação de tipo penal como direito subjetivo, não havendo falar em inviabilidade do exercício de direito ou prerrogativa constitucional pela ausência de tipificação penal, por mais largueza que se possa emprestar a tal pressuposto do MI, ampliação essa que não tem assento na jurisprudência recente do STF.

⁴⁸⁰ MI 81 AgR. Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 20.04.90, DJ 25.05.90.

⁴⁸¹ “É importante destacar que o processo de política pública não possui uma racionalidade manifesta. Não é uma ordenação tranqüila na qual cada ator social conhece e desempenha o papel esperado [...]. Os atores administrativos, políticos e seus analistas constatam igualmente a extrema complexidade das políticas públicas e as aparentes debilidades do Estado para cumpri-las.” In: SARAVIA, Enrique. Políticas Públicas. Coletânea. Volume 1. Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2006. p. 29.

⁴⁸² Rememora-se que no campo da ações diretas – para as quais não se exige o interesse subjetivo, mas, sim, a pertinência temática – o STF já sinalizou a possibilidade do acionamento do controle de constitucionalidade por omissão normativa de políticas públicas (ADI 1.698 e ADO 22).

⁴⁸³ Consoante Maria Paula Dallari Bucci, a seleção pelo Poder Judiciário de prioridade em descompasso com o programa previsto pelo legislador e executado pela Administração pode levar a uma desorganização das políticas públicas. A racionalidade das demandas judiciais é essencialmente comutativa - jogo de soma zero (vencedor x vencido), enquanto que na realização de políticas públicas subjaz a lógica distributiva - de ganho para todos (sociedade e Estado). In: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. Políticas Públicas - Reflexões para um conceito jurídico. Editora Saraiva, São Paulo, 2006.

⁴⁸⁴ “Com base nessa visão, conclui-se que, não obstante o Judiciário possa constituir-se um espaço público de discussão política, voltado à prestação jurisdicional, é certo que a função primária da jurisdição não é promover a discussão política nem prover decisões dessa espécie, que encontram foro mais apropriado em outros órgãos estatais (Legislativo e Executivo) e em outros espaços sociais (associações, partidos políticos, condomínios etc.). Sem perder de foco que as escolhas políticas consagradas pelo Direito encontram outras vias institucionais de manifestação, a jurisdição deve estar atenta também à proteção do espaço de incolumidade do indivíduo e garantir a higidez do espaço público de deliberação política. Isso pode exigir, inclusive, a tutela dos direitos sociais pelo Judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas, mas não é admissível que tal tutela atrepele os canais ordinários de deliberação política ou pretenda substituí-los.” QUINTAS, Fábio Lima. O Mandado de Injunção Perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2013. p. 178.

⁴⁸⁵ Defende Rodrigo Peixoto Medeiros que “[...] o judiciário não possui competência para estabelecer políticas públicas diretamente, devendo, em regra, ser respeitadas as decisões do administrador público que estejam dentro de sua discricionariedade, não cabendo ao juiz impor suas convicções políticas quando existirem várias soluções possíveis e a Administração Pública adotar a que mais considere conveniente e oportuna. Logo, esse tema deve ser analisado cuidadosamente à luz do caso concreto, sendo certo, todavia, que o judiciário deve efetivar as políticas públicas nas situações em que se configure abusividade e privilégios a determinadas pessoas, em detrimento de outras que se encontram na mesma situação”. MEDEIROS, Rodrigo Peixoto. *O Controle das Omissões Parciais do Poder Público e a Evolução da Jurisprudência do STF no tocante às Sentenças Aditivas*. In: *O Supremo Tribunal Federal e os Casos Difíceis*. Cynara Monteiro Mariano e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (orgs.). Grupo Conceito, Editora Modelo, p. 103-117, Florianópolis, 2012.

Outro não foi o fundamento da decisão monocrática pela qual se entendeu incabível o MI 4.733, com amparo no MI 624⁴⁸⁶, em que veiculada omissão normativa quanto à edição de lei “tipificando [o] crime de responsabilidade dos Magistrados”, caso no qual o STF se pronunciou pelo não conhecimento do *writ* ao fundamento de que imprescindível à impetração que a falta do preceito regulamentador apontado “torne inviável o exercício de direito subjetivo do impetrante”⁴⁸⁷.

Acresça-se, consoante compreensão que se adota, sequer versar a hipótese do MI 624 sobre matéria penal propriamente dita, mas, sim, acerca de infração de natureza político-administrativa⁴⁸⁸, o que conduz à conclusão de que ainda mais limitado o espectro de atuação do STF ao exame do MI 4.733, ante a estrita legalidade penal, bem como maior a dificuldade em justificar a vinculação imediata entre uma eventual omissão normativa que se reconheça e a alegada inviabilidade no exercício de direitos fundamentais ou prerrogativas constitucionais por parte da ABGLT e, com maior largueza subjetiva, da população LGBT.

Entende-se, por seu turno, que a invocada prerrogativa da cidadania, prisma pelo qual a impetrante embasou seu agravo regimental, não altera a conclusão de que carece o *writ* de condição de impetrabilidade, ausente nexos^{489 490} entre o vácuo

⁴⁸⁶ MI 624. Tribunal Pleno, Relator Ministro Menezes Direito, J. 21.11.07, DJe 28.03.08

⁴⁸⁷ “Mandado de injunção. Falta de norma tipificando crime de responsabilidade dos Magistrados. Inadequação da via eleita. 1. O mandado de injunção exige para sua impetração a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direito subjetivo do impetrante. 2. Mandado de injunção não conhecido.” MI 624. Ementa.

⁴⁸⁸ O Ministro Celso de Mello, em voto proferido na ADI 4.190 MC, após destacar que a “questão pertinente à definição da natureza jurídica dos denominados “crimes de responsabilidade” (conceito a que se subsumiriam as infrações político-administrativas) tem suscitado intensa discussão de ordem teórica, com conseqüente repercussão no âmbito jurisprudencial”, defende o entendimento de que “a natureza jurídica do “crime de responsabilidade” permite situá-lo no plano estritamente político-constitucional, revestido de caráter evidentemente extrapenal”, ilícito político-administrativo impropriamente denominado “crime de responsabilidade”, que “não traduz instituto de direito penal”.

⁴⁸⁹ Consoante Diego Luis Carvalho Vitor “torna-se necessário, portanto, que haja um liame entre a não existência de norma regulamentadora e a inviabilidade de se exercer direito e/ou liberdade pública, constituindo o nexos causal entre a norma faltante e a impossibilidade do exercício de direito consagrado na constituição como pressuposto para se impetrar a citada ação”. VITOR, Diego Luis Carvalho. *O controle judicial das omissões do Poder Legislativo via mandado de injunção*. In: *O Supremo Tribunal Federal e os casos difíceis*. p. 271-290. Cynara Monteiro Mariano e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (orgs.), Editora Conceito, Florianópolis, 2012. p. 279.

⁴⁹⁰ Nesse sentido, ainda, Patrícia Micheli Folador, para quem “o mandado de injunção tem por pressupostos a existência de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente contemplados, a ausência de um ato normativo que o regule e a inviabilidade ou impossibilidade do exercício de um direito. Todavia, há que se observar, ainda, que a norma constitucional deve ser não autoaplicável, que a omissão legislativa ultrapasse um prazo razoável para a regulação do direito discutido, bem como deve-se estabelecer mu nexos causal entre a omissão da norma reguladora e a inviabilidade do

jurídico que se pretende suprir e o impedimento ao exercício da prerrogativa referida. Igualmente nesse sentido o voto do Ministro Menezes Direito, Relator do MI 624:

Não há nenhuma demonstração efetiva de que a falta da norma apontada na inicial esteja impedindo o impetrante de exercer direito subjetivo seu. Na realidade, com a impetração o que o impetrante quer, concretamente, é corrigir pela via do mandado de injunção a inconstitucionalidade por omissão, em tese, que, por via reflexa, poderia alcançar esse direito de cidadania pretendido com o feito sob julgamento.⁴⁹¹

Não se está aqui a sustentar, ressalta-se, que práticas discriminatórias e/ou preconceituosas não mereçam repressão do Estado, em particular no âmbito do direito penal, seara repressiva por excelência. Entretanto, parte-se da leitura de que a existência de tipos penais em geral (sem olvidar os debates abalizados quanto ao tema e os movimentos de ampliação e restrição experimentados no direito penal ao longo da história), muito embora se possa associar, em maior ou menor grau, à ideia de concretização de certos direitos e prerrogativas fundamentais, não implica a conclusão de que a ausência de um ou outro tipo penal em específico possa configurar situação impeditiva do exercício desses mesmos direitos ou prerrogativas^{492 493}.

gozo do direito ou liberdade constitucional". FOLADOR, Patrícia Micheli. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, nº 71, p. 228-260, abr.-jun./2010. p. 257.

⁴⁹¹ MI 624. Voto.

⁴⁹² Segundo Martín J. Risso Ferrand, "para que haja uma omissão constitucional é necessário: A) Em primeiro lugar, a existência de uma obrigação constitucional expressa para fazer; e B) Em segundo lugar, que se trate de descumprimento de um comando constitucional que vincule o legislador de modo específico. As omissões que dizem respeito a comandos abstratos (ou deveres abstratos de legislar), a exemplo da promoção de condições de liberdade e igualdade, não configuram a hipótese de omissão constitucional no sentido que aqui se está a analisar". (tradução livre) "Para que exista una omisión constitucional se requiere: A) En primer término, la existencia expresa de una obligación constitucional de hacer; y B) En segundo lugar, que se trate de casos de incumplimiento de mandatos constitucionales concretos que vinculen al legislador. Las omisiones respecto a mandatos abstractos (o deberes de legislación abstractos), como por ejemplo el de promover condiciones de libertad e igualdad, no configuran una hipótesis de omisión constitucional en el sentido en que se está analizando." FERRAND, Martín J. Risso. *Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Edición 2001. Konrad Adenauer Stiftung. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, p. 11-36. Montevideo, 2009. p. 12.

⁴⁹³ Assinala Léo Brust que "a posição de Jorge Miranda é afim com a de Gomes Canotilho e com a mantida pelo próprio STF, pois exclui do controle as chamadas imposições constitucionais abstratas. A omissão inconstitucional se deveria ao descumprimento da Constituição derivado da violação de um preceito certo e determinado, não executável por si mesmo, sem que o legislador tome as medidas legislativas para tanto. Na mesma linha, Regina Ferrari especifica que a omissão inconstitucional não deve ser o resultado da aplicação global da Constituição, isto é, do conjunto de suas disposições e princípios. Do contrário se estaria disseminando a incerteza e a insegurança, pois o controle de constitucionalidade seria remetido a um terreno indefinido, violando todos os objetivos

Logo, carecendo a ABGLT do interesse subjetivo necessário ao cabimento da impetração, já aqui se apresenta parâmetro decisório suficiente para justificar a improcedência do MI 4.733, melhor, o não provimento do agravo regimental manejado contra a decisão de improcedência já proferida.

De qualquer sorte, objetivando exaurir o estudo do caso, prossegue-se no exame pelo prisma dos limites à atuação do STF, enfrentando a questão da possibilidade de se fixar prazo ao legislador no bojo do MI. Nesse aspecto, defende-se que não é adequado fixar prazo ao legislador, consoante pretende a impetrante.

Não bastasse a dinâmica jurisprudencial do STF apontar que a questão não está de todo pacificada, tendo sido admitida a fixação de prazo em alguns MIs, *v.g.* MIs 219 e MI 232, bem como rejeitada em outros, a exemplo dos MIs 283, 95 e 369, as discussões travadas no âmbito do STF sempre tiveram presente o fato de que o Tribunal não dispõe de meios jurídicos para exigir do legislador a atuação dentro do lapso temporal eventualmente estabelecido, fazendo com que o descumprimento do prazo crie situação de impasse institucional entre os Poderes envolvidos, deixando, ainda, a parte impetrante, mesmo reconhecida a mora legislativa, sem a possibilidade de exercitar o direito ou prerrogativa perseguidos.

Essa lógica das consequências advindas da não observância do prazo pelo legislador informou o debate no MI 361⁴⁹⁴, em que o STF conclui adequado somente

do direito de proporcionar harmonia e paz social. Esta é a posição mais difundida e aceita no Brasil". BRUST, Léo. *Controle de Constitucionalidade. A tipologia das Decisões do STF*. Juruá Editora, Curitiba, 2014. p. 216.

⁴⁹⁴ "I - Mandado de injunção coletivo: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da Constituição; legitimidade, no caso, entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, tem interesse comum na eficácia do art. 192, par. 3º, da Constituição, que fixou limites aos juros reais. ii. Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade. a mora – que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa -, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário a efetividade da lei fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar. iii. Juros reais (CF, art. 192, par. 3º): passados quase cinco anos da Constituição e dada a inequívoca relevância da decisão constituinte paralisada pela falta da lei complementar necessária à sua eficácia - conforme já assentado pelo STF (ADIn 4, DJ 25.06.93, Sanches) -, declara-se inconstitucional a persistente omissão legislativa a respeito, para que a supra o Congresso Nacional. iv. Mandado de injunção: natureza mandamental (MI 107-QO, M. Alves, RTJ 133/11): descabimento de fixação de prazo para o suprimento da omissão constitucional, quando - por não ser o estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência da norma regulamentadora (*v.g.* MI 283, Pertence, RTJ 135/882) -, não seja

fixar prazo naquelas hipóteses em que, mantendo-se o legislador inerte, ainda assim o impetrante possa obter o bem da vida pretendido, consoante decidido no caso dos aeronautas (MIs 283, 284, 543 e 562⁴⁹⁵), em que o STF fixou prazo ao legislador e igualmente garantiu aos impetrantes a obtenção de sentença condenatória ao pagamento de indenização por perdas e danos contra a União, desde que em ação judicial própria, e, ainda, naquelas em que já assegurado no próprio MI, após a extrapolação do lapso temporal pelo legislador, o exercício do direito, nos moldes do ocorrido no caso da imunidade tributária das entidades beneficentes (MI 232⁴⁹⁶).

Nesse contexto, e antecipando a compreensão de que o STF não se encontra autorizado, à luz da sua jurisprudência, a atuar na qualidade de legislador positivo em matéria penal, o que inviabiliza assegurar à impetrante na própria decisão proferida no MI a criminalização da homofobia e da transfobia, e, com maior razão, em ação judicial diversa, entende-se que não se mostra adequado fixar prazo ao legislador na hipótese versada no MI 4.733.

possível cominar conseqüências a sua continuidade após o termo final da dilação assinada.” MI 361. Ementa.

⁴⁹⁵ “Mandado de Injunção. Artigo 8º, § 3º do ADCT. Direito à reparação econômica aos cidadãos alcançados pelas Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica. Mora legislativa do Congresso Nacional. 1 - Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que “a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, *“hic et nunc”*, de uma situação de inatividade inconstitucional.” (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24.05.2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção. 2 - Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou “aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização. 3 - Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do “quantum” devido. 4 - Mandado de injunção deferido em parte.” Ementa. MI 562.

⁴⁹⁶ “Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7º do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.” MI 232. Ementa.

Registra-se, ainda, a constatação de que a problemática acerca da fixação de prazo para o legislador se desincumbir da sua função legislativa, consoante análise dos julgados do STF, culminou por ser deixada em segundo plano ante a postura, mais recente, em admitir a concretização de direitos no bojo do *writ* (MIs 670, 721 e 943).

Por seu turno, no que tange à tese de que as decisões proferidas em MI comportam eficácia para além da relação jurídica processual estabelecida, conclui-se estar em harmonia com a jurisprudência do STF a compreensão da ABGLT. Tal possibilidade foi verificada nos MIs 670, 708, 712 e 943, embora não tenha sido admitida no MI 721, julgado meses antes, em que o Tribunal explicitou que o alcance da decisão estaria limitado às partes, em razão da finalidade de proteção de direito subjetivo a que se destina o *writ*.

Merece, ademais, pequeno reparo a assertiva da impetrante, porquanto na dicção do STF cabe reconhecer efeitos assemelhados e, não, propriamente efeitos *erga omnes*, tendo por premissa a existência de um processo de “objetivação” das decisões proferidas no MI, passíveis de serem aplicadas a casos semelhantes, por aproximação entre as ações de controle das omissões normativas inconstitucionais (MI 943⁴⁹⁷).

Não prospera, por sua vez, a tese veiculada no *writ*, noticiando que o STF, em outras oportunidades, já teria superado o princípio da legalidade estrita de que trata o art. 5º, XXXIX, da CF/88⁴⁹⁸. A assertiva não encontra guarida na dinâmica jurisprudencial analisada, especialmente ante a constatação de que o STF, até o

⁴⁹⁷ “Mandado de injunção. 2. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Art. 7º, XXI, da Constituição Federal. 3. Ausência de regulamentação. 4. Ação julgada procedente. 5. Indicação de adiamento com vistas a consolidar proposta conciliatória de concretização do direito ao aviso prévio proporcional. 6. Retomado o julgamento. 7. Advento da Lei 12.506/2011, que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional. 8. Aplicação judicial de parâmetros idênticos aos da referida legislação. 9. Autorização para que os ministros apliquem monocraticamente esse entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora. 10. Mandado de injunção julgado procedente.” MI 943. Ementa.

⁴⁹⁸ Para Luigi Ferrajoli um sistema garantista efetivo, alinhado com a ideia de Estado de Direito, exige observância da estrita reserva de lei: “Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 4ª ed. rev., Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 785-786.

presente momento, na única oportunidade em que provocado, no bojo de MI, a se manifestar em matéria penal, culminou por reputar a ação incabível, justamente ao fundamento de que a ausência do tipo penal pretendido não inviabilizava o exercício de qualquer direito subjetivo do impetrante.

De rigor, nesse compasso, desconsiderar em reforço à tese da impetração os MIs 670, 708 e 712, porquanto versam tais feitos sobre o direito de greve dos servidores públicos, matéria que sequer tangencia o brocardo *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, insculpido no preceito constitucional indicado no *writ* (art. 5º, XXXIX, da CF - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal)⁴⁹⁹.

A teor do que já antecipado, não se reputa presente no texto constitucional, ainda que por extração interpretativa, comando de legislar tipificando como crime as condutas ventiladas no *writ*.

Na impetração são invocados como determinantes da obrigação de editar legislação de caráter penal, criminalizando as condutas de homofobia e transfobia, os incisos XLI e XLII do art. 5º da CF/88 (Art. 5º [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.), estes ao fundamento de que homofobia e a transfobia são espécies do gênero racismo; bem como o inciso IV do art. 3º da CF (Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.), considerada a liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero. Aponta-se, por fim, o princípio da proporcionalidade, pelo viés da proteção deficiente.

Os incisos IV do art. 3º e XLI e XLII do art. 5º da CF/88 e o princípio da proporcionalidade não conduzem ao reconhecimento de que há no texto constitucional imposição inequívoca ao legislador – expressa ou identificável por meio da interpretação do texto constitucional – no sentido da existência da obrigação de criar tipo penal sancionador de atos de homofobia ou transfobia.

⁴⁹⁹ Cumpre registrar objeto de enfrentamento tão somente as teses comparáveis com os dados analisados na dinâmica jurisprudencial, cujo foco está na omissão normativa inconstitucional.

Falta, portanto, à configuração da omissão normativa inconstitucional na hipótese versada no MI 4.733 também o comando constitucional de eficácia limitada, e, por conseguinte, o dever de legislar.

Contudo, examina-se com mais acuidade a assertiva da impetrante de que o STF reconhece alcance ao princípio da proporcionalidade pelo viés da proteção deficiente. Com efeito, tal afirmação é merecedora de crédito, na medida em que há, de fato, inúmeros julgados cujas decisões abordam referido princípio, a exemplo da ADI 1.800, coligida no *writ*, na qual explicitada a compreensão de que tanto a proibição do excesso quanto a proteção deficiente são “faces da mesma moeda”⁵⁰⁰ do princípio da proporcionalidade.

Contudo, para fins de configuração da omissão normativa é desimportante o STF reconhecer ou não o princípio da proporcionalidade, em qualquer das suas vertentes, porquanto a questão que se coloca é diversa.

Importa perquirir, em sede de controle de omissão normativa, se do princípio da proporcionalidade se logra êxito em alcançar o dever de legislar em matéria penal. À luz da dinâmica jurisprudencial do STF a resposta deve ser negativa, não identificado qualquer precedente no âmbito do controle de omissões normativas em que o Tribunal tenha sinalizado a criação de tipo penal com base no princípio da proporcionalidade. Não bastante, tem-se que, pelo prisma da proteção deficiente, em sede de tutela dos direitos fundamentais, é preciso que o Poder Judiciário observe com maior cautela, na hipótese de constatação do dever de legislar, a existência ou não de alguma medida já implementada⁵⁰¹ pelo Poder Legislativo, ao qual incumbe com primazia definir o modo e o alcance da tutela⁵⁰².

⁵⁰⁰ Voto do Ministro Gilmar Mendes.

⁵⁰¹ Segundo Francisco Fernández Segado é possível extrair o dever de legislar do dever de proteção. “Além disso, o dever constitucional de legislar também pode derivar do chamado “dever de proteger” (Schutzpflicht), que requer que o Estado aja em defesa e proteção de determinados valores e direitos, como a vida e a integridade física, especialmente em face a agressões levadas a cabo por terceiros” (tradução livre). “Por lo demás, el deber constitucional de legislar puede dimanar también del llamado “deber de protección” (Schutzpflicht), que obliga al Estado a actuar en defensa y protección de ciertos valores y derechos como la vida y la integridad física, sobre todo, frente a agresiones levadas a cabo por terceros.” Contudo, é preciso ter presente que referido autor rechaça a atuação do “juiz constitucional” como legislador positivo, consoante se pode inferir da seguinte passagem dessa mesma obra: “Em última análise, a sujeição do legislador para com a constituição não impede de forma alguma a sua liberdade de conformação, que se projeta não só sobre o conteúdo necessário à realização do preceito constitucional, como também sobre o tempo, ou seja quanto ao momento de sua realização, sendo que nenhum desses aspectos está livremente à

Por seu turno, quando se observa o magistério doutrinário⁵⁰³, extrai-se a compreensão de que o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade é dedicado à interpretação de dispositivos normativos em geral, a incluir a hermenêutica constitucional, servindo, ao lado de outros princípios, v.g. interpretação conforme a Constituição e presunção de constitucionalidade das leis, ao concreto equacionamento dos “problemas de interpretação constitucional”⁵⁰⁴.

Assim, de rigor a conclusão de que o invocado princípio se traduz em ferramenta de conhecimento do texto constitucional, instrumento do método

disposição do legislador, podendo, naturalmente, ser submetidos ao controle constitucional. Assim sendo, é preciso registrar que de forma alguma o controle pode levar à substituição do legislador pelo Tribunal Constitucional, tópico que abordarei mais adiante, antecipando a constatação de que tal atuação já tem sido realizada em alguns sistemas legais latino-americanos.” (tradução livre). “En definitiva, la sujeción del legislador a la Constitución no impide en modo alguno la libertad de configuración de que el mismo goza, que se proyecta no sólo sobre el contenido a dar a la norma de desarrollo constitucional, sino también sobre el tiempo, esto es, sobre el momento en que llevar a cabo dicho desarrollo, pero ni uno ni otro aspecto quedan sujetos a la libérrima capacidad decisoria del poder legislativo, pudiendo, desde luego, ser objeto de control en sede constitucional. Siendo ello así, debe precisarse que en modo alguno ese control puede propiciar la sustitución del legislador por el juez constitucional, algo sobre lo que volveremos más adelante, pero que, anticipémos lo ya, ha sido posibilitado por algunos ordenamientos jurídicos latino-americanos.” SEGADO, Francisco Fernández. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas - algunas cuestiones dogmáticas*. In: Direitos Fundamentais & Justiça - PUCRS. Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro (coords.), HS Editora Ltda, Ano 3 - n° 7, p. 47-80, Abr./Jun., 2009. p. 54 e 59.

⁵⁰² Na esteira do magistério de Luiz Guilherme Marinoni: “A Constituição possui, quando muito, disposições fragmentárias sobre as medidas de tutela que devem ser utilizadas à tutela dos direitos fundamentais. Frise-se que a decisão a respeito de como um dever de tutela deve ser cumprido é, antes de tudo, questão afeta ao parlamento. Quando o legislador viola um direito fundamental na sua função de mandamento de tutela, cabe ao Judiciário assegurar o adequado grau de tutela do direito fundamental. Não obstante, o problema está na circunstância de que a ação do juiz, diante da falta de lei, não tem a mesma elasticidade ou a mesma latitude da ação do legislador. Para ser mais claro: o legislador tem ampla esfera de liberdade para a definição da providência ou do meio para a tutela do direito fundamental, enquanto o juiz, exatamente por não ter a mesma latitude de poder do legislador, deve atuar apenas para garantir que o dever de proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência. Assim, incumbe ao juiz atuar de modo a impor não mais do que o mínimo necessário à proteção do direito fundamental. O legislador tem ampla margem de manobra entre as proibições de insuficiência e de excesso, mas esta margem, ou esta latitude de poder, não é a mesma que está liberada à intervenção do Judiciário. Mais do que responder a um dever de tutela, o Judiciário garante o controle da insuficiência da tutela devida pelo legislador”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Do Controle da Insuficiência de Tutela Normativa aos Direitos Fundamentais Processuais*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_26643022_DO_CONTROLE_DA_INSUFICIENCIA_DE_TUTELA_NORMATIVA_AOS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_P%E2%80%A6>. Acesso em 12 fev. 2016. p. 3.

⁵⁰³ Nesse sentido, a lição de Inocência Mártires Coelho de que: “os chamados princípios da interpretação constitucional, à semelhança dos métodos interpretativos, também devem ser aplicados conjuntamente, pelas razões desenvolvidas a seguir. Tais princípios, para a maioria dos autores, são os da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição, e da máxima efetividade. Afora esses princípios, apontam-se, ainda, embora não estejam ligados exclusivamente à exegese constitucional, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o da interpretação conforme a Constituição, e o da presunção de constitucionalidade das leis, sendo o primeiro um princípio de ponderação, que se reputa aplicável ao direito, em geral, enquanto os dois últimos são utilizados essencialmente no controle de constitucionalidade das leis”. COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª ed. Editora Saraiva. 2011. p. 154-155.

⁵⁰⁴ COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª ed. Editora Saraiva. 2011. p. 155.

interpretativo que se adote, jamais fundamento a permitir, de modo direto e exclusivo, a conclusão pela existência na Constituição de comando ao legislador no sentido de editar qualquer preceito jurídico que seja, em particular tipo penal criminalizando os atos descritos pela impetrante.

Defende-se que, sopesados os princípios e direitos fundamentais apontados no MI 4.733, v.g. dignidade da pessoa humana⁵⁰⁵, segurança, livre orientação sexual e livre identidade de gênero, em face do direito à liberdade que informa a reserva estrita de lei em matéria penal, bem entendida a máxima da proporcionalidade⁵⁰⁶, não se alcança no texto constitucional obrigação inequívoca de criminalizar as condutas de homofobia e transfobia.

E, em que pese à relevância dos temas debatidos nos casos coligidos pela impetrante, a saber a ADI 1.800⁵⁰⁷ (apontando a inconstitucionalidade da Lei 9.534/97, que isentou os "reconhecidamente pobres" do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, ação direta não foi conhecida ante a ausência de afronta ao princípio da proporcionalidade); a ADI 3.112 (dirigida contra o Estatuto do Desarmamento, Lei 10.026/03, em que apontada a inconstitucionalidade de diversos preceitos, mas que somente mereceu conhecimento por afronta ao princípio da proporcionalidade na

⁵⁰⁵ Consoante preconiza Ingo Sarlet “basta ver, em caráter ilustrativo, o que ocorre no que diz com o uso retórico e mesmo panfletário da dignidade da pessoa humana e da própria proporcionalidade), sendo sempre necessária uma fundamentação intersubjetivamente controlável, não basta somente identificar os valores em jogo, mas construir e lançar mão de critérios que permitam aplicá-los racionalmente, cabendo, portanto, ao intérprete/aplicador dos direitos fundamentais conferir importância distinta aos valores por eles densificados, sempre atento às circunstâncias do caso concreto, mas também igualmente receptivo às hierarquizações axiológicas levadas a cabo pelo legislador democraticamente legitimado”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª edição, revista e atualizada. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2012. p. 403.

⁵⁰⁶ ALEXY, Robert. “Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas 3 máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.” *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo, 2008. p. 116.

⁵⁰⁷ “Constitucional. Atividade notarial. Natureza. Lei 9.534/97. Registros Públicos. Atos relacionados ao exercício da cidadania. Gratuidade. Princípio da proporcionalidade. Violação não observada. Precedentes. Improcedência da ação. I - A atividade desenvolvida pelos titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se a um regime de direito público. II - Não ofende o princípio da proporcionalidade lei que isenta os "reconhecidamente pobres" do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva. III - Precedentes. IV - Ação julgada improcedente.” ADI 1.800. Ementa.

parte em que se afastou a tipificação penal por julgá-la irrazoável⁵⁰⁸, ou seja, pela vertente da proibição do excesso) e o RE 418.376 (tratando da extinção da punibilidade de crime praticado contra absolutamente incapaz, tendo o autor do estupro passado a conviver com a vítima posteriormente⁵⁰⁹), tem-se que tais casos apenas corroboram a tese de que o STF opera em suas decisões também com observância do princípio da proporcionalidade.

Nenhum daqueles casos está inserido no campo do controle das omissões normativas inconstitucionais, razão pela qual não se prestam a corroborar ou mesmo exemplificar a tese de que o STF tenha declarado ou possa vir a declarar a inconstitucionalidade por omissão com base no postulado da proporcionalidade, muito menos que, em assim procedendo, culmine por suprir omissão normativa em matéria penal e no bojo de MI⁵¹⁰. Afirma-se, mais uma vez, que no MI 4.733 não se está diante do fenômeno da omissão normativa inconstitucional, à absoluta ausência do dever de legislar.

⁵⁰⁸ “[...] A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente [...]” ADI 3.112. Ementa.

⁵⁰⁹ “Penal. Recurso Extraordinário. Estupro. Posterior convivência entre autor e vítima. Extinção da punibilidade com base no art. 107, VII, do Código Penal. Inocorrência, no caso concreto. Absoluta incapacidade de autodeterminação da vítima. Recurso Desprovido. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei nº 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido.” RE 418376. Ementa.

⁵¹⁰ Merece registro o entendimento de que a técnica decisória da sentença aditiva, embora também dirigida às hipóteses de omissão normativa, não deve ser aplicada a preceitos constitucionais indeterminados, que comportem grau de discricionariedade – ainda que mínimo - por parte do legislador. Assim, se não se está diante de um comando vinculativo quanto à solução que o legislador deva adotar, passível de escolha, v.g. o tempo, o modo e o alcance da medida a ser implementada, o suprimento da omissão sob a técnica das sentenças aditivas não se mostra adequado. Nesse sentido é a lição de Léo Brust: “Com efeito, ao utilizar a sentença aditiva o Tribunal necessita ter especial cuidado para não se converter em legislador positivo de facto, adicionando de forma discricionária normas ao preceito. Por isso, seu uso - em princípio - apenas se justifica se a norma deriva de uma imposição constitucional sem margem de eleição (*a rime obbligate*). Se a estrutura da norma constitucional é aberta, isto é, se admite alternativas de desenvolvimento legal, a eleição corresponde ao Poder Legislativo”. BRUST, Léo. *Controle de Constitucionalidade. A tipologia das Decisões do STF*. Juruá Editora, Curitiba, 2014. p. 174-175.

Assim, embora a jurisprudência do STF indique ausente razoabilidade na hipótese de reconhecimento de preceitos constitucionais originários pendentes de regulamentação na quadra atual, haja vista o decurso de quase trinta anos da promulgação da CF/88, bem como acertada a tese de que a existência de projetos de lei em trâmite não afasta a mora legislativa, no caso concreto, não havendo preceito constitucional impositivo do dever de legislar, tem-se por consectário lógico a impossibilidade de se reconhecer a inércia legislativa.

Acresça-se que, nos moldes do modelo hermenêutico encampado, associada a ideia de lacuna axiológica à omissão normativa inconstitucional, porquanto aquela espécie somente se habilita nas hipóteses em que os meios comuns de integração e interpretação do direito não se aplicam, afasta-se da possibilidade do MI eventual adoção por analogia da Lei 7.716/89, que define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Entender possível resolver o vácuo jurídico com base na analogia, segundo o modelo aqui adotado, é reconhecer que se está diante de uma lacuna normativa, não axiológica, e, assim, defende-se que a via do *writ* não está igualmente autorizada. Acresça-se que na seara do direito material penal, ao lado do princípio da estrita legalidade, tem-se como corolário a proibição da analogia *in malam partem*, o que se colocaria como impeditivo à solução normativa pretendida não somente nas vias ordinárias, mas também no âmbito da jurisdição constitucional⁵¹¹.

Ainda no aspecto, faz-se o breve registro de que não se entende viável realizar “analogia” entre as condutas descritas no MI e o crime de racismo, em especial sob a alegação de que o HC 82.424 assim permitiria, porquanto, além do desrespeito aos parâmetros previstos no ordenamento jurídico, impeditivos de procedimentos do Estado atentatórios aos direitos fundamentais de primeira ordem, v.g. à liberdade e a não ser punido salvo por crime previamente definido em lei,

⁵¹¹ Marina Corrêa Ximenes, em estudo acerca das sentenças aditivas no Tribunal Constitucional da Itália, verifica vedada a sua adoção em matéria penal, afirmando que “a própria prática jurisdicional consolidou uma série de limites à utilização das sentenças aditivas. [...] Ademais, é defeso à Corte proferir sentenças aditivas em matéria penal, limite esse justificado, pela jurisprudência, com base no artigo 25 da Constituição italiana e no princípio da legalidade penal, os quais proíbem ao Tribunal criar, reproduzir ou ampliar tipos penais, assim como agravar as penas previstas em lei”. XAVIER, Marina Corrêa. *As Sentenças Aditivas no Tribunal Constitucional Italiano*. In: Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais. Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes. Christine Oliveira Peter da Silva e Gustavo Ferraz Sales Carneiro (coords.). Editora Lumen Juris, p. 303-317, Rio de Janeiro, 2010. p. 312-313.

estar-se-á formando precedente da maior gravidade, a permitir sejam outros tipos penais igualmente extraídos do racismo, crime para o qual a CF/88 identificou propriedades tão relevantes que a ele associou a imprescritibilidade “em matéria penal” e a impossibilidade de fiança⁵¹².

Centrado o estudo na omissão normativa inconstitucional, não se incursiona no exame do pedido relativo à responsabilização civil do Estado, porquanto se entende que o pedido de indenização das vítimas de homofobia ou transfobia não se insere no conceito de omissão normativa e refoge da seara do direito penal (parâmetro adotado para a escolha do MI 4.733), lembrando que a responsabilização civil do Estado tem assento direto no texto constitucional (art. 37, § 6º, da CF).

Em síntese, defende-se não ser cabível a impetração no ponto. Acresça-se, por oportuno, que o julgamento dos MIs dos aeronautas, em que o STF assegurou aos impetrantes indenização por perdas e danos contra a União (em via própria), contempla situação particularmente diversa, porquanto naquela hipótese a omissão normativa declarada inconstitucional obstaculizava justamente a reparação pecuniária prevista em preceito do ADCT desprovido de autoaplicabilidade.

Por fim, à luz da constatação de que o *writ* em apreço já mereceu uma decisão pelo seu não cabimento, na esteira manifestação do Procurador-Geral da República (Parecer A), defende-se que ao exame do agravo regimental, caso o STF entenda por reformar sua decisão, abandonando o exclusivo precedente no tema, deverá empreender esforço argumentativo suficiente a justificar tal mudança de orientação⁵¹³, na linha do que preconizado por Jefferson Carús Guedes e Thiago Aguiar de Pádua:

E isto porque os casos decididos anteriormente são extremamente importantes. Não se muda o que já foi decidido da noite para o dia, por mais desconfortáveis e constrangedoras que sejam as manifestações anteriores. É possível mudar o entendimento, mas a segurança jurídica deve ser prestigiada no caso de um sistema de precedentes, pois nestes a mudança de orientação tem o agravante de ser “ex post facto”, ou seja, representa

⁵¹² CF/88. “Art. 5º. [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”

⁵¹³ Entende-se, em casos de imperiosa alteração da jurisprudência, sempre mais adequado sinalizar para o futuro, razão pela qual melhor seria lançar mão da técnica do *prospective overruling*.

uma norma que se pretende seja aplicada aos casos após a sua ocorrência.⁵¹⁴

4.3.2 Ao julgamento da ADO 31

A presente ADO contempla, com maior nitidez, os elementos configuradores da omissão normativa inconstitucional, nos moldes aqui propostos.

Tem razão o requerente, com base na jurisprudência do STF, quando afirma que a mora legislativa não se afasta sob a alegação da existência de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional.

Por seu turno, entende-se presente, na espécie, comando constitucional impositivo do dever de legislar sobre o IGF, porquanto o *caput* do art. 153 da CF/88 afirma competir à União instituir o imposto, enquanto o art. 154, que também versa sobre impostos da União, contempla uma faculdade, ao trazer em sua redação o verbo poder, a viabilizar interpretação no sentido da existência do dever de legislar. Não se olvida, porém, que tal entendimento possa encontrar resistência, em particular pelo prisma de que o art. 153 seria apenas uma regra de competência. Nesse sentido, *v.g.* a lição de Eric Baracho Dore Fernandes:

Temos, aqui, o caso clássico do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), tributo que, apesar de previsto no art. 153, VII, da Constituição, ainda não foi instituído pela União por meio da lei complementar prevista no dispositivo em questão. Seria possível falar em inconstitucionalidade por omissão no caso da não instituição de um tributo previsto pela Constituição Federal? A posição que predomina é no sentido de que o exercício da competência tributária é de natureza discricionária. A Constituição não instituiria tributos, apenas outorgaria competência aos entes para fazê-lo, que poderiam ou não fazer uso de tal competência.⁵¹⁵

Contudo, partindo-se da premissa de que não se trata o preceito constitucional de mera regra definidora de competência, a conclusão pela inércia legislativa na hipótese se impõe, observado tratar-se de preceito constitucional originário o comando desprovido de autoaplicabilidade. Mesmo que se considere a carga subjetiva que comporta o juízo de reconhecimento da inércia, inviável

⁵¹⁴ GUEDES, Jefferson Carús; Pádua, Thiago Aguiar. *Pedalada Jurisprudencial ou Prospective Overruling?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/pedaladas-jurisprudenciais-tcu-ou-prospective-overruling>>. Acesso em: 13 jan. 2015. p. 4.

⁵¹⁵ FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O controle Jurisdicional das Omissões Inconstitucionais no Direito Financeiro e Tributário*. In: Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas. Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.), Ano VII, nº 38, 2008. p. 53.

defender que o lapso temporal, a atingir quase três décadas do advento da CF/88, seja justificável.

Por seu turno, também se verifica a ausência de autoaplicabilidade do comando constitucional em análise, cumprindo registrar que, diferentemente dos demais impostos constantes do rol do art. 153 da CF, tão somente o IGF demanda sua instituição nos termos de lei complementar. Logo, tem-se que preceito constitucional comporta eficácia limitada, não sendo autoexecutável. Afirma Eric Baracho Dore Fernandes que:

[...] o Título VI da Constituição é, de todo o texto, possivelmente aquele que contém o maior número de normas de eficácia limitada que remetem, expressamente, à disciplina por lei ordinária ou complementar. No caso das normas de direito tributário, o princípio da legalidade, apesar de difícil definição, promove o valor ou ideal da segurança jurídica, balizando a relação vertical entre Estados e cidadãos no exercício do poder de tributar.⁵¹⁶

Até aqui abordados os elementos configuradores da omissão normativa inconstitucional relativos ao dever de legislar, à inércia do legislador e à eficácia limitada do preceito constitucional que versa sobre o IGF, resta, ainda, verificar se a omissão pode ser compreendida como uma lacuna axiológica.

Nesse exercício, rememora-se que a escolha da ADO 31 se fez exatamente por versar sobre omissão normativa em matéria tributária, área do direito reconhecidamente – pela doutrina e jurisprudência - submetida ao princípio da legalidade estrita.

Assim, porque se trata da instituição de tributo – com especial exigência de instituição por lei complementar -, devem ser afastados da hipótese os métodos tradicionais de interpretação e integração de normas jurídicas, somente passível de complemento a eficácia do preceito constitucional em exame, de ordinário, pela via legislativa. Não lição de Chaïm Perelman, tal compreensão tem por assento proteger os cidadãos contra as arbitrariedades do Estado no exercício da jurisdição. Nesse sentido, ensina Perelman que:

A solução que prevaleceu no direito penal e também no direito fiscal consiste em admitir que, na ausência de uma regra expressa, se aceitará, nestes dois ramos do direito, um princípio geral de liberdade: *nullum crimen*,

⁵¹⁶ FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O controle Jurisdicional das Omissões Inconstitucionais no Direito Financeiro e Tributário*. In: Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas. Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.), Ano VII, nº 38, 2008. p. 50.

nulla poena sine lege: é necessária uma regra prévia para motivar tanto uma pena quanto uma imposição fiscal [...].⁵¹⁷

À luz dessa moldura, descartadas as espécies de lacunas afeitas ao plano da aplicação do direito (lacunas de conhecimento e de reconhecimento), entende-se que a omissão apontada na ADO 31 não se traduz em lacuna normativa, nos moldes da formulação hermenêutica adotada, pela simples razão de que a ausência de regulamentação do IGF não é passível de superação pela via da integração normativa.

Em síntese, se o nosso ordenamento jurídico não admite a criação de tributo com base em analogia, princípios gerais do direito e costumes, fazendo com que todas as possibilidades interpretativas não consigam superar o impasse da lacuna detectada, a hipótese em apreço necessariamente aponta para uma lacuna axiológica⁵¹⁸ e, assim, tem-se que todos os elementos configuradores da omissão normativa inconstitucional estão presentes no caso da ADO 31⁵¹⁹.

Logo, resolve-se a omissão normativa apontada pela via do controle constitucional de omissões normativas, o que, consoante já alertado, não se confunde com o suprimento judicial da lacuna. Com efeito, não prospera a tese veiculada na ADO 31 de que permitido ao STF atuar como legislador positivo, suprimindo pela via judicial a omissão normativa inconstitucional relativa ao IGF.

Tal assertiva não se harmoniza às conclusões extraídas da análise da dinâmica jurisprudencial da ADO, limitando-se o STF, sob a égide da CF/88, tão somente a reconhecer a omissão normativa inconstitucional e declarar a mora legislativa. No aspecto, cumpre lembrar que o STF, embora por ocasião do julgamento do MI 232 tenha fixado prazo ao legislador e assegurado no próprio *writ* o direito à imunidade tributária pleiteada, na via controle abstrato de constitucionalidade por omissão a jurisprudência do STF informa que a postura do Tribunal é bastante diversa, a exemplo da ADI 2.471, na qual se encampou a tese de que mesmo se fosse possível reconhecer formalmente a omissão normativa acerca da correção da base de cálculo do Imposto de Renda, em respeito aos seus

⁵¹⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica* (tradução de Verginia K Pupi). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 63-34.

⁵¹⁸ Nesse sentido, verifica-se haver a previsão normativa constitucional do tributo – o sistema não deixou de prever a hipótese – a norma jurídica para o caso IGF – mas o fez de modo insuficiente.

⁵¹⁹ Não houve, no caso, decisão enfrentando a questão da pertinência temática. Destaca-se, ainda, que a análise da dinâmica jurisprudencial do STF empreendida não abordou tal aspecto.

próprios precedentes e ao art. 103, § 2º, da CF/88, não poderia o STF, em controle abstrato de constitucionalidade, substituir-se ao legislador, bem como impor ou exigir do legislador a edição da norma jurídica faltante, devendo se limitar, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade, a declarar a mora legislativa e dando ciência ao Congresso Nacional.

Rememora-se, ainda, o impasse ocorrido por ocasião do julgamento da ADI 3.682, em que o STF entendeu por fixar prazo à atuação do legislador, e, após dar-lhe ciência da mora, questionado pelo Presidente da Câmara dos Deputados sobre a natureza obrigacional daquele lapso temporal, culminou por esclarecer não se tratar de uma imposição, mas tão somente de um parâmetro razoável de tempo. Na linha do entendimento de que a atual postura do STF não condiz com a fixação de prazo ao legislador, também os debates acerca das consequências jurídicas da eventual não observância do prazo pelo Congresso Nacional ao exame da ADI 1.987, oportunidade em que, mesmo reconhecida a natureza mandamental ou obrigacional para o legislador das decisões em ADO, o Tribunal deixou de fixar lapso temporal.

Assim, embora não seja possível descartar a possibilidade do STF fixar prazo ao legislador em sede de ADO, entende-se necessário observar a atual jurisprudência firmada para o MI no sentido de que, ante o reconhecimento da inexistência de meios judiciais à cobrança do lapso temporal, somente deve ser fixado prazo nos casos que permitam ao Tribunal, extrapolado o lapso temporal, assegurar o exercício do direito, o que não se reputa plausível⁵²⁰ na ADO 31.

Com efeito, sem desconsiderar as recentes sinalizações do STF para uma possível incorporação à ADO do alcance maior dos efeitos das decisões proferidas em MI, constata-se que o Tribunal ainda não ultrapassou as balizas do art. 103, § 2º, da CF/88, particularmente quanto se observa o posicionamento adotado na ADI 4.947, em que declarada a inconstitucionalidade por omissão e reconhecida a mora no âmbito do controle abstrato, persistindo a omissão do legislador, o caminho

⁵²⁰ Para Eric Baracho Dore Fernandes “o que se pode concluir, desde já, é que, no que diz respeito à instituição de tributos, a utilização de instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão não parece viável, seja diante da natureza discricionária da competência tributária, que impede o estabelecimento de um prazo preciso para a atuação do legislador, seja diante da impossibilidade de instituir um tributo por qualquer meio que não a lei em sentido formal (art. 150, I, da Constituição Federal)”. FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O controle Jurisdicional das Omissões Inconstitucionais no Direito Financeiro e Tributário*. In: Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas. Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords). Ano VII, nº 38, 2008. p. 55.

indicado pela CF/88 ao suprimento da omissão normativa seria o do MI, em razão do seu papel de normativo concretizante.

Com essas considerações, entende-se passível de êxito a ADO 31, cumprindo ao STF, em sede de controle abstrato de omissões normativas, à luz da sua jurisprudência e em respeito ao art. 103, § 2º, da CF/88, tão somente reconhecer a inconstitucionalidade por omissão do legislador em editar a lei complementar regulamentador do IGF, dando-lhe ciência da mora legislativa⁵²¹.

⁵²¹ Cabe registrar que, mesmo para Dirley da Cunha Júnior, autor cujo pensamento aponta uma atuação do STF como legislador positivo, sugerindo reconfiguração do princípio da separação dos Poderes (v.g.: "A separação de Poderes não é nenhum óbice à atuação judicial concretizadora dos direitos fundamentais, sobretudo em face do advento do Estado Social, que introduziu significativas e profundas alterações nas funções clássicas dos três Poderes, confiando ao Poder Judiciário a tarefa de "arquiteto social" desse novo Estado, responsabilizando-o, igualmente, pela efetivação dos postulados da justiça social. Por isso, o velho dogma da separação está fadado, mais cedo ou mais tarde, a perder o seu lugar de destaque na teoria constitucional, de tal modo que, no constitucionalismo contemporâneo, não mais se fala em separação, mas sim em equilíbrio entre os Poderes." p. 63.), o reconhecimento da omissão normativa inconstitucional, bem como do próprio direito à edição da lei faltante, não se traduz em autorização ao seu imediato suprimento judicial. Afirma o Dirley da Cunha Júnior que, "[...] satisfeitos esses pressupostos, tem-se como certo o direito subjetivo à emanção de normas legislativas no âmbito desse direito à proteção, a ensejar, caso descumprido, a providência judicial supridora da omissão, observadas, evidentemente, certas limitações decorrentes do sistema constitucional (ex.: legalidade estrita no direito penal e no direito tributário), que obstaculizam essa atuação judicial". CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *O Discurso Jurídico da Efetividade Constitucional e o Controle Judicial das Omissões do Estado. A Virada Hermenêutico-constitucional e o Desbloqueio da Constituição*. In: Direito Tributário. Estudos avançados em homenagem a Evaldo Brito. Arivaldo Santos de Souza, Guilherme Santos, Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.), Editora Atlas S.A., p. 42-75, São Paulo, 2014. p. 71.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisada a dinâmica jurisprudencial do STF no julgamento das ações de controle das omissões normativas inconstitucionais, foi possível identificar as modificações de entendimento do Tribunal, ao longo desses quase trinta anos de vigência da CF/88, com especial interesse no que tange às possibilidades do MI e da ADO e aos limites de atuação do próprio STF.

Constatou-se que, embora o Tribunal tenha decidido pela autoaplicabilidade do MI, independentemente de regramento próprio, a conformação originalmente emprestada ao instituto se fez pelo prisma da limitação do seu alcance ao que era passível de ser concedido em ADO, em prejuízo, portanto, do reconhecimento das possibilidades próprias ao *writ* e, por decorrência lógica, da efetivação de direitos e prerrogativas constitucionais cujo exercício se pretendeu assegurar na via do MI.

Assim, com algumas exceções, confirmou-se a leitura de que o *writ* deixou de comportar o alcance que lhe era próprio nos primeiros vinte anos de vigência da CF/88. Verificou-se, contudo, que, na quadra recente, o MI teve suas possibilidades decisórias sensivelmente ampliadas, tendo os MIs 721, 670 e 943 desempenhado papel fundamental nessa realocação do instituto. Nesse sentido, cumpre registrar, recentes decisões do STF sinalizaram o MI como instrumento hábil a suprir omissões normativas para as quais a ADO não se mostra capacitada.

Nessa verdadeira simbiose de possibilidades, o STF aponta para uma aproximação cada vez maior entre o MI e as ações típicas do controle concentrado, já admitida a fungibilidade em determinadas hipóteses, o que conduz à conclusão de que a jurisprudência do Tribunal caminha no sentido de reconfigurar o papel da ADO, agora à luz do MI.

Resta, contudo, acompanhar a evolução da ADPF na jurisprudência do STF, ação que, na hipótese de ser compreendida com maior largueza, poderá esvaziar o processo de reconfiguração das possibilidades da ADO, lançando-a ao ostracismo antes experimentado pelo MI.

Noutro giro, extraiu-se da análise da dinâmica jurisprudencial que o STF entende configurada a omissão normativa quando determinado preceito constitucional de eficácia limitada não é regulamentado em prazo razoável, não se

justificando a mora ao argumento de que a matéria está em debate no âmbito do Poder Legislativo.

O dever de legislar deve ser inequívoco, sem que essa assertiva afaste a possibilidade do seu reconhecimento com base em interpretação do texto constitucional, podendo as omissões normativas ser classificadas em totais ou absolutas, quando o legislador não toma qualquer providência, bem como parciais ou relativas, nos casos em que o legislador atua, porém de modo insuficiente ao pleno atendimento de preceito constitucional.

Assim emoldurado o fenômeno da omissão normativa inconstitucional na jurisprudência do STF, mostrou-se necessário incursionar em mais alguns aspectos que, embora presentes, não foram abordados com maiores detalhes nas decisões analisadas, a saber o que significa e qual o critério utilizado para se distinguir as eficácias (limitada, contida e plena) dos preceitos constitucionais, bem como o que se entende por lacuna jurídica e qual a espécie de lacuna que impõe a jurisdição constitucional.

E a necessidade de melhor conformar o fenômeno da omissão normativa se deu ante a compreensão prévia de que a jurisdição constitucional, pelo prisma do controle das omissões normativas, não deve ser instaurada e utilizada como “atalho” à modificação – porque extraordinária a via judicial – do direito posto, ao arrepio das soluções ordinárias de aplicação do direito.

Para tanto, com o escopo de melhor compreender e delimitar a omissão normativa inconstitucional, à luz da proposta hermenêutica de Fábio Lima Quintas, agregou-se ao conceito de omissão normativa a necessidade de associar o fenômeno à espécie de lacuna denominada “axiológica”, e, por conseguinte, concluiu-se indevida a sujeição de outras espécies de lacunas à jurisdição constitucional.

Após identificar os elementos necessários à configuração da omissão normativa inconstitucional, passou-se à apresentação de possíveis parâmetros decisórios ao MI 4.733 e à ADO 31.

Quanto ao MI 4.733, de plano constatou-se o não cabimento do *writ* ante a ausência de impedimento ao exercício dos direitos e prerrogativas invocados, pela

falta de tipo penal criminalizando as condutas homofóbicas e transfóbicas, sindicabilidade indispensável no âmbito MI, porquanto ação destinada à proteção de direito subjetivo.

Já no que tange à ADO a conclusão foi no sentido de que se está, sim, diante de uma omissão normativa inconstitucional, a merecer juízo de procedência a ação. Contudo, em respeito ao atual estágio da sua jurisprudência e ao disposto no art. 103, § 2º, da CF/88, defende-se que o STF deve apenas dar ciência da mora legislativa ao Congresso Nacional.

Conclui-se, portanto, que à luz da dinâmica jurisprudencial do STF não deve o Tribunal atuar positivamente, de modo a inovar no ordenamento jurídico, emprestando normatividade ampla às decisões proferidas no MI 4.733 e na ADO 31 – decisões judiciais que terão o inegável condão de restringir os direitos fundamentais à liberdade e à propriedade, instituindo, em atropelo ao princípio da legalidade estrita, tipo penal e hipótese de incidência tributária.

O “protagonismo legislativo” do STF nas searas dos Direitos Penal e Tributário não é autorizado pela jurisprudência atual, não se traduzindo, portanto, em mero agir no sentido do suprimento das omissões normativas eventualmente detectadas, mas, sim, em grave superação das balizas constitucionais que limitam a sua atuação em controle de omissões normativas, as quais uma vez abandonadas passam a configurar atuação à margem do Estado de Direito, somente presente, no magistério doutrinário de Canotilho, quando o Estado:

[...] (1) está sujeito ao direito; (2) actua através do direito; (3) positiva normas jurídicas informadas pela ideia de direito. O Estado deve subordinar-se ao direito. [...] A feitura de leis exige um título de habilitação ou uma definição de competência geralmente plasmada em normas constitucionais. A restrição de direitos, liberdades e garantias não pode ser feita por um qualquer órgão de soberania através de uma qualquer forma. Só a lei editada pelos órgãos constitucionalmente competentes pode estabelecer uma disciplina restritiva.⁵²²

⁵²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*. Col. Fundação Mário Soares, Cadernos Democráticos. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 18.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo, 2008.
- ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. O direito fundamental do feto anencefálico (uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54). In: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 19, n. 10, p. 59-80, out. 2007.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre as liminares na Ação Direta de Inconstitucionalidade, na Ação Declaratória de Constitucionalidade e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: Temas contemporâneos do Direito. Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal. p. 117-127. Guerra Editora, Brasília, 2011.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Regulamentação do Mandado de Injunção*. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima; MENDES; Gilmar Ferreira (org.). O Mandado de Injunção e sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. In: Revista dos Tribunais, ano 97, v. 868, fev. p. 53-68, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª edição (reimpressão da edição de 2004). Edições Almedina. Coimbra, 2006.
- ASSIS, Arnaldo Camanho de. Liminares no Mandado de Injunção. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima; MENDES; Gilmar Ferreira (orgs.). O Mandado de Injunção e sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BACELAR, Ruy. O Mandado de Injunção. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 22 de jul. 2015.

_____. O Controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Saraiva, São Paulo, 2004.

BAZÁN, Víctor. Aproximação à problemática acerca da inconstitucionalidade ou inconveniência omissivas. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Editora Fórum, ano 4, nº 15, p. 131-159, jul./set., Belo Horizonte, 2010.

_____. En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconveniências omissivas. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 16.º año, p. 151-177, Montevideo, 2010.

_____. La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, p. 475-506, Tomo I, 2006.

BERNARDES, Juliano Taveira. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADInO). Fredie Didier Júnior (org.). Ações Constitucionais. 5ª ed., ampl. e atual. p. 525-564. Editora Juspodivm, 2011.

_____. Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro. In: Constituição Federal - 15 Anos - Mutação e Evolução — comentários e perspectivas. André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza (coords.), p. 225-282, Editora Método, São Paulo, 2003.

BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. 1ª ed. EDIPRO, São Paulo, 2001.

_____. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6ª edição. Editora UnB, Brasília, 1995.

BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. 1ª reimpressão. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010.

BRUST, Léo. Controle de Constitucionalidade. A tipologia das Decisões do STF. Juruá Editora, Curitiba, 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. Políticas Públicas - Reflexões para um conceito jurídico. Editora Saraiva, São Paulo, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. Editora Noeses. São Paulo, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional. In: Direito Público, Ano VIII - n ° 42, Nov./Dez., Síntese Editora, p. 47-83, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª edição. Coimbra Editora, 2001.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição, 2ª reimpressão. Edições Almedina. 2003.

_____. Estado de Direito. Col. Fundação Mário Soares, Cadernos Democráticos. Lisboa: Gradiva, 1999.

_____. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos — O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas. In: As Garantias do Cidadão na Justiça. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Editora Saraiva, São Paulo, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. Controle de Constitucionalidade das Leis na Constituição de 1988. In: Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará. Ano 2, Número 2, p. 57-61, 1989.

_____. Indeterminação do Direito, Discricionariedade Hermenêutica e Controle de Constitucionalidade nos Regimes Democráticos. In: Constitucionalismo e Democracia. Editora Juspodivm, p. 413-459, 2013.

_____. Interpretação Constitucional. 4ª ed. Editora Saraiva. 2011.

_____. Jurisdição constitucional e criação judicial do direito: Estado Constitucional de Direito ou Estado Judicial de Direito? In: Fórum Administrativo -

FA, Biblioteca Digital Fórum de Direito Público, Belo Horizonte, ano 1, n. 10, dez. 2001.

_____. O legado de Miguel Reale – Parte I. Notáveis do Direito – Sua obra e seu pensamento jurídico. In: Revista Jurídica Consulex, Ano XI, nº 252, p. 26-27, 2007.

_____. O legado de Miguel Reale – Parte II. Notáveis do Direito – Sua obra e seu pensamento jurídico. In: Revista Jurídica Consulex, Ano XI, nº 253, p. 49-50, 2007.

_____. O legado de Miguel Reale – Parte III. Notáveis do Direito – Sua obra e seu pensamento jurídico. In: Revista Jurídica Consulex, Ano XI, nº 254, p. 39-42, 2007.

_____. Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandato de injunção. In: Revista de Informação Legislativa, a. 26 n. 184, p. 43-58, out./dez., 1989.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O Discurso Jurídico da Efetividade Constitucional e o Controle Judicial das Omissões do Estado. A Virada Hermenêutico-constitucional e o Desbloqueio da Constituição. In: Direito Tributário. Estudos avançados em homenagem a Evaldo Brito. Arivaldo Santos de Souza, Guilherme Santos, Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.). Editora Atlas S.A., p. 42-75, São Paulo, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus Efeitos. Editora Saraiva, 2009.

ELY, John Hart. Democracia e Desconfiança. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. 1ª ed. Martins Fontes. São Paulo, 2010.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos. Curitiba: Juruá, 2001.

FARIA JÚNIOR, Jaime Mariz de; MACEDO, Sabrina Cavalcante de. Mandado de Injunção: instrumento pós-positivista de concretização constitucional. In: O Novo

Constitucionalismo na Era Pós-Positivista. Homenagem a Paulo Bonavides. Lenice S. Moreira de Moura (org.). p. 427-435. Editora Saraiva, São Paulo, 2009.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. O controle Jurisdicional das Omissões Inconstitucionais no Direito Financeiro e Tributário. In: Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas. Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.). Ano VII, nº 38, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 4ª ed. rev., Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Garantismo. Uma discussão sobre direito e democracia. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2012.

FERRAND, Martín J. Risso. Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Edición 2001. Konrad Adenauer Stiftung. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, p. 11-36. Montevideo, 2009.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. Editora Max Limonad, São Paulo, 1986.

FERREIRA, Pinto. A jurisdição constitucional. In: O Judiciário e a Constituição. Coord. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Editora Saraiva, São Paulo, p. 197-218. 1994.

FIGUEIREDO, Marcelo. Una visión del control de constitucionalidad en Brasil. In: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 11, Madrid, p. 131-193, 2007.

FILHO, Agassiz Almeida. Controle de inconstitucionalidade por omissão em Portugal. Revista de Informação Legislativa. Ano 38, nº 152, p. 115-133. out./dez. Brasília, 2001.

FILHO, Derly Barreto e Silva. As omissões inconstitucionais e suas implicações no regime federativo brasileiro. In: Revista dos Tribunais, ano 84, março, vol. 713, p. 7-23, 1995.

FOLADOR, Patrícia Micheli. Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a ação de inconstitucionalidade por omissão. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, nº 71, p. 228-260, abr.-jun./2010.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha Frota. Responsabilidade por Danos. Imputação e Nexos de Causalidade. Juruá Editora. Curitiba. 2014.

GUASQUE, Luiz Fabião. O Controle de Inconstitucionalidade das Leis. 2ª ed., atual. e ampl. Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2012.

GUEDES, Jefferson Carús; Pádua, Thiago Aguiar. Pedalada Jurisprudencial ou Prospective Overruling? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/pedaladas-jurisprudenciais-tcu-ou-prospective-overruling>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

GUIMARÃES, Jader Ferreira. A (in)eficácia das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais. Uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

HERNÁNDEZ, Pablo Andrés Bonilla. La inconstitucionalidad por omisión: un proceso que clama por su institucionalización. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009. Konrad Adenauer Stiftung. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. p 45-64, Ano XV, Montevideo, 2009.

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

HOUAISS. Eletrônico. Versão monousuário 2009.3.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de Injunção como poder atribuição. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima; MENDES; Gilmar Ferreira (org.). O Mandado de Injunção e sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2012.

KROL, Heloisa da Silva. Jurisdição Constitucional e Realização do Estado Social - Omissão Inconstitucional e Controle Judicial: instrumentos para concretização dos direitos sociais mínimos. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, p. 238-252, nº 7, 2005.

MACEDO, Elaine Harzheim; MARTINS, Michelle Fernanda. A eficácia do mandado de injunção: doutrina e perspectivas jurisprudenciais. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76868>>. Acesso em 22 mar. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Do Controle da Insuficiência de Tutela Normativa aos Direitos Fundamentais Processuais. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_26643022_do_controle_da_insuficiencia_de_tutela_normativa_aos_direitos_fundamentais_P%E2%80%A6>. Acesso em 12 fev. 2016.

_____. O STJ enquanto Corte de precedentes. Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. ADPF e ADI por Omissão. Portal Jurídico Investidura. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/1288-adpf-e-adi-por-omissao>>. Acesso em 02 fev. 2016.

_____. Reflexões sobre o controle concentrado de constitucionalidade. In: Revista do Advogado, Ano XXVIII, nº 99, setembro, 2008.

MAZZEI, Rodrigo; ZANETI JÚNIOR, Hermes. O mandado de injunção como instrumento de solução das lacunas legais (Fracas-Fortes) no Direito brasileiro. Revista de Processo | vol. 234/2014 | p. 235 | Ago / 2014 DTR\2014\8861.

MEDEIROS, Rodrigo Peixoto. O Controle das Omissões Parciais do Poder Público e a Evolução da Jurisprudência do STF no tocante às Sentenças Aditivas. In: O Supremo Tribunal Federal e os Casos Difíceis. Cynara Monteiro Mariano e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (orgs.). Grupo Conceito, Editora Modelo, p. 103-117, Florianópolis, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 19ª ed., atual. por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar F. In: Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 35ª edição, atualizada e ampliada com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. Malheiros Editores. São Paulo, 2010.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. rev. e atual. Editora Saraiva. São Paulo, 2013.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar F. A Evolução do Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1988. In: Estudos contemporâneos de direito público: em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha. Carlos Eduardo Contar, Daniel Castro Gomes da Costa e André Puccinelli Júnior (Orgs.). Editora Pillares, p. 23-38, São Paulo, 2010.

_____. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Comentários à Lei nº 9.882/99. 2ª edição, Saraiva, 2011.

_____. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto. In: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.). Editora Atlas, São Paulo, p. 128-149, 2009.

_____. Comentário ao artigo 103. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.

_____. Mandado de Injunção. In: Direito Público, Ano V, p. 126-148, nº 19, Jan./Fev., 2008.

_____. O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa. In: Mandado de Injunção. Estudos sobre sua regulamentação. Organizadores Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 13 nº 100 Jul/Set 2011, p. 165 a 192.

_____. Objeto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental I. In: Repertório de Jurisprudência – IOB, Caderno 1, nº 11, p. 108-112, Tributário, Constitucional e Administrativo, 1ª quinzena/Jun., 2001.

_____. Objeto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental II. In: Repertório de Jurisprudência – IOB, Caderno 1, nº 12, p. 334-338, Tributário, Constitucional e Administrativo, 2ª quinzena/Jun., 2001.

_____. Os Efeitos das Decisões de Inconstitucionalidade: técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade. Revista Brasileira de Direito Constitucional. Tema Central: Princípios constitucionais de Direito Privado, n. 5, p. 443-464, jan./jun. São Paulo, 2005.

MENEZES, Bruno Paiva. ATIVISMO JUDICIAL: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/13716>>. Acesso em 16 jan. 2015.

MIRANDA, Jorge. Controle da Constitucionalidade e Direitos Fundamentais. Revista da EMERJ, v. 6, nº 21, 2003.

_____. O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais. Estudos de Direito Constitucional. Homenagem ao professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. MACIEL, Adhemar Ferreira; DOLGA, Lakowsky; BERALDO, Leonardo de Faria; COSTA, Monica Aragão Martiniano Ferreira e (Coords.). Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009.

_____. Manual de Direito Constitucional. 2ª edição, tomo 11. Coimbra Editora, 1988.

MONTEIRO, Arthur Maximus. Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas. Juruá Editora, Curitiba, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça constitucional: o contencioso constitucional português: entre o modelo misto e tentação do sistema de reenvio. Coimbra Editora, 2005.

_____. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução

para o paradigma neoconstitucionalista? In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 20, p. 153-227, vol. 78, jan.-mar. IBDC, RT, 2012.

MORAIS, Dalton Santos. A limitação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão como mecanismo de resolução da omissão inconstitucional e a discussão sobre a responsabilidade civil do ente omissor. In: Revista de Processo | vol. 171/2009 | p. 193 - 212 | Mai / 2009 DTR\2009\326.

_____. Controle De Constitucionalidade. Exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Editora Juspodivm, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 14ª ed. rev. atual. e amp. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014.

OLIVEIRA, Francisco Antonio. Mandado de Injunção (Da inconstitucionalidade por omissão) - Enfoques trabalhistas – Jurisprudência. 3ª ed., LTr Editora LTDA., 2014.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental contornos e perspectivas. In: O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (coords.), 2ª edição, p. 419-450, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2013.

PACHECO, Eliana Descovi. A não-confirmação das prognoses legislativas e o controle de constitucionalidade. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2969>. Acesso em 13 ago. 2015.

PÁDUA, Thiago Aguiar. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650 e a “Democracia Guardiana” de Robert Dahl. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2589962>. Acesso em 15 dez. 2015.

PAGANELLA, Marco Aurélio. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no contexto do controle de constitucionalidade. LTr Editora LTDA, São Paulo, 2004.

PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: nova retórica (tradução de Verginia K Pupi). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra omissões legislativas. 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador. 2ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2013.

QUINTAS, Fábio Lima. O Mandado de Injunção Perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2013.

RAMOS, Luciana de Oliveira. Controle de constitucionalidade por omissão no Supremo Tribunal Federal: uma abordagem empírica. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out. / dez. 2011.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª edição, 9ª tiragem. Editora Saraiva, São Paulo, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Omissões Normativas. Série Jurídica. Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2003.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 8, p. 577-601, Madrid, 2004.

ROCHA, Tiago do Amaral. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão x mandado de injunção: estudo comparativo. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11220>. Acesso em 30 mar. 2015.

RODRÍGUEZ, José Julio Fernandez. La Inconstitucionalidad por Omisión en Brasil. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Centro de Estudos, 203-230, nº 43, 1995.

- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Editora FGV, 1ª ed. São Paulo, 2013.
- ROLLA, Giancarlo. La tutela directa de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales. In: Anuario Iberoamericano de Justicia, núm. 11, p. 301-326, Madrid, 2007.
- ROSA, André Vicente Pires. Mandado de Injunção sob a Perspectiva do Projeto de Lei n. 6.128, de 2009. Mandado de Injunção. Estudos sobre sua regulamentação. Organizadores Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. In: Revista de Direito Administrativo, nº 235, I-IV, p. 159-185, jan./mar., Rio de Janeiro, 2004.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei 9.882/99. Organizadores André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. Editora Atlas, São Paulo, 2001.
- SARAVIA, Enrique. Políticas Públicas. Coletânea. Organizadores: SARAVIA, Enrique e FERRAREZI, Elisabete. - Volume 1. ENAP - Escola Nacional de Administração Pública. 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 11ª edição, revista e atualizada. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2012.
- SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. Comentário ao artigo 5º, LXXI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.
- SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Revista Dos Tribunais. São Paulo, 2014.
- SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (orgs.). p. 85-108. Editora Atlas S.A., São Paulo, 2001.

SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas - algunas cuestiones dogmáticas. In: Direitos Fundamentais & Justiça - PUCRS. Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro (coords.). HS Editora Ltda, Ano 3 - nº 7, p. 47-80, Abr./Jun., 2009.

_____. El nuevo régimen jurídico de la acción de inconstitucionalidade por omissão: la ley brasilena nº 12.063, de 27 de octubre de 2009. In: Anuario Ibero americano de Justicia Constitucional, núm. 14, p. 119-182, Madrid, 2010.

_____. La Evolución de La Justicia Constitucional. Dykinson, Madrid, 2013.

SEHN, Solon. O Mandado de Injunção e Controle das Omissões Legislativas. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 36 | p. 236-252 | Jul / 2001 | DTR\2001\274.

SILVA, Jorge Pereira da. Dever de legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas. Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão. Editora Universidade Católica, Lisboa, 2003.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7ª edição, 4ª tiragem. Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2012.

_____. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 8ª edição. Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2012.

_____. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. In: Tratado de Direito Constitucional 1. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar F.; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords.) Editora Saraiva. São Paulo, 2010. p. 140-183.

_____. Mandado de Injunção e Habeas Data. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1989.

_____. Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. In: Interesse Público. Ano 5, nº 25, maio/junho de 2004, p. 13-20. Porto Alegre: Notadez.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª edição, revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 76 de 28.11.2013) Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2014.

_____. Um pouco de Direito Constitucional Comparado. Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2009.

Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. 4ª edição. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf>>. Acesso em 19 jul. 2015.

TAVARES, André Ramos. Aspectos Atuais do Controle Abstrato da Omissão Inconstitucional do Legislador no Brasil. In: Constituição Federal 15 anos: Mutação e Evolução – comentários e perspectivas. Coords. André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza. p. 283-311. Editora Método, São Paulo, 2003.

TOMAZETTE, Marlon. A evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: Revista de Direito Constitucional Internacional, Maria Garcia (coord.), Ano 18, n. 70, jan./mar., p. 109-142. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais. In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jan. / mar. 2009.

_____. Mandado de Injunção, um enredo em andamento: seis personagens à procura de um autor. In: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 13, nº 51, p. 155-186. jan./mar. 2013.

VITOR, Diego Luis Carvalho. O controle judicial das omissões do Poder Legislativo via mandado de injunção. In: O Supremo Tribunal Federal e os casos difíceis. p. 271-290. Cynara Monteiro Mariano e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (orgs.). Editora Conceito, Florianópolis, 2012.

WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação. 1ª ed. Martins Fontes. São Paulo, 2003.

WATERLOO, Estêvão A. C. Cabimento de Medida Liminar em Mandado de Injunção no Supremo Tribunal Federal. Monografia elaborada como requisito parcial de aprovação na disciplina Temas Fundamentais do Direito Constitucional, ministrada pelo prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, 1º semestre de 2015 do Mestrado em Direito do UniCEUB. Estudo originado e inserido nas pesquisas

do Grupo Juspositivismo, Jusmoralismo e Justiça Política, sob a liderança do prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Júnior. Artigo aprovado para publicação junto à Revista da Advocacia-Geral da União - AGU.

XAVIER, Marina Corrêa. As Sentenças Aditivas no Tribunal Constitucional Italiano. In: Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais. Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes. Christine Oliveira Peter da Silva e Gustavo Ferraz Sales Carneiro (Coords.). Editora Lumen Juris, p. 303-317, Rio de Janeiro, 2010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; MAZZEI, Rodrigo. O Mandado de Injunção como instrumento de solução das lacunas legais (“fracas-fortes”) no Direito Brasileiro. Revista de Processo, vol. 234, p. 235, ago., 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

_____. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo 2001.

_____. Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima; MENDES; Gilmar Ferreira (orgs.). O Mandado de Injunção e sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRECEDENTES JUDICIAIS E OUTROS DOCUMENTOS OFICIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 19, Tribunal Pleno, Relator Ministro Aldir Passarinho, J. 23.02.89, DJ 14.04.89.

_____. ADI 267 Medida Cautelar, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 25.10.90, DJ 19.05.95.

_____. ADI 361 Medida Liminar, Tribunal Pleno, unanimidade, Relator Ministro Marco Aurélio, J. 05.10.90, DJ 26.10.90.

_____. ADI 480, Tribunal Pleno, Relator Ministro Paulo Brossard, J. 13.10.94, DJ 25.11.94.

_____. ADI 526 Medida Liminar, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, J. 12.12.91, DJ 05.03.93.

_____. ADI 889, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, J. 16.03.94, DJ 22.04.94.

_____. ADI 986, Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, J. 10.02.94, DJ 08.04.94.

_____. ADI 1.439, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 22.05.96, DJe 30.05.03.

_____. ADI 1.442, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 03.11.04, DJ 29.04.05.

_____. ADI 1.458 Medida liminar, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 23.05.96, DJ 20.09.96.

_____. ADI 1.484, Decisão Monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, Relator – J. 21.08.01, DJe 28.08.01.

_____. ADI 1.698, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, J. 25.02.10, DJe 16.04.10.

_____. ADI 1.800. Tribunal Pleno, Relator Ministro Nelson Jobim, Relator p/acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, J. 11.06.07, DJe 28.09.07.

_____. ADI 1.987, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 24.02.10, DJe 29.04.10.

_____. ADI 2.061, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, J. 25.04.01, DJe 29.06.01.

_____. ADI 2.240. Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, J. 09.05.07, DJe 03.08.07.

- _____. ADI 2.471, Decisão Monocrática proferida pelo Ministro Eros Grau, Relator, J. 11.03.05, DJe 18.03.05.
- _____. ADI 2.791. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 16.08.06, DJe 24.11.06.
- _____. ADI 3.112. Tribunal Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, J. 02.05.07, DJe 26.10.07
- _____. ADI 3.276, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, J. 02.06.05, DJe 1º.02.08.
- _____. ADI 3.303, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Britto, J. 27.09.06, DJe 13.03.07.
- _____. ADI 3.682, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 09.05.07, DJe 06.09.07.
- _____. ADI 3.892, Tribunal Pleno, Relator Ministro Joaquim Barbosa, J. 14.03.12, DJe 25.09.12.
- _____. ADI 4.190, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 10.03.10, DJe 11.06.10.
- _____. ADI 4.270, Tribunal Pleno, Relator Ministro Joaquim Barbosa, J. 14.03.12, DJe 25.09.12.
- _____. ADI 4.965. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Rosa Weber, J. 1º.07.14, DJe 30.10.14.
- _____. ADI 4.947, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, Relatora para o acórdão Ministra Rosa Weber, J. 1º.07.14, DJe 30.10.14.
- _____. ADI 5.020. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, Relatora p/acórdão Ministra Rosa Weber, J. 1º.07.14, DJe 30.10.14.
- _____. ADI 5.028. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, Relatora p/acórdão Ministra Rosa Weber, J. 1º.07.14, DJe 30.10.14.
- _____. ADO 6, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, J. 11.02.15, DJe 20.03.15.
- _____. ADO 22, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, J. 22.04.15, DJe 03.08.15.
- _____. ADO 23 Medida liminar, Decisão Monocrática proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente), *ad referendum* do Tribunal Pleno – Relator Ministro Dias Toffoli – J. 24.01.13, DJe 1º.02.13.

- _____. ADO 28, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, J. 16.04.15, DJe 03.08.15.
- _____. ADO 31, Relator Ministro Teori Zavascki.
- _____. ADPF 17 AgR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 05.06.02, DJe 14.02.03.
- _____. ADPF 54, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, J. em 12.04.12, DJe 30.04.13.
- _____. ADPF 382 MC, Relator Ministro Celso de Mello, decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia, no exercício da Vice-Presidência do STF.
- _____. ARE 725.491 AgR, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, J. 26.05.15, DJe 12.06.15.
- _____. MI 20, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 19.05.94, DJ 22.11.96.
- _____. MI 58, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, Relator p/ acórdão Ministro Celso de Mello, J. 14.12.90, DJ 19.04.90.
- _____. MI 73, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. 07.10.94, DJ 19.12.94.
- _____. MI 81 AgR. Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 20.04.90, DJ 25.05.90.
- _____. MI 79 AgR. Tribunal Pleno. Relator Ministro Octavio Gallotti, J. 02.08.90, DJ 24.03.95.
- _____. MI 81 AgR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 20.04.90, DJ 25.05.90.
- _____. MI 95, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, J. 07.10.92, DJ 18.10.92.
- _____. MI 107 QO, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. 23.11.89, DJ 21.09.90.
- _____. MI 121. Decisão monocrática, Relator Ministro Aldir Passarinho, J. 12.03.91, DJ 20.03.91.
- _____. MI 152 AgR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Célio Borja, J. 21.03.90, DJ 20.04.90.
- _____. MI 168, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, J. 21.03.90, DJ 20.04.90.

- _____. MI 214. Decisão monocrática, Relator Ministro Aldir Passarinho, J. 19.02.91, DJ 07.03.91.
- _____. MI 215. Decisão monocrática, Relator Ministro Celso de Mello, J. 08.03.90, DJ 16.03.90.
- _____. MI 219, Tribunal Pleno, Relator Ministro Octavio Gallotti, J. 22.08.90, DJ 19.05.95.
- _____. MI 230. Decisão monocrática, Relator Ministro Sydney Sanches, J. 29.01.91, DJ 08.02.91.
- _____. MI 232, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. 02.08.91, DJ 27.03.92.
- _____. MI 235 Medida Cautelar. Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. 20.06.90, DJ 12.03.93.
- _____. MI 283, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, J. 20.03.91, DJ 14.11.91.
- _____. MI 304 AgR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. 17.06.1993, DJ 13.08.93.
- _____. MI 361, Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, Relator p/acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, J. 08.04.94, DJ 17.06.94.
- _____. MI 369, Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, Relator p/acórdão Ministro Francisco Rezek, J. 19.08.92, DJ 26.02.93.
- _____. MI 395 QO, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. 27.05.92, DJ 11.09.92.
- _____. MI 624, Tribunal Pleno, Relator Ministro Menezes Direito, J. 21.11.07, DJe 28.03.08.
- _____. MI 670, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, Relator p/acórdão Ministro Gilmar Mendes, J. 25.10.07, DJe 31.10.08.
- _____. MI 708. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 25.10.07, DJe 31.10.08.
- _____. MI 712. Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, J. 25.10.07, DJe 31.10.08.
- _____. MI 721, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, J. 30.08.07, DJe 30.11.07.
- _____. MI 943, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 06.02.13, DJe 02.05.13.

_____. MI 1.010. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 06.02.13, DJe 02.05.13.

_____. MI 1.074. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 06.02.13, DJe 02.05.13.

_____. MI 1.090. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 06.02.13, DJe 02.05.13.

_____. MI 4.733, Relator Ministro Edson Fachin.

_____. MI 5.470 AgR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 29.10.14, DJe 20.11.14.

_____. RE 138.284, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, J. 1º.07.92, DJ 28.08.92.

_____. RE 418.376. Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator p/acórdão Ministro Joaquim Barbosa, J. 09.02.06, DJe 23.03.07

_____. RE 590.908 RG, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Relator p/acórdão Ministro Marco Aurélio, J. 03.11.11, DJe 11.06.12.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Atas de Comissões. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher.

_____. Ata da 153ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, em 2 de setembro de 1987.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Bill of Rights 1689. Yale Law School. Lillian Goldman Law Library. *The Avalon Project. Documents in Law, History and Diplomacy*. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp>. Acesso em 19 ago. 2015.

Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6.128/2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=453192>>. Acesso em 29 jun. 2015.

Magna Carta 1215. Universidade de São Paulo - USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em 18 ago. 2015.

Presidência da República. Lei Federal 7.716/1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm>. Acesso em 16 jul. 2015.

_____. Lei Federal 9.868/1999. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em 16 jul. 2015.

_____. Lei Federal 12.063/2009. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm>.
Acesso em 16 jul. 2015.

Supremo Tribunal Federal. Estatística. Pesquisa por Classe. Disponível em:
<[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesqui
saClasse](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse)>. Acesso em 2 ago. 2015.

_____. Regimento Interno de 1980, atualizado até a Emenda Regimental nº
49/14.

APÊNDICE A

Ações diretas por omissão propostas entre 1988 e 2015*

	Classe	Nº	Omissão	Parâmetro	Resultado
1	ADI	19	Omissão da Assembleia Legislativa estadual em dar cumprimento, quanto à sua folha de pagamento, ao teto remuneratório no serviço público.	37, X.	Negado seguimento
2	ADI	22	Omissão dos poderes públicos em enfrentar o modelo legal (Lei 4.215/63) adotado pela OAB, particularmente ao impor a associação dos advogados mediante pagamento de taxa, bem como excluir da apreciação dos Poder Judiciário decisão daquela entidade de classe aplicando a advogado penas de suspensão ou eliminação dos quadros.	5º, XIII, XX, XXXV, XXXVII, XLI e XLVII, b, 6º, 8º, III, 14, I, II e III, 70 e 71, II, III, IV, VII, VIII, IX, X e XI.	Negado seguimento
3	ADI	23	Omissão quanto à observância da isonomia de vencimentos entre delegados de polícia e outras carreiras jurídicas.	37, XII, 39, § 1º, 135 e 241.	Não conhecimento
4	ADI	31	Omissão quanto a concessão de incentivos fiscais no âmbito da Zona Franca de Manaus, ausente regulamentação provisória do ICMS de que trata o Convênio ICM 66/88.	40 do ADCT.	Negado seguimento
5	ADI	33	Omissão quanto a concessão de incentivos fiscais no âmbito da Zona Franca de Manaus, ausente regulamentação provisória do ICMS de que trata o Convênio ICM 66/88.	40 ADCT.	Negado seguimento
6	ADI	130	Omissão do Presidente da República quanto à organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União.	129, 130 e 131 da CF e 29 do ADCT.	Negado seguimento
7	ADI	206	Omissão na seara da seguridade social e planos de custeio e benefício, especialmente quanto à concessão de aposentadoria aos trabalhadores e produtores rurais de ambos os sexos.	194, 195, § 8º, e 202.	Prejudicado
8	ADI	267	Omissão quanto à fixação do número de Deputados Federais por Estado-membro, a ser fixado em lei complementar, proporcionalmente à população.	45, § 1º.	Extinção por perda de objeto
9	ADI	296	Omissão quanto à instituição do regime jurídico único dos servidores públicos civis da União.	37, XII, e 39, § 1º, e 17 do ADCT.	Prejudicado
10	ADI	297	Omissão quanto à revisão dos cálculos de aposentadorias e pensões de servidores públicos.	20 do ADCT.	Não conhecimento
11	ADI	343	Omissão quanto ao comando constitucional de aplicação de recursos para fins de erradicação do analfabetismo e incentivo ao ensino fundamental obrigatório e gratuito.	60 do ADCT.	Prejudicado
12	ADI	361	Omissão do Presidente da República em regulamentar a participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como de Órgãos da administração direta da União no resultado da exploração de petróleo ou gás natural ou compensação financeira em razão dessa exploração.	20, § 1º.	Prejudicado
13	ADI	443	Omissão quanto à equiparação de índices de reajuste entre funcionários públicos civis e militares do Estado de Minas Gerais.	37, X.	Prejudicado
14	ADI	477	Omissão quanto à fixação do salário-mínimo em	7º, IV.	Prejudicado

		patamar insuficiente a assegurar as necessidades apontadas no texto constitucional.		
15	ADI	480	Omissão quanto à organização da seguridade social e dos planos de custeio e de benefício da Previdência Social.	59 do ADCT. Prejudicado
16	ADI	525	Omissão pela não inclusão e/ou tratamento diferenciado com relação à remuneração de servidores públicos de diversas carreiras e níveis.	37, X. Prejudicado
17	ADI	526	Omissão pela não inclusão e/ou tratamento diferenciado com relação à remuneração de servidores públicos de diversas carreiras e níveis.	39, § 1º. Prejudicado
18	ADI	529	Omissão ante tratamento diferenciado no que tange à remuneração dos servidores públicos civis e militares da União.	37, X. Prejudicado
19	ADI	535	Omissão quanto ao comando constitucional de aplicação de recursos para fins de erradicação do analfabetismo e incentivo ao ensino fundamental obrigatório e gratuito.	60 do ADCT. Prejudicado
20	ADI	607	Omissão quanto à correção monetária do benefício de aposentadoria.	202. Prejudicado
21	ADI	635	Omissão do Estado em legislar sobre o regime jurídico único de seus servidores, precisamente quanto às carreiras de auditor de finanças públicas e fiscal de tributos estaduais.	39 da CF e 24 do ADCT. Extinção por perda de objeto
22	ADI	652	Omissão quanto aos critérios legais para criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios.	18, § 4º. Prejudicado
23	ADI	713	Omissão decorrente da inércia do governador em opor tempestivamente vetos na legislação estadual.	34, VI, e 36, I e § 3º. Negado seguimento
24	ADI	720	Omissão decorrente da inércia do governador em opor tempestivamente vetos na legislação estadual.	34, VI, e 36, I e § 3º. Negado seguimento
25	ADI	799	Omissão da lei federal ao dispor tão somente sobre a carreira dos servidores do Tribunal Superior Eleitoral.	39, § 1º. Prejudicado
26	ADI	823	Omissão quanto à demarcação de terras indígenas pela FUNAI, dependente de previsão orçamentária.	165, III, §§ 5º, I, e 8º, e 231 da CF e 67 do ADCT. Negado seguimento
27	ADI	877	Omissão quanto à organização da seguridade social e dos planos de custeio e de benefício da Previdência Social.	203, V, e 204 da CF e 59 do ADCT. Prejudicado
28	ADI	889	Omissão em não encaminhar projeto de lei versando sobre o aproveitamento dos censores federais.	21, XVI, e 23 do ADCT. Procedente - ciência
29	ADI	986	Omissão parcial de portaria do Ministro da Fazenda por não contemplar imunidade tributária em relação ao IPMF quanto às demais operações financeiras de movimentação e transferência vinculadas à impressão de livros, jornais e periódicos.	150, VI, d. Não conhecimento
30	ADI	989	Omissão quanto à correção da remuneração dos servidores públicos estaduais.	5º, caput, e 37, caput e XV. Negado seguimento
31	ADI	1146	Omissão decorrente da criação do cargo em comissão de distribuidor, sem fixar a remuneração correspondente.	48, X, 96, II, a, e 169, I e II. Prejudicado
32	ADI	1177	Omissão quanto às normas regulamentadoras do processamento de dados lotéricos - serviço de	21, XI, e 144. § 2º. Não conhecimento

		loteria federal.		
33	ADI	1338	Omissão quanto à estruturação da Polícia Rodoviária Federal.	5º, XXI. Negado seguimento
34	ADI	1439	Omissão quanto ao novo valor fixado a título de salário mínimo, por insuficiente ao atendimento do comando constitucional.	7º, IV. Não conhecimento
35	ADI	1442	Omissão quanto ao novo valor fixado a título de salário mínimo, por insuficiente ao atendimento do comando constitucional.	7º, IV. Não conhecimento
36	ADI	1445	Omissão quanto ao novo valor fixado a título de salário mínimo, por insuficiente ao atendimento do comando constitucional.	7º, IV. Não conhecimento
37	ADI	1458	Omissão quanto ao novo valor fixado a título de salário mínimo, por insuficiente ao atendimento do comando constitucional.	7º, IV. Prejudicado
38	ADI	1466	Omissão quanto ao percentual estabelecido em âmbito estadual para fins de revisão geral de vencimentos, soldos e proventos de servidores públicos civis e militares e seus inativos e pensionistas.	40, § 5º. Negado seguimento
39	ADI	1484	Omissão ante a não criação de órgão regulador do setor de telecomunicações qual da edição de lei ordinária dispoendo sobre a concessão de serviços dessa natureza.	21, XI. Extinção por perda de objeto
40	ADI	1495	Omissão quanto à normatização das relações de consumo estabelecidas entre cidadãos (clientes) e instituições financeiras.	5º, XXXII, e 170, V. Extinção por perda de objeto
41	ADI	1600	Omissão em lei complementar da disciplina de elementos fundamentais e necessários à instituição do imposto sobre navegação aérea.	146, I e III, e 155, § 2º, XII. Procedência parcial - na parte em que ADI por ação
42	ADI	1638	Omissão acerca do regramento autorizativo ao funcionamento de estação de radiodifusão de baixa potência.	5º, XVII e IX, e 215. Não conhecimento
43	ADI	1698	Omissão quanto à legislação no sentido de erradicar o analfabetismo e incentivar o ensino fundamental obrigatório e gratuito.	6º, 23, V, 208, I, e 214, I. Improcedente
44	ADI	1775	Omissão quanto à regulamentação de propaganda de bebidas alcoólicas	220, §§ 3º e 4º. Não conhecimento
45	ADI	1810	Omissão quanto à regulamentação do transporte alternativo complementar por vans e congêneres.	193. Não conhecimento
46	ADI	1820	Omissão quanto à inclusão de determinados cargos em medida provisória pela qual criada gratificação de desempenho de atividade de fiscalização.	39. Prejudicado
47	ADI	1830	Omissão quanto à fixação do salário-mínimo em patamar insuficiente a assegurar as necessidades apontadas no texto constitucional.	7º, IV, e 201, § 2º. Prejudicado
48	ADI	1836	Omissão em assegurar a delegados de polícia isonomia de vencimentos com outras carreiras de Estado - na esfera estadual.	135 e 241. Prejudicado
49	ADI	1877	Omissão quanto aos índices de inflação adotados para fins de reajustamento dos benefícios previdenciários.	7º, IV, 194, IV, 201, § 2º, e 202. Prejudicado
50	ADI	1987	Omissão do Congresso Nacional em regulamentar os Fundos de Participação dos Estados - FPE.	159, I, e 161, II. Procedente
51	ADI	1996	Omissão quanto à fixação do salário-mínimo em patamar insuficiente a assegurar as necessidades	7º, IV, e 201, § 2º. Prejudicado

		apontadas no texto constitucional.			
52	ADI	2017	Omissão, por insuficiente regulamentação acerca da fiscalização de instituições financeiras, de projeto de lei complementar encaminhado pelo Poder Executivo.	163.	Extinção por perda de objeto
53	ADI	2061	Omissão do Presidente da República em enviar proposta legislativa para revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos federais.	37, X.	Procedente - ciência
54	ADI	2076	Omissão no preâmbulo de Constituição estadual da expressão "sob a proteção de Deus", constante do preâmbulo da CF.	Sem indicação	Improcedente
55	ADI	2140	Omissão de etapas prévias em legislação complementar que implicou a rescisão de contratos de empregados públicos estaduais, exoneração de servidores públicos não estáveis e colocação em disponibilidade de servidores estáveis.	169.	Negado seguimento
56	ADI	2154	Omissão na lei que regulamenta o controle concentrado no STF de dispositivos constantes do projeto de lei, os quais asseguravam a participação da sociedade civil, o devido processo legal e o contraditório.	5º, XXXV, LIV e LV.	Pendente de julgamento
57	ADI	2162	Omissão quanto à preservação do poder de compra do salário-mínimo e à preservação do valor real dos benefícios previdenciários.	5º, caput, XXXVI, 6º, 7º, IV, 194, IV, 195, § 6º, 201, § 2º, e 202.	Prejudicado
58	ADI	2205	Omissão quanto ao envio de projeto de lei para a revisão anual da remuneração de servidores públicos estaduais.	37, X.	Negado seguimento
59	ADI	2240	Omissão quanto à edição de lei complementar dispondo sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios.	18, § 4º.	Procedente - sem pronúncia de nulidade - fixação de prazo de vigência da lei impugnada
60	ADI	2318	Omissão quanto ao envio de projeto de lei para a revisão anual da remuneração de servidores públicos estaduais.	37, X.	Não conhecimento
61	ADI	2368	Omissão quanto ao envio de projeto de lei relativo à revisão anual da remuneração dos servidores da Justiça do Trabalho.	37, X.	Negado seguimento
62	ADI	2445	Omissão quanto ao envio de projeto de lei para revisão anual da remuneração dos servidores da União.	37, X.	Prejudicado
63	ADI	2471	Omissão quanto à correção da tabela do imposto de renda das pessoas físicas.	5º, II, 145, § 1º, e 150, I e IV.	Negado seguimento
64	ADI	2481	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
65	ADI	2486	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
66	ADI	2490	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
67	ADI	2491	Omissão quanto à elaboração da lei anual de	37, X.	Procedente -

		revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.		ciência	
68	ADI	2492	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
69	ADI	2493	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
70	ADI	2495	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
71	ADI	2496	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
72	ADI	2497	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
73	ADI	2498	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
74	ADI	2503	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
75	ADI	2504	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
76	ADI	2505	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Prejudicado
77	ADI	2506	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
78	ADI	2507	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedência parcial - ciência
79	ADI	2508	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
80	ADI	2509	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
81	ADI	2510	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
82	ADI	2511	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
83	ADI	2512	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
84	ADI	2516	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
85	ADI	2517	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
86	ADI	2518	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência

87	ADI	2519	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
88	ADI	2520	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
89	ADI	2523	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Prejudicado
90	ADI	2524	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
91	ADI	2525	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
92	ADI	2537	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Procedente - ciência
93	ADI	2557	Omissão quanto a projeto de lei de revisão geral anual da remuneração de servidores do Judiciário estadual.	37, X.	Procedente - ciência
94	ADI	2563	Omissão quanto à fixação de subsídio de ministro do STF e à implantação de teto remuneratório estadual.		Negado seguimento
95	ADI	2634	Omissão quanto à regulamentação da gestão quadripartite da Seguridade Social.	194, VII.	Negado seguimento
96	ADI	2740	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Reatuado como ADO 4
97	ADI	2778	Omissão quanto à regulamentação da Chefia da Polícia Civil.	144, IV e V.	Prejudicado
98	ADI	3276	Omissão quanto à criação dos cargos de auditor e membro do Ministério Público Especial, a fim de compor o Tribunal de Contas do Estado.	73, § 2º, I, e 75.	Procedente
99	ADI	3302	Omissão quanto a projeto de lei de revisão geral anual da remuneração de Defensores Públicos e demais servidores do estado.	37, X.	Negado seguimento
100	ADI	3303	Omissão decorrente do não envio ao Congresso Nacional, em janeiro de 2004, de projeto de lei para revisão da remuneração dos servidores da União.	37, X.	Improcedente
101	ADI	3316	Omissão quanto à edição de lei complementar dispendo sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios.	18, § 4º.	Procedente - sem pronúncia de nulidade - fixação de prazo de vigência da lei impugnada
102	ADI	3364	Omissão de Presidente de Tribunal de Justiça em não encaminhar projeto de lei regulamentando a carreira de Agente de Segurança, especialmente promoção e progressão funcional.	39, § 1º.	Reatuado como ADO 3
103	ADI	3489	Omissão quanto à edição de lei complementar dispendo sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios.	18, § 4º.	Procedente - sem pronúncia de nulidade - fixação de prazo de vigência
104	ADI	3575	Omissão em não instituir para os Advogados da União a remuneração no formato subsídio.	39, § 4º, e 135.	Extinção por perda de objeto

105	ADI	3622	Omissão em instituir a Defensoria Pública da União.	5º, LXXIV, e 134.	Reatuado como ADO 2
106	ADI	3682	Omissão quanto à edição de lei complementar dispendo sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios.	18, § 4º.	Procedente - sem pronúncia de nulidade - imposição de prazo ao legislador
107	ADI	3689	Omissão quanto à edição de lei complementar dispendo sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios.	18, § 4º.	Procedente - sem pronúncia de nulidade - fixação de prazo de vigência da lei impugnada
108	ADI	3892	Omissão do Estado em criar a carreira de Defensor Público.	5º, LXXIV, e 134, caput, e §§ 1º e 2º.	Procedente - decisão com eficácia diferida de 12 meses
109	ADI	3902	Omissão quanto ao estabelecimento de padrões remuneratórios entre cargos da carreira dos servidores do Poder Judiciário do Estado.	5º, caput, e 39, § 1º.	Pendente de julgamento
110	ADI	4270	Omissão do Estado em criar a carreira de Defensor Público.	5º, LXXIV, e 134, caput, e §§ 1º e 2º.	Procedente - decisão com eficácia diferida de 12 meses
111	ADI	4630	Omissão pela ausência de norma jurídica de estatura federal autorizativa da admissibilidade de policiais militares estaduais em programa de demissão voluntária - PDV.	22, XXI.	Negado seguimento
112	ADI	4881	Omissão legislativa parcial quanto à regulamentação da propaganda de bebidas de teor alcoólico inferior a treze graus Gay Lussac (13º GL)	220, § 4º.	Reatuado como ADO 22
113	ADO	1	Omissão quanto a fixação do subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal	48, XV.	Extinção por perda de objeto
114	ADO	2	Omissão em instituir a Defensoria Pública da União.	5º, LXXIV, e 134.	Pendente de julgamento
115	ADO	3	Omissão de Presidente de Tribunal de Justiça em não encaminhar projeto de lei regulamentando a carreira de Agente de Segurança, especialmente promoção e progressão funcional.	39, § 1º.	Negado seguimento
116	ADO	4	Omissão quanto à elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos dos Estados.	37, X.	Pendente de julgamento
117	ADO	5	Omissão quanto a revisão anual de sistema remuneratório de servidor público - pendente de julgamento	37, X.	Pendente de julgamento
118	ADO	6	Omissão quanto à adoção do subsídio como modelo remuneratório dos Membros do Ministério Público, Procuradores, Defensores Públicos, Policiais e Bombeiros Militares estaduais.	39, § 4º, 128, § 5º, I, c, 135 e 144, § 9º.	Prejudicado
119	ADO	7	Omissão quanto ao reajuste de subsídios de magistrados estaduais.	96.	Prejudicado
120	ADO	8	Omissão da regulamentação da revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos estaduais.	37, X.	Prejudicado
121	ADO	9	Omissão quanto à regulamentação do exercício do direito de resposta, programação de emissoras de rádio e TV e quanto à vedação ao monopólio e	5º, V; 220, § 3º, II, 220, § 5º, 221 e	Negado seguimento - agravo

		oligopólio nos meios de comunicação.	222, § 3º.	regimental pendente de julgamento	
122	ADO	10	Omissão quanto à regulamentação do exercício do direito de resposta, programação de emissoras de rádio e TV e quanto à vedação ao monopólio e oligopólio nos meios de comunicação.	5º, V; 220, § 3º, II, 220, § 5º, 221 e 222, § 3º.	Pendente de julgamento
123	ADO	11	Omissão quanto à regulamentação do exercício do direito de resposta, programação de emissoras de rádio e TV e quanto à vedação ao monopólio e oligopólio nos meios de comunicação.	5º, V; 220, § 3º, II, 220, § 5º, 221 e 222, § 3º.	Pendente de julgamento - apensado à ADO 10
124	ADO	12	Omissão quanto ao modelo remuneratório por subsídio de Delegado de Polícia.	144, § 9.	Pendente de julgamento
125	ADO	13	Omissão quanto ao modelo remuneratório por subsídio de Delegado de Polícia.	144, § 9.	Pendente de julgamento
126	ADO	14	Não há registro de autuação no STF	X	X
127	ADO	15	Não há registro de autuação no STF	X	X
128	ADO	16	Omissão quanto à regulamentação do jogo - bingos.	Sem indicação	Negado seguimento
129	ADO	17	Omissão quanto à regulamentação do jogo - bingos.	Sem indicação	Negado seguimento
130	ADO	18	Omissão quanto ao encaminhamento da proposta orçamentária integral do Poder Judiciário para o ano de 2012.	2º, 84, XXIII, 99, § 2º, I, 165, III, § 5º, I, § 6º, e 166.	Extinção por perda de objeto
131	ADO	19	Omissão quanto à incorporação da proposta orçamentária do Ministério Público Federal ao projeto de lei orçamentária anual de 2012.	127, §§ 2º e 3º, 84, XXIII, 165, III, §§ 5º e 6º, e 166, § 2º.	Prejudicado
132	ADO	20	Omissão quanto à regulamentação de licença-paternidade.	7º, XIX.	Pendente de julgamento
133	ADO	21	Omissão quanto à regulamentação da revisão da remuneração de cargos em comissão no âmbito do Poder Executivo estadual.	37, X.	Pendente de julgamento
134	ADO	22	Omissão legislativa quanto à regulamentação da propaganda de bebidas de teor alcoólico inferior a treze graus Gay Lussac (13º GL).	220, § 4º.	Improcedente
135	ADO	23	Omissão do Congresso Nacional quanto à edição de lei complementar fixando os critérios para fins de rateio do FPE.	159, I, e 161, II.	Extinção por perda de objeto
136	ADO	24	Omissão em elaborar a Lei de Defesa do Usuário de Serviços Públicos.	37, § 3º, I, II e III, e 27 da EC 19/98.	Pendente de julgamento
137	ADO	25	Omissão quanto à regulamentação da imunidade tributária relativa ao ICMS incidente sobre produtos e serviços destinados ao exterior.	155, § 2º, X, a.	Pendente de julgamento
138	ADO	26	Omissão quanto à criminalização da homofobia e da transfobia.	5º, XLI e XLII.	Pendente de julgamento
139	ADO	27	Omissão quanto à instituição de fundo garantidor de execuções trabalhistas.	3º (EC 45).	Pendente de julgamento
140	ADO	28	Omissão quanto à laboração de lei complementar dispondo sobre critérios diferenciados para aposentadoria dos policiais civis e militares do sexo feminino.	40, § 4º.	Improcedente
141	ADO	29	Omissão em não fazer constar no projeto de lei orçamentária anual os recursos a dar suporte às propostas de lei versando sobre remuneração dos servidores públicos do Poder Judiciário da União.	2º, 37, X, 99, 84, XXIII, 165, III, § 5º, I, e § 6º, e	Prejudicado

			166.		
142	ADO	30	Omissão na regulamentação da isenção de IPI para deficientes físicos, por não incluídos os deficientes físicos auditivos.	1º, III, e 5º, caput.	Pendente de julgamento
143	ADO	31	Omissão quanto à instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas - IGF.	153, VII.	Pendente de julgamento
144	ADO	32	Omissão quanto à regulamentação da aposentadoria especial de servidor público com deficiência.	40, § 4º, I.	Pendente de julgamento
145	ADO	33	Omissão quanto a regulamentação da entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado	100, § 11.	Pendente de julgamento
146	ADO	34	Cancelada a autuação	X	Tramita com a ADPF 365
147	ADO	35	Omissão quanto a regulamentação do reajuste de gratificação natalina de aposentados e pensionistas	201, § 6º.	Pendente de julgamento
148	ADO	36	Omissão quanto a regulamentação do Regime Próprio de Previdência dos Militares Estaduais e Distritais	42, § 2º.	Pendente de julgamento

*Compilação dos dados⁵²³

Do total de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão: 9 foram extintas por perda de objeto; 5 julgadas improcedentes; 11 deixaram de ser conhecidas; 23 tiveram o seguimento negado; 32 resultaram prejudicadas; 40 julgadas procedentes; 21 se encontram pendentes de julgamento; 5 foram reautuadas e 2 não possuem registro de autuação (não há processo vinculado ao número às ADOs 14 e 15).

Especificamente na classe ADO há 34 ações. Nesse universo não há decisão de procedência, tendo sido as ADOs 22 e 28 julgadas improcedentes; a liminar na ADO 23 concedida; as ADOs 1, 3, 6, 7, 8, 9, 16, 17, 18, 19 e 29 extintas sem resolução do mérito, enquanto que as demais ADOs aguardam decisão do STF (liminar ou mérito).

⁵²³ Dados extraídos do sítio eletrônico do STF na rede mundial de computadores. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em 14 nov. 2015.

APÊNDICE B

Mandados de Injunção – resultados

1. MI 107 QO - Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. 23.11.89, DJ 21.09.90.

Resultado de julgamento: conhecer da questão de ordem – por unanimidade (reconhecida a natureza mandamental do MI, bem como a autoaplicabilidade do art. 5º, LXXI, da CF, por adoção, no que couber, do rito do mandado de segurança).

Omissão apontada: cidadão aponta omissão quanto à lei dispendo sobre os limites de idade, estabilidade e outras condições de transferência de servidor militar para a inatividade.

Preceito constitucional invocado: 42, § 9º, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) MIs 74 e 117 – não configuração da inércia estatal justificadora do MI quando existente norma regulamentadora.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: a) há omissão normativa quando ausente regulamentação necessária ao exercício do direito, podendo ser total ou parcial a omissão; b) lacuna técnica, que se traduz na “ausência de uma norma imprescindível para que outra produza efeitos jurídicos”;

Conceito de mora legislativa inconstitucional: a) “comportamento negativo dos poderes constituídos, que deixam de editar normas regulamentadoras previstas na Constituição”; b) inércia injustificável do responsável pela regulamentação; c) “a falta de regulamentação a que se refere o artigo 5º, LXXI, abrange, não apenas a ausência de lei, mas de iniciativa legislativa, de decreto regulamentador, ou, até, de outros atos administrativos normativos necessários à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude esse dispositivo constitucional”; c) “A mera ilegalidade por omissão não justifica a utilização do mandado de injunção, que supõe, sempre, a abstenção de um encargo normatizante fundado em regra constitucional”.

Relação entre MI e ADO: a) o MI é “instrumento processual cabível apenas quando houver omissão inconstitucional, que, aqui, se restringe à inércia quanto à regulamentação viabilizadora dos direitos, liberdades e prerrogativas, não tendo, portanto, a extensão que o § 2º do artigo 103 dá à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a qual abarca qualquer “medida” (inclusive, pois, de ordem administrativa, como resulta da parte final desse dispositivo) que seja necessária para tornar efetiva a norma constitucional”; b) ao MI, ação na qual perseguidos direitos subjetivos, não se pode emprestar alcance maior do que aquele passível de ser obtido na ADO, a exemplo da regulamentação faltante ao exercício do direito pela via judicial e da concessão de eficácia *erga omnes* às suas decisões; c) o MI tem natureza mandamental, mas o seu alcance é limitado em face da ADO, porquanto nesta protege-se um bem maior, qual seja o interesse público, enquanto naquele protege-se interesse subjetivo (lógica que sustentou a tese de que não se poderia emprestar ao MI alcance maior do que o passível de ser obtido na ADO).

Limites à atuação do STF: a) ao STF é inviável atuar coercitivamente contra os Poderes omissos; b) declarada a inconstitucionalidade da omissão, ao Poder, órgão, entidade ou autoridade responsável por editar a regulamentação faltante será dada ciência, podendo o STF suspender a tramitação dos processos judiciais ou administrativos sobre a questão, a fim de que o impetrante possa ser contemplado por regramento mais benéfico eventualmente editado (essa possibilidade de suspensão dos processos orientou a jurisprudência posterior dos MIs no sentido de que também outras medidas tendentes a assegurar o direito perseguido poderiam ser tomadas pelo STF).

2. MI 283 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, J. 20.03.91, DJ 14.11.91.

Resultado de julgamento: deferir em parte – por maioria (voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “a) assino o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada pelo art. 8º, § 3º, ADCT; b) ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconheço ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; c) declaro que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável”).

Omissão apontada: cidadão aponta omissão do Congresso Nacional em editar – no prazo constitucional de 12 meses - lei concessiva de reparação econômica aos indivíduos impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência de Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica.

Preceito constitucional invocado: 8º, § 3º, do ADCT.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) MIs 107, 168 e 232 – versando sobre a natureza

mandamental do MI, que torna impossível o atendimento de pedido constitutivo ou condenatório, mas que, à luz da jurisprudência do STF, permite compreender a existência de pedido cujo atendimento judicial é possível, qual seja a declaração da inconstitucionalidade por omissão; MIs 79 e 235 – para registro de que os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio dissentem do entendimento firmado pelo STF ao julgamento do MI 107 QO, quanto à natureza eminentemente mandamental da sentença prolatada em MI.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: ausência de lei viabilizadora do exercício de direito assegurado por norma constitucional de eficácia limitada.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: inobservância do prazo constitucional previsto para a edição da lei.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: a) defendeu-se a tese de que “o caso concreto serve exemplarmente à exploração construtiva das virtualidades deixadas em aberto no MI 107 para a hipótese de recalcitrância do legislador na purgação da mora declarada pelo Tribunal” (voto do Ministro Sepúlveda Pertence – Relator); b) embora deferido o pedido e fixados prazos ao Congresso Nacional (para editar a lei) e ao Presidente da República (para sancioná-la), prevendo a hipótese de manutenção da inércia legislativa o STF decidiu por facultar ao impetrante, desde que pela via processual adequada, a obtenção de sentença reparatória das perdas e danos contra a União (a. nos debates, aventou-se a problemática de uma sentença condenatória no bojo do MI sem que a parte cuja condenação deverá suportar tenha integrado a relação jurídica processual. Da mesma forma, discutiu-se a inviabilização prática do STF caso adotada tal amplitude em MI: “O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - V. Exa. admite, então, sentença constitutiva. Contra quem? Contra o Congresso Nacional? O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então vamos suspender o julgamento para chamar quem deveria estar no processo! O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Vamos transformar o Supremo Tribunal Federal em Corte que julgará, ordinária e originalmente, talvez mil, dois mil ou, até, dez mil casos análogos a este. Não é possível que o constituinte pretendes se inviabilizar o Supremo Tribunal Federal. Teremos que fixar para cada caso a indenização cabível e não há normatividade possível”); c) em situações excepcionais e de desrespeito a comando constitucional de legislar, o STF pode adotar medidas em MI com o objetivo de impedir a inércia voluntária do órgão responsável, sem, contudo, regulamentar – concreta ou abstratamente – a norma constitucional pendente de regulamentação.

3. MI 152 AgR - Tribunal Pleno, Relator Ministro Célio Borja, J. 21.03.90, DJ 20.04.90.

Resultado de julgamento: agravo regimental não conhecido – por unanimidade (MI prejudicado por perda de objeto em decorrência da superveniente edição de lei regulamentando o exercício do direito).

Omissão apontada: particular aponta omissão quanto à regulamentação de benefício fiscal – não incidência de imposto de renda - concedido a pessoa com mais de 65 anos de idade.

Preceito constitucional invocado: 153, § 2º, II, da CF.

Matéria penal ou tributária: sim.

Julgados referidos na fundamentação: não há referência.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não há omissão legislativa quando presente no ordenamento jurídico lei disciplinadora da matéria.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: não aborda.

4. MI 168 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, J. 21.03.90, DJ 20.04.90.

Resultado de julgamento: pedido indeferido – por unanimidade.

Omissão apontada: Humaitá S/A – Comércio e Indústria aponta omissão quanto ao formato de pagamento de crédito com a Fazenda Pública (expedido o precatório judicial, buscava a impetrante a expedição de precatório complementar incluindo juros remanescentes e correção monetária, ou, ainda, o pagamento imediato em moeda corrente ou em títulos da dívida pública).

Preceito constitucional invocado: 100 da CF e 33 do ADCT.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: MI 107 QO – rememorando as balizas firmadas pelo STF quanto ao alcance das decisões em MI.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: MI e ADO são ações com significado e alcance próprios, sob pena de se ter que admitir insertos no texto constitucional ações idênticas, apenas com denominação e rol de legitimados diversos.

Limites à atuação do STF: a) não está o Poder Judiciário autorizado, na via do mandado de injunção, a suprir a omissão legislativa ou mesmo a ordenar, de imediato, ato concreto que satisfaça o direito do impetrante; b) em mandado de injunção cumpre ao STF tão somente cientificar o órgão competente para suprir a omissão normativa.

5. MI 81 AgR - Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 20.04.90, DJ 25.05.90.

Resultado de julgamento: agravo regimental não provido – por unanimidade.

Omissão apontada: servidores públicos do Ministério do Trabalho apontam omissa norma jurídica por deixar de observar o preceito constitucional que assegura isonomia remuneratória.

Preceito constitucional invocado: 39, § 1º, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) MI 24 – impossibilidade de conhecimento do MI quando existente norma regulamentadora.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: o MI não se presta ao controle de constitucionalidade.

Limites à atuação do STF: não aborda.

6. MI 219 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Octavio Gallotti, J. 22.08.90, DJ 19.05.95.

Resultado de julgamento: pedido parcialmente deferido – por maioria.

Omissão apontada: José Serra e outros apontam omissão do Congresso Nacional em editar lei complementar regulamentando a representação do Estado de São Paulo na Câmara dos Deputados.

Preceito constitucional invocado: 45, § 1º, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) MI 107 QO - embora qualificado para a solução de caso concreto, o MI não é instrumento hábil à realização de prerrogativas de cidadania, porque pertencentes à coletividade (o Ministro Moreira Alves votou no sentido de que “a Constituição, no inciso LXXI do art. 5º, faz distinção técnica e exata: distingue, de um lado, direitos subjetivos; e, de outro, prerrogativas que não são direitos subjetivos, mas resultam de certas posições jurídicas. Essas prerrogativas com relação à soberania, que obviamente é a soberania popular (a soberania nacional tem como titular a União), são apenas três, consoante dispõem os incisos I a III do *caput* do artigo 14: as relativas ao plebiscito, ao referendo e à iniciativa popular. Nenhuma delas se aplica ao caso. Restariam, então, as prerrogativas inerentes à nacionalidade e à cidadania. Prerrogativa inerente à nacionalidade, obviamente, também não está em causa, pois votar ou ser votado não diz respeito a ela. Estaremos, pois, diante de uma prerrogativa da cidadania. E de prerrogativa que pudesse ser utilizada por um cidadão, não fosse sua inviabilização por falta de regulamentação de norma constitucional. Parece-me que não, pois a prerrogativa de eleger e de ser eleito não é inviabilizada pelo maior ou menor número de mandatos a ser preenchidos”); b) MI 233 – versando sobre legitimidade ativa para impetrar mandado de injunção; c) MI 168 – precedente no qual reiterado o entendimento de que em MI não está autorizado o Poder Judiciário a suprir a omissão legislativa nem a ordenar a satisfação do direito reclamado; d) MI 42 – cumpre ao STF em MI tão somente dar ciência da declaração de inconstitucionalidade ao Poder omisso.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: ausência de “regras jurídicas imprescindíveis ao exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas assegurados pelo texto da Carta Política”.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: a) a existência de projetos em trâmite sem que qualquer deles seja levado à aprovação em tempo hábil “basta para caracterizar a mora”; b) inércia voluntária de órgãos e instituições do Estado em expedir leis e regulamentos para os quais a CF impõe um dever de legislar ou regulamentar; c) “comportamento negativo do Poder Público, que se abstém de cumprir a obrigação constitucional de editar normas e de prescrever regras jurídicas imprescindíveis ao exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas assegurados pelo texto da Carta Política”.

Relação entre MI e ADO: a) registrando não ser a posição dominante no STF, afirma-se inexistentes na CF “preceitos inócuos”, razão pela qual insatisfatória a leitura do texto constitucional que empresta ao MI o mesmo alcance dado à ADO, qual seja a mera ciência ao Poder responsável por suprir a omissão (nesse sentido os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio); b) por analogia com a ADO, somente cabe a fixação de prazo em MI quando se cuide de órgão administrativo.

Limites à atuação do STF: a) não pode o STF se substituir ao Congresso Nacional, especialmente em decisão de caráter eminentemente político; b) descabe fixar prazo a que o Poder Legislativo edite a norma faltante; c) o MI não autoriza a criação de direito pelo Poder Judiciário.

7. MI 58 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, Relator designado para o acórdão Ministro Celso de Mello, J. 14.12.90, DJ 19.04.91.

Resultado de julgamento: não conhecido - por maioria.

Omissão apontada: grupo de servidores públicos civis – engenheiros agrônomos – apontam omissão do Presidente da República quanto à isonomia de vencimentos assegurada na CF (quebra da isonomia salarial que teria se dado em razão de extinção de autarquia e incorporação de seus servidores à administração direta – onde a remuneração dos servidores era inferior. Contudo, no curso da impetração a autarquia foi recriada, afastando a tese da isonomia remuneratória, considerada a existência de dois regimes jurídicos).

Preceito constitucional invocado: 39, § 1º, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) MI 79 – versando sobre a mesma matéria, qual seja a desigualdade remuneratória (entre servidores com identidade de atribuições) gerada pela incorporação de servidores autárquicos à administração direta; b) MI 81 – no sentido de que o mandado de injunção desserve ao exame de omissão parcial, inviável utilizar o *writ* para atacar omissão normativa sob o argumento de que insuficiente a legislação à luz do princípio da isonomia.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: a) lacuna técnica configura-se quando há o vácuo legislativo; b) configura-se a omissão parcial decorrente de afronta ao princípio da isonomia (por exclusão de benefício) quando o benefício não alcança determinados sujeitos que em tese a ele teriam igual direito ou, ainda, foi concedido indevidamente; c) a omissão parcial por exclusão do benefício, consoante fundamentação do julgado, pode ser resolvida, pela extensão do benefício, pela sua exclusão ou, ainda, pelo reconhecimento do processo de inconstitucionalização.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: não se insere no âmbito de finalidade do mandado de injunção corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato em vigor.

8. MI 232 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. 02.08.91, DJ 27.03.92.

Resultado de julgamento: conhecido em parte e, nessa parte, deferido – por maioria.

Omissão apontada: o Centro de Cultura Prof. Luiz Freire aponta omissão do Congresso Nacional em regulamentar a isenção da contribuição para a seguridade social concedida às entidades beneficentes de assistência social.

Preceito constitucional invocado: 195, § 7º, da CF e 59 do ADCT.

Matéria penal ou tributária: sim.

Julgados referidos na fundamentação: a) MI 107 QO – invocado em reforço ao entendimento de que o MI não autoriza ao Poder Judiciário se substituir ao legislador.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: a) incompletude da norma constitucional obstativa do exercício de direito ou prerrogativa; b) a simples lacuna normativa pode ser suprida com o emprego das técnicas tradicionais de integração - analogia, costumes e princípios gerais do direito -, sendo que essa espécie de lacuna não se confunde com a omissão pela falta de norma regulamentadora (não há explicitação do que se entende por simples lacuna e por omissão normativa inconstitucional).

Conceito de mora legislativa inconstitucional: inércia do órgão estatal em cumprir sua obrigação de legislar, impossibilitando o exercício de direito ou prerrogativa assegurados na CF.

Relação entre MI e ADO: a) debate-se a tese de que MI e ADO são ações diversas à luz do texto constitucional, razão pela qual descabe limitar os efeitos da sentença em MI ao que preconizado na ADO (Voto do Ministro Marco Aurélio: “Inegavelmente, defrontamo-nos, agora, com um mandado de injunção e não com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porque, se assim não fosse, teríamos concluído, diante do que se contém no artigo 103 da Constituição Federal, pela ilegitimidade *ad causam* da Impetrante. Indaga-se: assentada esta premissa, segundo a qual o provimento no mandado de injunção há que ser um provimento delimitado subjetivamente, podemos caminhar no sentido da prolação de uma sentença meramente declaratória quanto a omissão do Congresso Nacional? A meu ver, não! A omissão é premissa do provimento judicial, mas esse provimento, a meu ver, deve alcançar o desiderato previsto no tocante ao próprio instituto do mandado de injunção? Deve viabilizar o exercício, em si, do direito, porque senão de mandado de injunção não se tratará, no caso, nem tampouco de uma sentença harmônica com esse instituto, mas de uma sentença pertinente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão”. No mesmo sentido o Ministro Carlos Velloso: “A diferença entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão, lembrei no trabalho que escrevi a respeito e que está linhas atrás mencionado, está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional genérico, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a matéria é versada apenas em abstrato e, 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 de trinta dias (C.F., art. 103, § 2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal, em concreto, que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável (C.F., art. 5º, LXXI). O inc. LXXI do art. 5º parece-me claro quando estabelece que a concessão do mandado de injunção importa viabilizar o exercício de direito e liberdade constitucional ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A disposição inscrita, a seu turno, no § 2º do art. 103 é noutro sentido: a procedência da ação para tornar efetiva norma constitucional resulta, simplesmente, no dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias"); b) enquanto o MI tem por escopo assegurar o exercício de direito subjetivo de índole constitucional, a ADO objetiva proteger o ordenamento jurídico.

Limites à atuação do STF: cabe fixar prazo para a edição da norma faltante e, desde logo, assegurar ao impetrante o exercício do direito, na hipótese de manutenção de estado de inércia legislativa (Ementa: "Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida").

9. MI 395 QO - Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. 27.05.92, DJ 11.09.92.

Resultado de julgamento: não conhecido – por unanimidade (Ementa: "EMENTA: - Mandado de injunção. - O mandado de injunção, como previsto no inciso LXXI do artigo 5º da Carta Magna, só é cabível quando "a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania", o que implica dizer que só tem legitimidade para propô-lo o titular desses direitos, liberdades ou prerrogativas cujo exercício esteja inviabilizado por falta de sua regulamentação. Portanto, ainda quando se sustentasse que a competência para desapropriar por interesse social para fins de reforma agrária fosse um direito constitucional que admitisse a impetração de mandado de injunção, faltaria ao Estado do Paraná legitimidade para impetra-lo, uma vez que dele não seria titular. [...] Mandado de injunção não conhecido por falta de legitimidade ativa. Impossibilidade jurídica do pedido de conversão do mandado de injunção em ação direta de inconstitucionalidade por omissão").

Omissão apontada: o Governador do Estado do Paraná aponta omissão quanto à regulamentação da desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, de imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social.

Preceito constitucional invocado: 184 da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: não há referência.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: descabe invocar o instituto da fungibilidade entre o MI e a ADO, na hipótese de erro não escusável.

Limites à atuação do STF: não aborda.

10. MI 369 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, Relator para o acórdão Ministro Francisco Rezek, J. 19.08.92, DJ 26.02.93.

Resultado de julgamento: deferido em parte – por maioria.

Omissão apontada: cidadão aponta omissão quanto à regulamentação da indenização relativa ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Preceito constitucional invocado: 7º, XXI, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) MI 352 QO – precedente versando sobre fixação da competência para o julgamento do MI de acordo com o responsável pela edição da norma legal ou regulamentar faltante, bem como sobre o não cabimento de liminar em MI, considerado que no MI não há falar em direito líquido e certo (pressuposto do MS), mas, sim, em omissão normativa inviabilizadora do exercício de direito ou prerrogativa; b) MI 107 QO – no contexto de que réu no mandado de injunção é o Poder, órgão ou autoridade responsável pela edição da lei ou regulamento; c) MI 283 – sobre a viabilidade de fixação de prazo pelo STF a que o Congresso Nacional edite a lei faltante.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: ausência de norma regulamentadora que viabilize o exercício do direito.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: razoável decurso de tempo sem que o direito previsto na Constituição tenha sido regulamentado, ainda que haja projetos de lei em trâmite, configura mora legislativa.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: a) cumpre ao STF, declarada a mora inconstitucional, tão somente dar ciência ao Poder responsável pela edição da lei; b) ainda que se encampasse a tese concretista do MI, a decisão teria efeitos *ex nunc* apenas, inviável regrav e/ou extrair consequências pretéritas em seu bojo, sob pena de desrespeito a outras garantias constitucionais (v.g. emprestar efeitos *ex tunc* ao que decidido em MI implicaria afirmar que houve desrespeito a regramento inexistente e, por conseguinte, sancionar na via judicial conduta pretérita inexistente).

11. MI 95 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, Relator para o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, J. 07.10.92, DJ 18.06.93.

Resultado de julgamento: deferido em parte - por maioria.

Omissão apontada: cidadão aponta omissão quanto à regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Preceito constitucional invocado: 7º, XXI, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: não há referência.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: a existência de projetos de lei em trâmite não elide a mora (entendimento majoritário. Em sentido contrário o Ministro Paulo Brossard, ao registro de que, “em face da informação de que há projetos em tramitação, parece que não se caracterizaria, indubitavelmente, a mora do Congresso”).

Relação entre MI e ADO: a) a diferença entre o MI e a ADO está no fato de que no MI, “reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável”, enquanto que na ADO “a matéria é versada apenas em abstrato e, 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 de trinta dias”; b) “a ação direta de inconstitucionalidade tem por escopo a defesa da ordem jurídica; já o mandado de injunção tem por finalidade proteger direito subjetivo constitucional”.

Limites à atuação do STF: reconhecida a omissão normativa inconstitucional, cumpre ao STF cientificar o legislador acerca da mora (Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence ficaram vencidos no entendimento de que, constatada a omissão normativa, cumpre ao STF, no bojo do MI, viabilizar o exercício do direito subjetivo, criando regra a ser aplicada no caso concreto. Em posição intermediária o Ministro Néri da Silveira, que propunha a fixação de prazo ao legislador e, caso ultrapassado, sem a edição da norma regulamentadora, a legitimação a que o impetrante obtivesse o exercício do direito no juízo competente).

12. MI 361 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, Relator para o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, J. 08.04.94, DJ 17.06.94.

Resultado de julgamento: deferido em parte – por maioria (em preliminar o STF acolhe o MI coletivo, por analogia com o MS. Registra-se ter havido ampliação do entendimento que já era emprestado ao MS, porquanto se decidiu que no MI não era necessária autorização dos sindicalizados).

Omissão apontada: o Sindicato das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte do Comércio do Estado do Rio de Janeiro (SIMPEC/RJ) aponta omissão do Congresso Nacional em editar lei complementar fixando taxa de juros não excedente de 12% ao ano.

Preceito constitucional invocado: 192, § 3º, da CF. **Matéria penal ou tributária:** não.

Julgados referidos na fundamentação: a) MI 102 – sobre a legitimidade *ad causam* de entidade sindical; b) MIs 121, 214, 215 e 230 – contemplando a tese de que não cabe a impetração quando já instaurado o processo legislativo; c) MI 95 – em sentido contrário, citado no contexto de que a existência de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, por si só, não afasta a mora legislativa; d) ADI 04 – ação em que afastada a tese da autoaplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: a existência de projetos de lei em tramitação, por si só, não afasta a mora legislativa.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: a) cabe ao STF tão somente, declarada a omissão inconstitucional, dar ciência ao Poder Legislativo de que está em mora inconstitucional; b) eventual fixação de prazo ao

legislador só é viável – sob pena de ter-se um impasse entre os Poderes, em casos nos quais, transcorrido *in albis* o prazo fixado pelo STF, possa o impetrante obter o bem da vida em ação própria.

13. – MI 20 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 19.05.94, DJ 22.11.96.

Resultado de julgamento: pedido deferido – por maioria.

Omissão apontada: a Confederação dos Servidores Públicos do Brasil aponta omissão do Congresso Nacional em editar lei complementar tornando efetivo o direito de greve do servidor público.

Preceito constitucional invocado: 37, VII, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) MIs 342 e 361 – reconhecimento de legitimidade ativa *ad causam* às organizações sindicais para impetrar mandado de injunção coletivo (cf. voto do Ministro Celso de Mello no MI 20, por adoção do regramento do mandado de segurança coletivo, “torna-se processualmente viável o acesso das entidades de classe - que estejam legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano - à via do mandado de injunção coletivo”); b) ADI 339 – apontando que o art. 9º da CF é preceito com eficácia plena, enquanto que o art. 37, VII, da CF possui eficácia limitada, a exigir a edição de lei complementar; c) MI 107 QO – reafirmando a natureza mandamental do MI.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: a) passa pela análise do conteúdo e da aplicabilidade imediata ou não do preceito constitucional; b) lacuna técnica.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: a) configura-se a inércia do Estado quando “o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários”; b) a existência de projetos de lei em trâmite não afasta a mora legislativa, “já passados quase seis anos da promulgação da Constituição”; c) a configuração da mora legislativa não depende da existência de prazos pré-fixados no texto constitucional, bastando que haja inércia por largo período de tempo;

Relação entre MI e ADO: “ao mandado de injunção não se pode emprestar contornos próprios à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sob pena de caminhar no sentido de reconhecer a dualidade de institutos com o mesmo objeto” (voto do Ministro Marco Aurélio);

Limites à atuação do STF: a) reconhecida a omissão normativa, cumpre ao STF tão somente comunicar formalmente o Poder responsável (vencidos - Ministro Marco Aurélio: “procedo à declaração da omissão do legislador e, em passo, fixo os parâmetros indispensáveis ao exercício do direito de greve a partir do disposto na Lei nº 7.783/89, com as adaptações pertinentes”; Ministro Carlos Velloso: “Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público. A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a Lei nº 7.783, de 28.06.89. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”; e Ministro Sydney Sanches: “Defiro-o, para declarar que o Congresso Nacional se encontra em mora de legislar e para instá-lo a que o faça. Só não posso fixar prazo para isso, pois a Constituição não confere tal poder ao Supremo Tribunal Federal, nem estabelece sanções para o descumprimento da determinação”); b) se a lei veda expressamente a sua aplicação à determinada hipótese, não pode o Poder Judiciário ignorar tal vedação (a Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, remete o exercício do direito de greve no serviço público à edição de lei complementar: “Art. 16. Para os fins previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido”).

14. MI 73 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, J. 07.10.94, DJ 19.12.94.

Resultado de julgamento: não conhecido – por unanimidade.

Omissão apontada: a Confederação das Associações de Microempresas do Brasil aponta omissão quanto à edição de regramento jurídico que dispense às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado.

Preceito constitucional invocado: 179 da CF.

Matéria penal ou tributária: sim.

Julgados referidos na fundamentação: MIs 342 e 363 – cabimento de mandado de injunção coletivo.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não há omissão quando vigente no

ordenamento jurídico lei regrado a hipótese.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: não aborda.

15. MI 721 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, J. 30.08.07, DJe 30.11.07.

Resultado de julgamento: parcialmente procedente – por unanimidade (Ementa: “MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91”).

Omissão apontada: cidadão aponta omissão quanto ao direito à aposentadoria especial do servidor público que labora exclusivamente em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física.

Preceito constitucional invocado: 40, § 4º, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) MI 484, 425 e 444 – mandados de injunção sobre a mesma matéria (MIs não conhecidos pelo STF por impossibilidade jurídica do pedido, ao entendimento de que, na redação original do art. 40, § 1º, da CF havia mera faculdade ao legislador e, não, uma imposição ao estabelecimento de exceções ao direito à aposentadoria); b) MIs 20 e 107 – no contexto de registrar a jurisprudência do STF acerca da natureza eminentemente mandamental do MI.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: demora incompatível com a realização do programa constitucional.

Relação entre MI e ADO: descabe, por sua natureza de processo subjetivo, confundir o MI com a ADO (voto do Ministro Marco Aurélio: “Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato”).

Limites à atuação do STF: a) observada a índole subjetiva do mandado de injunção, a decisão nele proferida alcança tão somente “a relação jurídica nele revelada”; b) cumpre ao STF viabilizar, no caso concreto, o exercício do direito ou prerrogativa constitucional por meio do MI; c) “o Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora faltante” (termos do voto do Ministro Eros Grau).

16. MI 670 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, J. 25.10.07, DJe 30.10.08.

Resultado de julgamento: mandado de injunção deferido – por maioria (a. “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do mandado de injunção e propor a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber”; b. no mesmo sentido o MI 708 (impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SINTEM) e o MI 712 (impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP), ambos da relatoria (originária) do Ministro Gilmar Mendes e atualmente conclusos para análise dos embargos de declaração opostos pelo Congresso Nacional).

Omissão apontada: o Sindicato dos Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo - SINDIPOL aponta omissão do Congresso Nacional quanto à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos.

Preceito constitucional invocado: 37, VII, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) MI 107 – no contexto de reiterar as balizas jurisprudenciais então fixadas pelo STF e apontar que a decisão no MI 670 representa uma evolução quanto às possibilidades do instituto; b) MIs 232 (MI sobre imunidade tributária de entidade beneficente), 283, 284, 543 e 562 (MIs sobre indenização dos aeronautas) – no contexto de registrar

mandados de injunção nos quais o STF culminou por adotar soluções normativas (voto do Ministro Gilmar Mendes. “As decisões referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano.”), abandonando a postura de tão somente dar ciência ao Poder Legislativo; c) MI 20, 483, 485 e 585 – oportunidades anteriores sobre omissão quanto ao direito de greve no serviço público em que o STF se limitou a declarar a mora legislativa; d) MI 631 – writ no qual a aplicação ao serviço público da lei da greve no setor privado foi ventilada (cf. voto do Ministro Carlos Velloso: “Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público. A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a Lei 7.783, de 28.6.89. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Sei que na Lei 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar a norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe a respeito do direito de greve”); e) MI 715 – versando sobre o critério de configuração do estado de inércia legiferante, qual seja a superação excessiva de prazo razoável; f) MI 721 (sobre o direito à aposentadoria especial no serviço público) – lembrando que não seria essa a primeira decisão do STF em MI na qual assegurado o exercício de direito constitucional por aplicação de norma jurídica dirigida à outra categoria de trabalhadores (aplicação supletiva do art. 57 da Lei nº 8213/91, para fins de concessão de aposentadoria especial a servidor público que tenha laborado exclusivamente sob condições prejudiciais à saúde ou à integridade física).

Conceito de omissão normativa inconstitucional: a) a omissão compreende tanto a total ausência da norma jurídica – omissão absoluta - quanto o cumprimento imperfeito do comando constitucional – omissão parcial; b) não observância de um dever constitucional de legislar.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: a mora legislativa se caracteriza pela “superação excessiva de prazo razoável” para regulamentar o texto constitucional.

Relação entre MI e ADO: a) tanto o MI quanto a ADO são “peculiares mecanismos de controle da omissão do legislador”; b) em ambas ações de controle de omissões a decisão possui caráter mandamental, observado que a pretensão nelas veiculada diz com a obtenção de “ordem judicial dirigida a um outro órgão do Estado”; c) a principal distinção entre o MI e a ADO está no fato de que o primeiro se presta à assegurar direito subjetivo e, em consequência, exige interesse jurídico, enquanto que na segunda tem-se controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão, a afastar a necessidade de um específico interesse jurídico; d) embora a eficácia *erga omnes* seja típica do controle abstrato, há grande semelhança acerca do alcance das decisões proferidas em MI (caráter objetivo de que se reveste).

Limites à atuação do STF: a) determinados estados continuados de inércia legislativa, mesmo após instado o Poder Legislativo pelo Judiciário, podem configurar “uma espécie de omissão judicial” a exigir que o STF assuma o “protagonismo legislativo” (cf. voto do Ministro Gilmar Mendes. Em sentido contrário, o Ministro Sepúlveda Pertence: “não recuo das objeções que pus, desde o “leading case” do MI nº 107, ao que hoje o Ministro Gilmar Mendes chamava um “protagonismo legislativo do Supremo Tribunal Federal” a utilizar-se, a mancheias, do mandado de injunção para substituir-se ao Congresso. Muitas vezes a demora do processo legislativo não é um problema de inércia, não é um problema de falta de vontade de legislar; é a impossibilidade política de chegar-se a uma fórmula aceita. E isso é do jogo democrático. E isso é, sobretudo, a grande virtude do processo legislativo democrático”); b) a evolução da jurisprudência valida a fixação de prazo para o Congresso Nacional legislar (registra-se que na ementa do julgado há fixação de prazo de 60 dias para o Congresso Nacional legislar sobre a matéria, mandamento esse que não foi reproduzido na parte dispositiva do acórdão); c) o suprimento da omissão pelo Poder Judiciário ostenta caráter provisório, até que o Poder, órgão ou autoridade responsável edite a legislação faltante (em que pese à provisoriedade da decisão, até a presente data não houve edição de lei acerca do direito de greve dos servidores públicos civis, completados 8 anos desde o julgamento dos MIs 670, 708 e 712); d) o MI serve como instrumento de “neutralização da inércia legiferante e da abstenção normatizadora do Estado”; e) o STF está autorizado não somente a suspender processos judiciais e atos administrativos, como também deferir outras medidas imperiosas a assegurar o gozo efetivo do direito ou prerrogativa (cf. voto do Ministro Celso de Mello “o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade

ordinária do legislador comum”).

17. MI 624 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Menezes Direito, J. 21.11.07, DJe 28.03.08.

Resultado de julgamento: mandado de injunção não conhecido – por unanimidade.

Omissão apontada: cidadão aponta omissão acerca da regulamentação dos crimes de responsabilidade praticados por Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Preceito constitucional invocado: 105, I, a, da CF.

Matéria penal ou tributária: sim.

Julgados referidos na fundamentação: não há referência.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: omissão que torne inviável o exercício de direito subjetivo ou prerrogativa do impetrante.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não é possível converter o MI em ADO, quando ausentes condições objetivas exigidas ao controle concentrado.

Limites à atuação do STF: ainda que configurada a omissão normativa inconstitucional, se sindicável apenas de forma reflexa pelo impetrante, como na hipótese da inviabilidade do exercício da cidadania em abstrato, não cabe o MI.

18. MI 943 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 22.06.11 e em 06.02.13, DJe 02.05.13.

Resultado de julgamento: mandado de injunção procedente – por unanimidade (no curso do julgamento do MI foi editada a Lei 12.506/11 regulamentando o direito ao aviso prévio proporcional, registre-se em patamar bastante inferior às propostas em debate no STF).

Omissão apontada: cidadão aponta omissão acerca da regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Preceito constitucional invocado: 7º, XXI, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) MI 107 – rememorando a conformação original emprestada pelo STF ao instituto do mandado de injunção; b) MI 232, 283 e 284 – em suporte à tese de que o STF tem ampliado o alcance das decisões proferidas em MI; c) MI 712 – adoção de solução normativa pelo STF, suprimindo a omissão quanto ao direito de greve dos servidores públicos civis; d) MIs 278, 369, 695, 945 e 1085 – processos versando sobre a mesma matéria, nos quais o STF declarou a mora legislativa inconstitucional, limitando-se a dar ciência o Congresso Nacional.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: esvaziamento de direitos e prerrogativas constitucionais ante a ausência de norma legal regulamentadora.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: inação do legislador por determinado lapso temporal.

Relação entre MI e ADO: a) decisão em MI e em processo de controle abstrato da omissão têm caráter obrigatório ou mandamental; b) o MI comporta um certo grau de objetivação, a assegurar que a decisão nele proferida, embora destinada ao caso concreto, possa servir de parâmetro decisório para outros casos semelhantes (cf. voto do Ministro Gilmar Mendes “a extensão possível dos efeitos advindos de decisão em mandado de injunção. O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos mandados de injunção gerarem efeitos concretos não somente em razão do interesse jurídico de seus impetrantes, estendendo-os também aos demais casos que guardem similitude”).

Limites à atuação do STF: a) não é suficiente apenas declarar a mora e instar o Poder Legislativo (cf. voto do Ministro Luiz Fux, “mandar aviso para o Congresso Nacional não adianta”, e, nessa linha, ainda, a constatação do Ministro Gilmar Mendes de “que se revelou inócua a simples declaração de omissão inconstitucional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal concretizar o direito constitucional assegurado desde 5.10.1988 e reconhecido há quase 20 anos por esta Corte”); b) a “sistemática conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos” (voto do Ministro Gilmar Mendes); c) a regulação adotada pelo STF ostenta caráter provisório.

APÊNDICE C

Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão – resultados

1. ADI 19 – Tribunal Pleno, Relator Ministro Aldir Passarinho, J. 23.02.89, DJ 14.04.89.

Resultado de julgamento: negado seguimento ao pedido – por unanimidade.

Omissão apontada: o Governador do Estado do Alagoas aponta omissão da Assembleia Legislativa daquele Estado em dar cumprimento, quanto à sua folha de pagamento, à lei estadual que dispunha sobre o teto remuneratório do serviço público estabelecido na Constituição da República de 1988.

Parâmetro de controle: 37, XII, e 39, § 1º, da CF e 17 do ADCT.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: não há referência.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: o art. 103, § 2º, da CF compreende omissão de caráter normativo, sem alcançar omissão quanto à prática de ato em concreto (o STF reputou a ação direta inadequada, porquanto ausente omissão normativa na hipótese, dirigida a insurgência não à ausência de legislação, mas, sim, à sua não observância).

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: declarada a inconstitucionalidade, deve ser dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

2. ADI 361 Medida Liminar – Tribunal Pleno, unanimidade, Relator Ministro Marco Aurélio, J. 05.10.90, DJ 26.10.90.

Resultado de julgamento: pedido cautelar indeferido – por unanimidade (em decisão monocrática - J. 03.08.98, DJ 13.08.98 -, o Ministro Marco Aurélio extinguiu a ADI por perda superveniente do objeto, editado pelo Presidente da República o Decreto nº 1 de 11.01.91, regulamentando a Lei 7.990/89).

Omissão apontada: o Partido Socialista Brasileiro (PSB) aponta omissão do Presidente da República em regulamentar a participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como de órgãos da administração direta da União no resultado da exploração de petróleo ou gás natural ou compensação financeira em razão dessa exploração.

Parâmetro de controle: 20, § 1º, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: MI 107 QO – no contexto de que o STF não havia pacificado o eventual cabimento de medida liminar inibitória em MI.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: o provimento judicial – tanto cautelar quanto de mérito – não pode afastar a omissão, limitado o STF a declarar a mora legislativa.

3. ADI 267 Medida Liminar – Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 25.10.90, DJ 15.05.95.

Resultado de julgamento: pedido cautelar indeferido – por maioria (a ADI foi extinta por perda superveniente do objeto, editada a Lei Complementar nº 78/93, em decisão monocrática da relatoria do Ministro Celso de Mello, J. 1º.08.02, DJe 08.08.02).

Omissão apontada: o Governador do Estado de São Paulo aponta omissão da Mesa da Câmara dos Deputados em adotar providências quanto à fixação do número de Deputados Federais por Estado-membro, proporcionalmente à população (buscava-se, por meio da edição de lei complementar, a elevação da representação do Estado de São Paulo de 60 para 70 Deputados Federais, em leitura de que o Estado mais populoso da federação deveria ter sua representação elevada ao teto constitucional).

Matéria penal ou tributária: não.

Parâmetro de controle: 45, § 1º, da CF.

Julgados referidos na fundamentação: a) MI 219 – caso abordando a mesma matéria (representação proporcional), no qual o STF afirmou não possuir densidade normativa suficiente o art. 45, § 1º, da CF, bem como assentou cumprir tão somente dar ciência da mora ao Poder Legislativo; e b) ADI 361 - consagra a inviabilidade da suspensão cautelar em ADO, observado que nem mesmo o provimento judicial último pode afastar a omissão.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: norma aberta, que para ter plena aplicabilidade exige integração normativa.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: abstenção do poder competente de legislar em prazo não razoável (o Congresso Nacional fora comunicado (Ofício STF nº 495, de 24.08.1990) da mora constitucional quando do julgamento do MI 219).

Relação entre MI e ADO: a) a jurisprudência do STF indica que as decisões em MI e ADO têm a mesma eficácia, qual seja apenas declarar a mora (posição majoritária); b) o MI possui um sentido próprio, distinto da ADO, à luz da previsão constitucional dessas duas ações, cujo rol de legitimados, dentre outros aspectos, é diverso (voto do Ministro Marco Aurélio – vencido); c) os efeitos da decisão na ADO são apenas os de dar ciência ao Congresso Nacional, enquanto que no mandado de injunção cumpre ao STF fazer as vezes do órgão omissor e, assim, impedir que continue inócuo o direito ou a prerrogativa em razão da omissão inconstitucional (Voto do Ministro Carlos Velloso – vencido).

Limites à atuação do STF: a) a integração necessária ao suprimento da omissão normativa não pode ser realizada por provimento judicial; b) em controle concentrado de constitucionalidade, o STF não atua como legislador positivo; c) em ADO a única consequência político-jurídica possível é a mera comunicação formal ao órgão estatal de que está em mora inconstitucional.

4. ADI 526 Medida liminar - Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, J. 12.12.91, DJ 05.03.93.

Resultado de julgamento: ação não conhecida – por unanimidade.

Omissão apontada: a Federação Nacional dos Sindicatos e Associações de Trabalhadores da Justiça do Trabalho (FENASTRA) aponta omissão pela não inclusão e/ou tratamento diferenciado com relação à remuneração de servidores públicos de diversas carreiras e níveis.

Parâmetro de controle: 37, X, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: MI 581 – para registrar possíveis soluções jurídicas na hipótese de omissão normativa.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: omissão parcial se configura quando a norma jurídica não atende de forma plena o mandamento constitucional.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: deve cingir-se o STF, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade por omissão da lei (total ou parcial), a comunicar ao órgão legislativo competente.

5. ADI 986 Medida Liminar – Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, J. 10.02.94, DJ 08.04.94.

Resultado de julgamento: ação não conhecida – por unanimidade.

Omissão apontada: a Associação Nacional dos Jornais aponta omissão parcial de portaria do Ministro da Fazenda por não contemplar imunidade tributária em relação ao IPMF quanto às demais operações financeiras de movimentação e transferência vinculadas à impressão de livros, jornais e periódicos.

Parâmetro de controle: 150, VI, d, da CF.

Matéria penal ou tributária: tributária.

Julgados referidos na fundamentação: a) ADIs 311, 365, 531, 536 e 513 – versam sobre o não cabimento da ADI para o controle de atos normativos secundários, na hipótese de extrapolação do âmbito material do poder regulamentar, porque afeto à seara da verificação da legalidade (tal hipótese, contudo, não se verifica na ADI 986 MC, porquanto compreendido que o ato impugnado, “embora emanado de autoridade administrativa, pretende fundar-se diretamente na Constituição Federal”, a teor da decisão do Ministro Sepúlveda Pertence); b) ADI 529 – não cabimento de liminar em ADO.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: configura-se omissão parcial quando a norma jurídica não contém tudo o que deveria conter.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda (em tal jugado, cabe registrar, o STF afirmou a impossibilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão em ação direta por ação, em que pese ao entendimento de que determinadas hipóteses de omissão parcial, v.g. quando a norma jurídica contempla o que não deveria contemplar, possam ser veiculadas na via tanto da omissão quanto da ação).

Limites à atuação do STF: em ADO não cabe liminar.

6. ADI 889 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, J. 16.03.94, DJ 22.04.94.

Resultado de julgamento: ação julgada procedente – por unanimidade (“[...] para declarar a omissão do Poder Executivo no encaminhamento do projeto, dando-se ciência ao Exmo. Sr.

Presidente da República, a fim de que sejam adotadas as providências necessárias”).

Omissão apontada: o Procurador-Geral da República aponta omissão do Presidente da República em não encaminhar projeto de lei versando sobre o aproveitamento dos censores federais.

Parâmetro de controle: 21, XVI, da CF e 23 do ADCT.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: não há referência.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: não aborda.

7. ADI 480 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Paulo Brossard, J. 13.10.94, DJ 25.11.94.

Resultado de julgamento: ação conhecida parcialmente e, nessa parte, julgada prejudicada – por unanimidade (“A ação foi ajuizada no dia 5 de abril de 1991 e as leis reclamadas foram promulgadas em 25 de julho do mesmo ano sob os n.ºs. 8.212 e 8.213; a primeira dispôs sobre a organização da seguridade social e instituiu o plano de custeio, e a segunda dispôs sobre os planos de benefícios da previdência social. Com isto o primeiro pedido perdeu o seu objeto e fica, por esta razão, prejudicado”).

Omissão apontada: O Partido dos Trabalhadores (PT) aponta omissão quanto à organização da seguridade social e dos planos de custeio e de benefício da Previdência Social.

Parâmetro de controle: 59 do ADCT.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: não há referência.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: não aborda.

8. ADI 1.439 Medida liminar – Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 22.05.96, DJe 30.05.03.

Resultado de julgamento: não conhecida - por maioria.

Omissão apontada: o Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Comunista do Brasil (PC do B) e o Partido Socialista Brasileiro (PSB) apontam inconstitucionalidade do art. 1º da Medida Provisória 1.415/96, que fixa o salário mínimo, ao argumento de que o novo valor é insuficiente para suprir necessidades vitais básicas consagradas no texto constitucional (proposta como ação direta de inconstitucionalidade do art. 102, I, a da CF, não como ação direta de inconstitucionalidade por omissão de que trata o art. 103, § 2º, da CF, espécie adequada, nos moldes do voto do Ministro Relator, ao pedido veiculado – insuficiência na norma jurídica - omissão parcial).

Parâmetro de controle: 7º, IV, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) ADI 267 – não cabimento de medida cautelar em ADO; b) ADI 986 – inadmissibilidade da conversão da ADI em ADO.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: omissão total se configura quando não é tomada qualquer providência para viabilizar o direito ou liberdade assegurado pelo comando constitucional, enquanto que a omissão parcial se traduz na adoção de medida insuficiente.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: a) inércia que se qualifica como “um dos processos informais de mudança da Constituição”; b) deixar o Estado “de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs”.

Relação entre MI e ADO: não aborda (Em tal julgamento o STF reiterou sua jurisprudência “no sentido de não considerar admissível a possibilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade, por violação positiva da Constituição, em ação de inconstitucionalidade por omissão, decorrente da violação negativa do texto constitucional”, bem como destacou ser, em princípio, cabível liminar em ADI, mas, não, em ADO. Registra-se, contudo, que por ocasião do exame da medida liminar na ADI 1.600, da relatoria do Ministro Sydney Sanches, julgada em 27.08.97 (DJ 06.02.98), em que o Procurador-Geral da República, com base nos arts. 146, I e III, e 155, § 2º, XII, da CF, apontou “omissão da lei complementar na disciplina de elementos fundamentais, necessários à instituição do imposto sobre navegação aérea”, o Pleno do STF conheceu da ação como direta de inconstitucionalidade por ação e, não, por omissão).

Limites à atuação do STF: a) em ADO não cabe liminar; b) a procedência da ADO “confere ao

Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional”; c) não cabe ao STF, “em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente”; d) a “ação de inconstitucionalidade por omissão tem por única conseqüência o reconhecimento do estado de inércia do Poder Público, que será exortado pelo Tribunal, em verdadeiro apelo ao legislador, a adimplir a obrigação normativa de que se absteve” (voto do Ministro Celso de Mello, em trecho no qual faz contraponto, ao afirmar que na ADI - por ação - o STF atua como legislador negativo, decotando do ordenamento a norma jurídica inconstitucional).

9. ADI 1.458 Medida liminar - Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 23.05.96, DJ 20.09.96.

Resultado de julgamento: pedido liminar indeferido – por unanimidade (ação extinta sem resolução do mérito (prejudicada) por decisão do Ministro Sepúlveda Pertence, publicada no DJe de 31.10.01).

Omissão apontada: a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) aponta omissão do Presidente da República quanto à fixação do novo valor do salário mínimo, em patamar que não observa os ditames constitucionais.

Parâmetro de controle: 7º, IV, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: ADI 267 – não cabimento de medida liminar em ADO.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: omissão parcial deriva da “insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário”.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: a) “situação inconstitucional que deriva do descumprimento, por inércia estatal, de norma impositiva de determinado comportamento atribuído ao Poder Público pela própria Constituição”; b) “comportamento negativo dos poderes constituídos, que deixam de editar normas regulamentadoras do texto constitucional previstas na própria Constituição”.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: a) não cabe medida liminar em ADO, porquanto o seu provimento “importaria em revivescência da legislação revogada”, agravando o quadro apontado como deficiente; b) em ADO cabe ao STF apenas comunicar o órgão estatal em mora constitucional; c) em ADO são “extremamente limitados os poderes deferidos pela Carta da República ao Supremo Tribunal Federal, que não poderá, em hipótese alguma, substituindo-se ao órgão estatal inadimplente, expedir provimentos normativos que atuem como sucedâneo da norma reclamada pela Constituição, mas não editada - ou editada de maneira insatisfatória - pelo Poder Público”.

10. ADI 2.061 – Tribunal Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, J. 25.04.01, DJe 29.06.01.

Resultado de julgamento: pedido parcialmente procedente - por unanimidade.

Omissão apontada: o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) apontam omissão do Presidente da República em enviar proposta legislativa para revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos federais (o STF já havia examinado a matéria, sob a ótica da redação original do art. 37, X, da CF, no bojo do MS 22.439, da relatoria do Ministro Mauricio Corrêa (J. 15.05.96), ocasião em que a maioria decidiu contemplar o preceito citado exclusivamente o comando de aplicação paritária – aos servidores públicos civis e militares – dos índices de revisão. Decidiu-se naquela oportunidade que o art. 37, X, da CF não criara uma espécie de “data-base” para os servidores públicos, a impor ao Estado a revisão geral periódica e anual).

Parâmetro de controle: 37, X, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: não há referência.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: inércia em inaugurar o processo legislativo acerca de matéria para a qual não há dúvida da existência de uma obrigação de fazer por parte do Poder Executivo.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: a) declarada a inconstitucionalidade por omissão, limita-se o STF a reconhecer a mora e a cientificar a autoridade responsável; b) não cabe ao STF fixar prazo ao suprimento da omissão.

11. ADI 1.484 - Decisão Monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, Relator – J. 21.08.01, DJe 28.08.01.

Resultado de julgamento: extinto o processo ante a perda superveniente de objeto.

Omissão apontada: o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido dos Trabalhadores (PT) apontam omissão quanto à flexibilização dos serviços de telecomunicações, por não contemplar a legislação editada a organização dos serviços e a criação de um órgão regulador, bem como deixar de reprimir o abuso do poder econômico em tal seara.

Parâmetro de controle: 21, XI, 173, § 4º, e 220, § 5º, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: ADI 1.458 – aborda as modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: a) “missão do Estado, decorrente da inércia de suas instituições, quanto à concretização das imposições legiferantes fundadas em cláusulas constitucionais mandatórias”; b) configura-se a omissão ante a ausência ou insuficiência “de regulamentação normativa de cláusulas constitucionais mandatórias, que impõem, ao Poder Público, o dever de legislar”.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: a) reconhecida em controle concentrado a omissão, cumpre ao STF tão somente comunicar o Poder Público responsável, “ainda que em caráter admonitório, para cientificá-lo de que se acha em mora constitucional, ressalvado o caráter mandamental dessa mesma decisão, quando se tratar, excepcionalmente, de órgão administrativo, hipótese em que este terá que cumprir a determinação da Corte, ‘em trinta dias’ (CF, art. 103, § 2º)”; b) “O Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato, ao declarar a situação de inconstitucionalidade por omissão, não poderá, em hipótese alguma, substituindo-se ao órgão estatal inadimplente, expedir provimentos normativos que atuem como sucedâneo da norma reclamada pela Constituição, mas não editada - ou editada de maneira incompleta – pelo Poder Público”.

12. ADI 1.442 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, J. 03.11.04, DJe 29.04.05.

Resultado de julgamento: ação direta não conhecida - por maioria.

Omissão apontada: a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) apontam omissão quanto ao novo valor fixado a título de salário mínimo, por insuficiente ao atendimento do comando constitucional.

Parâmetro de controle: 7, IV, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) ADIs 271 e 335 – ilegitimidade de centrais sindicais para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade; b) ADI 267 – não cabimento de medida cautelar em ADO; c) ADI 986 – inviabilidade da conversão da ADI em ADO.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: norma jurídica que não realiza integralmente o comando constitucional.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: a) deixar o legislador de atuar como “sujeito concretizante do postulado constitucional”, na hipótese em que imposto ao Poder Público o dever de legislar; b) deixar o Poder Público de “adotar as medidas, legislativas ou não, que sejam necessárias para tornar efetivos, operantes e exequíveis os próprios preceitos da Constituição”.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: cabe ao STF, reconhecida a inércia do Poder Público, apenas dar ciência ao legislador.

13. ADI 2.471 - Decisão Monocrática proferida pelo Ministro Eros Grau - Relator – J. 11.03.05, DJe 18.03.05.

Resultado de julgamento: negado seguimento à ação (impossibilidade jurídica do pedido e perda superveniente de objeto).

Omissão apontada: a Confederação Nacional dos Trabalhadores (CNT) aponta omissão do Presidente da República e do Congresso Nacional em não corrigir a base de cálculo do imposto de renda ou os valores a deduzir.

Parâmetro de controle: 5º, II, 145, § 1º, e 150, I, da CF.

Matéria penal ou tributária: tributária.

Julgados referidos na fundamentação: ADI 1.484 – sobre a limitação do STF a tão somente cientificar o poder público na hipótese de reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa constitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: a jurisprudência do STF conduz à conclusão de que, “ainda que se reconhecesse formalmente a omissão do poder público em editar lei necessária à concretização de garantia constitucionalmente prevista, não poderia o Judiciário determinar que outro Poder,

independentemente de previsão legal, aplicasse índice de correção para atualizar a base de cálculo de tributos”.

14. ADI 3.276 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, J. 02.06.05, DJe 1º.02.08.

Resultado de julgamento: ação julgada procedente – por unanimidade (declarada a inconstitucionalidade por omissão em relação à criação das carreiras de auditores e de membros do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará).

Omissão apontada: o Partido Democrático Trabalhista (PDT) aponta omissão do Tribunal de Contas do Estado em não encaminhar “mensagem criando os cargos de auditor e membro do Ministério Público Especial”.

Parâmetro de controle: 73, § 2º, I, e 75 da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: ADI 3.128 – versando sobre a mesma questão.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: ausência de lei.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: inércia legislativa ultrapassado determinado lapso temporal.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: não aborda.

15. ADI 3.303 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Britto, J. 27.09.06, DJe 13.03.07.

Resultado de julgamento: ação improcedente – por unanimidade.

Omissão apontada: o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) aponta omissão do Chefe do Poder Executivo decorrente do não envio ao Congresso Nacional, em janeiro de 2004, de projeto de lei para revisão da remuneração dos servidores públicos da União.

Parâmetro de controle: 37, X, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: não há referência.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não ocorre a mora legislativa quando ainda não escoado o prazo fixado para o cumprimento da obrigação constitucional (ação proposta quando ainda restavam três meses para o Presidente da República propor a lei de revisão geral).

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: não aborda.

16. ADI 3.682 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 09.05.07, DJe 06.09.07.

Resultado de julgamento: ação julgada procedente – por unanimidade.

Omissão apontada: a Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso aponta omissão do Presidente da República e do Congresso Nacional em não elaborar lei complementar disposta sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios.

Parâmetro de controle: 18, § 4º, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) ADIs 2.240, 2.381, 3.149, 2.702, 2.967, 2.632, 3.149 e 2.632 – igualmente versando sobre a inconstitucionalidade da criação de Municípios após a Emenda Constitucional 15/96, ausente lei complementar disposta sobre a matéria; b) MI 107 – rememorando as balizas de atuação do STF na hipótese de reconhecimento da omissão inconstitucional.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: a) “configura a omissão inconstitucional não só o inadimplemento absoluto de um dever de legislar (omissão total), mas também a execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever (omissão parcial)”; b) “a lacuna inconstitucional [pode] decorrer de uma mudança nas relações fáticas, configurando para o legislador imediato dever de adequação”; c) a *inertia deliberandi* também pode ser objeto de ADO.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: a) decurso de lapso temporal - no caso mais de 10 anos - sem que o legislador dê cumprimento “a inequívoco dever constitucional de legislar”; b) a ausência do ato normativo e extenso lapso temporal “podem não ser suficientes para a configuração” da mora legislativa; c) o fato de existirem projetos de lei é insuficiente a afastar a mora legislativa, caso se verifique inércia do legislador em discutir e aprovar a matéria (*inertia deliberandi*).

Relação entre MI e ADO: a) são instrumentos próprios ao controle de constitucionalidade por omissão o MI e a ADO; b) na ADO, assim como no MI, podem ser veiculadas tanto “a omissão total, absoluta, do legislador, quanto a omissão parcial, ou o cumprimento incompleto ou defeituoso de dever constitucional de legislar”.

Limites à atuação do STF: a) o STF fixa prazo à atuação do legislador (na parte dispositiva do inteiro teor do acórdão houve fixação de prazo ao legislador: “[...] e, por maioria, estabelecer o prazo de 18 (dezoito) meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da norma constitucional imposta pelo artigo 18, § 4º, da Constituição Federal”. Contudo, nos termos do

voto do Ministro Relator, a fixação de prazo não configurava uma imposição do STF ao Congresso Nacional: “não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios”); b) o Presidente da Câmara dos Deputados (Deputado Federal Arlindo Chinaglia), com base no art. 2º da CF, oficia ao STF comunicando “discordar do estabelecimento de prazo para o Congresso Nacional exercer sua função precípua” (“Na condição de Presidente da Câmara dos Deputados, com arrimo no art. 2º da Lei Maior, peço permissão de Vossa Excelência para discordar do estabelecimento de prazo para o Congresso Nacional exercer sua função precípua. Não é demais lembrar que a Câmara dos Deputados age no interesse da sociedade. Em razão disso, o povo, reunido em Assembléia Nacional Constituinte, outorgou-lhe a discricionariedade para participar da elaboração das normas jurídicas, atendendo aos critérios de oportunidade e conveniência política, determinados pela própria sociedade, legitimamente representada nas Casas do Congresso Nacional. [...] Este pronunciamento não tem outro objetivo senão o de procurar fortalecer as relações entre as instituições que são legitimadas a exercerem as funções de Estado.” Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/supremo/supremo.html#/visualizador>>. Acesso em 15 nov. 2015). Em resposta, o Presidente do STF (Ministro Gilmar Mendes) esclarece que “não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável” (“DESPACHO: Tendo em vista o Ofício nº. 1073/2008/SGM/P (fl. 200), de 2 de setembro de 2008, oficie-se ao Presidente da Câmara dos Deputados, encaminhando o inteiro teor do acórdão de fls. 132-187 e esclarecendo ‘não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.’” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2366425>>. Acesso em 15 nov. 2015).

17. ADI 1.987– Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, J. 24.02.10, DJe 29.04.10.

Resultado de julgamento: procedentes os pedidos nas ações diretas de inconstitucionalidade – por maioria (a. ação julgada procedente para, declarada a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, assegurar a aplicação de preceitos da LC nº 62/1989 até 31.12.2012; b. julgamento conjunto com as ADI 875, 2727 e 3243, veiculadas por ação e, não, por omissão; e c. vencido o Ministro Marco Aurélio quanto à procedência dos pedidos nas ADIs (por ação). Contudo, o Ministro Marco Aurélio também votou pela procedência da ADI (por omissão). Assim, quanto à ADO tem-se a procedência à unanimidade).

Omissão apontada: os Estados de Mato Grosso e Goiás apontam omissão do Congresso Nacional em regulamentar o art. 161, II, da CF, acerca dos Fundos de Participação dos Estados - FPE, ao argumento de que o critério fixado na Lei Complementar nº 62/89 não atende ao comando constitucional de promoção do equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios.

Matéria penal ou tributária: não.

Parâmetro de controle: 161, II, da CF.

Precedentes: a) ADI 150 MC – precedente sobre o julgamento conjunto de ADIs verificada a conexão; b) ADPF 72 QO – reconhece a fungibilidade entre ADI e ADPF, bem como a subsidiariedade entre tais ações; c) ADI 2240 – em suporte à tese de que, sem abandono da doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, há hipóteses que exigem solução diversa do simples afastamento da norma jurídica que padece do vício da omissão parcial, observado o princípio da segurança jurídica (ou outro princípio de igual estatura). Em síntese, sustenta-se, pela ponderação de princípios, a técnica decisória da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: a) omissão pode ser total ou parcial; b) configura omissão parcial a edição de norma jurídica que não corresponde, plenamente, ao dever constitucional de legislar; c) eventual mudança das relações jurídicas ou fáticas pode configurar omissão parcial, exigindo do legislador a adequação do complexo normativo existente; d) a omissão parcial, porque pressupõe legislação, situa-se em zona limítrofe entre a inconstitucionalidade por ação e por omissão.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: configura a mora legislativa a inobservância de um dever constitucional de legislar, à luz de comando expresso ou decorrente do processo de

interpretação do texto da CF.

Relação entre MI e ADO: decisão em MI e ADO tem natureza mandamental ou obrigacional para o legislador.

Limites à atuação do STF: conclui-se pela possibilidade de fixação de prazo para o Congresso Nacional legislar (debate-se a possibilidade de fixação de prazo para legislar e as consequências jurídicas da eventual não observância pelo Congresso Nacional, ventilando-se a dificuldade em cobrar prazos do legislador, quando há processos no STF que passam anos sem decisão); b) decisão em MI e ADO tem natureza mandamental ou obrigacional para o legislador.

18. ADI 1.698 - Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, J. 25.02.10, DJe 16.04.10

Resultado de julgamento: ação julgada improcedente – por maioria.

Omissão apontada: o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Comunista do Brasil (PC do B) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) apontam omissão do Presidente da República em não observar o comando constitucional de erradicar o analfabetismo, bem como garantir a oferta e a implementação perene de ensino fundamental obrigatório e gratuito.

Parâmetro de controle: 6º, 23, V, 208, I, e 214, I, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: ADI 19 – a omissão de que trata o art. 103, § 2º, da CF deve ser de caráter normativo.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: configura-se a omissão inconstitucional “quando a autoridade competente para adotar determinada providência, que torne eficaz direito constitucionalmente assegurado, deixa de agir na forma prevista no sistema”.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: é possível o controle de constitucionalidade por omissão na seara das políticas públicas.

19. ADO 23 Medida liminar – Decisão Monocrática proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente), ad referendum do Tribunal Pleno – Relator Ministro Dias Toffoli – J. 24.01.13, DJe 01.02.13.

Resultado de julgamento: liminar deferida para garantir aos Estados e ao Distrito Federal o repasse, pela União, das verbas do Fundo de Participação dos Estados – FPE, em conformidade com os critérios anteriormente vigentes, por mais 150 dias (em 11.04.14 a ADO 23 foi extinta sem resolução do mérito por perda superveniente de objeto).

Omissão apontada: os Governadores dos Estados da Bahia, Maranhão, Minas Gerais e Pernambuco apontam omissão do Congresso Nacional quanto à edição de lei complementar fixando os critérios para fins de rateio do FPE.

Parâmetro de controle: 159, I, e 161, II, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243 – ações nas quais o STF declarou a inconstitucionalidade de preceitos da Lei Complementar nº 62/1989 (o STF entendeu que a LC nº 62/89 não observava o comando do inciso I do art. 159 da CF, de promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios. Os efeitos da decisão foram modulados para assegurar a validade da lei complementar até 31.12.12).

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: a apresentação e tramitação de projeto de lei tendente a suprir o vácuo legislativo não é suficiente para afastar a inércia legislativa inconstitucional.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: autorizada a concessão de cautelar em ADO com o advento da Lei 12.063/09, que inseriu o art. 12-F, § 1º, na Lei 9.868/99.

20. ADI 4.270 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Joaquim Barbosa, J. 14.03.12, DJe 25.09.12.

Resultado de julgamento: procedente o pedido – por maioria (a eficácia da decisão por diferida por 12 meses).

Omissão apontada: a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) apontam omissão do Estado na criação da carreira de Defensor Público.

Parâmetro de controle: 5º, LXXIV, e 134, caput, e §§ 1º e 2º, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) ADIs 2.229, 3.700, 3.022, 2.903 e 3.043 – versam sobre a criação de Defensorias Públicas; b) ADI 3.819 – trata da possibilidade de diferimento no tempo da eficácia de decisão proferida pelo STF em que se reconheça a inconstitucionalidade de preceito legal.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: a) sinaliza-se ultrapassadas as categorias conceituais utilizadas pelo STF nas decisões em controle concentrado (o Ministro Luiz Fux destaca em seu voto que “essa classificação de que na ação declaratória de constitucionalidade nós nos limitamos a declarar a nulidade é já uma tendência superada, como também já é superada essa questão de se imaginar que a Suprema Corte não exerça e nem possa exercer o papel de legislador positivo no caso das sentenças aditivas. Essa classificação moderna, hoje, da eficácia das decisões no controle de constitucionalidade modificou-se completamente”); b) não está o STF em ADO limitado a tão somente declarar a nulidade; c) o STF pode diferir no tempo a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade; d) o STF pode exercer o papel de legislador positivo.

21. ADI 4.947 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, Relatora para o acórdão Ministra Rosa Weber, J. 1º.07.14, DJe 30.10.14.

Resultado de julgamento: ação julgada procedente - por maioria (a. nos termos do voto da Ministra Rosa Weber, Relatora para o acórdão, a ação direta foi julgada “procedente para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar nº 78/1993, por omissão do legislador complementar quanto aos comandos que lhe foram endereçados pelo art. 45, § 1º, da Carta Política no tocante à definição do número total de deputados federais e da representação por ente federado”; b. julgamento conjunto com as ADIs 4.963, 4.965, 5.020 e 5.028; c. Propuseram modular os efeitos da decisão os Ministros Rosa Weber, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Contudo, tal modulação não foi possível em razão do não atingimento do quórum exigido no art. 27 da Lei 9.868/99).

Omissão apontada: o Governador do Estado do Espírito Santo (requerente da ADI 4.947. As ADIs 4.963, 4.965, 5.020 e 5.028 têm por requerentes o Governador do Estado da Paraíba, a Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Piauí e a Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco) aponta insuficiente o regramento legal que estabelece a representação dos Estados-membros na Câmara dos Deputados, bem como em suas respectivas casas legislativas.

Parâmetro de controle: 2º; 5º, II, 22, I e XIII, 45, *caput* e § 1º, da CF e 4º, § 2º do ADCT.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) ADI 2.791 – possibilidade, em situação excepcional e com base em outro fundamento constitucional, do afastamento do princípio da nulidade; b) ADI 875 – necessidade de modulação de efeitos, a fim de não causar insegurança jurídica, declarada a inconstitucionalidade em hipótese de omissão normativa parcial; c) ADI 3.601 QO – versando sobre a suspensão do julgamento – até que todos os votos possam ser colhidos - quando ausentes integrantes do Colegiado em número que possa alterar o resultado da declaração de inconstitucionalidade ou a modulação dos efeitos da decisão.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: a) a persistir a omissão do legislador na matéria, o caminho indicado pela CF é o mandado de injunção, observado o seu papel de normativo concretizante; b) ventila-se a possibilidade de a ADO também comportar o papel do MI.

Limites à atuação do STF: debate-se a gravidade da adoção de técnicas interpretativas, bem como da modulação de efeitos das decisões em controle concentrado, naquilo em que afastam o princípio da nulidade das normas jurídicas declaradas inconstitucionais.

22. ADO 6 - Tribunal Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, J. 11.02.15, DJe 20.03.15.

Resultado de julgamento: ação prejudicada – por unanimidade (perda superveniente de objeto).

Omissão apontada: o Democratas (DEM) aponta omissão do Governador do Estado do Paraná em dar início ao processo legislativo implantando modelo remuneratório por subsídio em determinadas carreiras daquela unidade da federação.

Parâmetro de controle: 39, § 4º, 128, § 5º, I, c, 135 e 144, § 9º, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: não há referência.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: não aborda.

23. ADO 28 - Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, J. 16.04.15, DJe 03.08.15.

Resultado de julgamento: ação improcedente - por maioria.

Omissão apontada: o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) aponta

omissão do Governador e da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo quanto à elaboração de lei complementar dispondo sobre critérios diferenciados para aposentadoria dos policiais civis e militares do sexo feminino.

Parâmetro de controle: 40, § 4º, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) ADI 3.817 – trata do regime jurídico (aposentadoria especial) de policiais civis; b) ADI 1.439 – rememorando que do não fazer ou do não prestar por parte do Estado resulta a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total ou parcial; c) ADI 1.458 – ao registro de que as situações configuradoras de omissão inconstitucional “refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário”; d) MIs 2.283, 2.406, 2.590, 2.787, 3.861, 5.390, 5.474, 782, 2.570, 2.548, 2.581, 4.927, 5.798, 5.812 e 5.970 – *writs* nos quais afastada a omissão normativa quanto à aposentadoria especial de policial, ao fundamento de que recepcionada a LC nº 51/85.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: é a omissão “do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional”.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda (registra-se assentado nos debates que ADI, ADC e ADO são espécies de ações de mesmo gênero, razão pela qual devem ser tratadas com paralelismo).

Limites à atuação do STF: não aborda.

24. ADO 22 - Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, J. 22.04.15, DJe 03.08.15.

Resultado de julgamento: ação improcedente – por unanimidade.

Omissão apontada: o Procurador-Geral da República aponta omissão legislativa parcial quanto à regulamentação da propaganda de bebidas de teor alcoólico inferior a treze graus Gay Lussac (13º GL).

Parâmetro de controle: 220, § 4º, da CF.

Matéria penal ou tributária: não.

Julgados referidos na fundamentação: a) ADI 1.439 – sobre a limitação do STF de, reconhecida a inércia do Poder Público, tão somente dar ciência da mora; b) ADI 267 – no contexto de que o STF em controle abstrato de constitucionalidade deve atuar como legislador negativo.

Conceito de omissão normativa inconstitucional: não aborda.

Conceito de mora legislativa inconstitucional: não aborda.

Relação entre MI e ADO: não aborda.

Limites à atuação do STF: a) é vedado ao STF, no exercício da jurisdição, criar norma geral e abstrata em substituição ao legislador; b) não é possível reconhecer a omissão normativa quando necessário “analisar a conveniência política de normas legitimamente elaboradas pelos representantes eleitos pelo povo”.