



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAMILA FERREIRA ALVES

**A APLICAÇÃO DA TEORIA CONCRETISTA INTERMEDIÁRIA NA AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 25**

Juazeiro do Norte
2019

CAMILA FERREIRA ALVES

**A APLICAÇÃO DA TEORIA CONCRETISTA INTERMEDIÁRIA NA AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 25**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para a obtenção do grau de bacharelado em Direito.

Orientador: Ítalo Roberto Tavares do Nascimento.

Juazeiro do Norte

2019

CAMILA FERREIRA ALVES

**A APLICAÇÃO DA TEORIA CONCRETISTA INTERMEDIÁRIANA AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 25.**

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito do Centro
Universitário Dr. Leão Sampaio, como
requisito para a obtenção do grau de
bacharelado em Direito.

Orientador: Ítalo Roberto Tavares do
Nascimento

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof. Ítalo Roberto Tavares
Orientador

Professora Especialista: Tamyris Madeira de Brito
Examinador 1

Professor Especialista: Christiano Siebra Felício Calou
Examinador 2

*A minha mãe Alzenir, por sua
capacidade de acreditar e investir
em mim.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que sem ele eu nada seria.

A minha mãe Alzenir, que sempre batalhou para me ajudar a chegar até aqui, acreditou no meu sonho e sonhou junto comigo. Hoje e sempre a minha eterna gratidão. Agradecerei eternamente a Deus pela vida dela, e por ele ter me dado a melhor mãe do mundo.

Ao meu pai João, por todo apoio e confiança.

Ao meu padrasto Luís Lino, que foi tão importante na minha vida, principalmente durante a minha jornada acadêmica. Escrevo esses agradecimentos com os olhos cheios de lágrimas por não o ter mais comigo, mas sei que hoje ele está descansando ao lado do pai.

As minhas irmãs Célia, Sueli e Sônia e minhas sobrinhas Suiane, Beatriz e Natália por estarem ao meu lado desde o início acreditando e me dando forças para continuar.

Ao meu sobrinho Pedro Vitor, de nove anos de idade, que todos os dias à tarde, após vim do reforço escolar, passava na minha casa e perguntava como estava indo a produção do meu trabalho. Isso demonstra interesse e preocupação.

Ao meu professor e orientador Ítalo Roberto, que no decorrer do curso com sua inteligência fez eu me encantar pelo Direito Constitucional, e hoje ter desenvolvido minha monografia nessa área.

As minhas amigas Lara, Clarissa, Gardênia, Aline e Corrinha, pelo apoio que me deram no decorrer do curso, e por hoje serem minhas amigas para o resto da vida.

RESUMO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão foi instituída pela primeira vez na Constituição Federal de 1988 e seu objetivo é combater a omissão inconstitucional que permeia o ordenamento jurídico e que é responsável por tornar inviável o exercício de direitos e garantias constitucionais. O presente trabalho busca fazer uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25 no tocante os seus efeitos após a mudança de interpretação por parte do Supremo Tribunal Federal, pois até então o judiciário fazia uso da teoria não concretista e apenas declarava a mora e cientificava o poder competente. Com o passar do tempo a Corte passou a reexaminar a natureza e os efeitos da decisão, chegando à conclusão que tratava de um instrumento inócuo, pois o legislativo insistia em continuar omissos. Dessa forma, o Supremo avançou o entendimento e preferiu aplicar a teoria concretista intermediária e ao invés de apenas cientificá-lo da omissão também aplicar um prazo para regulamentação e em caso de descumprimento uma solução provisória, com isso passando a dar utilidade prática ao instrumento, que é combater de fato o estado de coisa inconstitucional. Nesta tarefa foi imprescindível a análise doutrinária e jurisprudencial sobre os aspectos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão frente ao princípio da separação de poderes, dando enfoque especial no avanço de entendimento da Corte durante esses anos. Por fim, foi concluído que, ao aplicar a teoria concretista intermediária na ADO 25, o Supremo Tribunal Federal não está ferindo a autonomia do poder legislativo, tendo em vista que as decisões no controle concentrado de constitucionalidade não o vinculam, e caso não concorde com a decisão ora tomada pelo Supremo basta legislar que a decisão perde seus efeitos.

Palavras-chave: Eficácia limitada. Omissão Inconstitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Teoria Concretista Intermediária. Efeitos da Decisão.

ABSTRACT

The Direct Action of Unconstitutionality for Default was first instituted in the Federal Constitution of 1988 and its purpose is to combat the unconstitutional omission that permeates the legal system and that is responsible for making the exercise of constitutional rights and guarantees unfeasible. The present work seeks to make an analysis of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission 25 regarding its effects after the change of interpretation by the Federal Supreme Court, because until then the judiciary made use of the non-concrete theory and only declared the delay and scientific the competent power. Over time, the Court began to re-examine the nature and effects of the decision, arriving at the conclusion that it was an innocuous instrument, since the legislature insisted on remaining silent. In this way, the Supreme advanced the understanding and preferred to apply the intermediate concrete theory and instead of only scientificing it of the omission also to apply a term for regulation and in case of noncompliance with a provisional solution, with that giving practical use to the instrument, which is to combat in fact the state of unconstitutional thing. In this task, it was essential the doctrinal and jurisprudential analysis on the aspects of Direct Action of Unconstitutionality by Omission in front of the principle of separation of powers, giving special focus on the advance of understanding of the Court during those years. Finally, it was concluded that, in applying the intermediate concrete theory in ADO 25, the Federal Supreme Court is not harming the autonomy of the legislative power, since decisions in the concentrated control of constitutionality do not bind it, and if it does not agree with the decision now taken by the Supreme Court suffices to legislate that the decision loses its effects.

Keywords: Limited efficacy. Unconstitutional omission. Direct Action of Unconstitutionality by Default. Intermediate Concrete Theory. Effects of Decision.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A NORMA CONSTITUCIONAL E SUA EFICÁCIA	11
2.1 A NORMA CONSTITUCIONAL	12
2.2 EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL	14
2.3 CRISE NORMATIVA E INEFICÁCIA COMO VIOLAÇÃO A CONSTITUIÇÃO ...	19
3 FERRAMENTAS DESTINADAS À SOLUÇÃO DA CRISE NORMATIVA	23
3.1 AS AÇÕES DE CONTROLE DA OMISSÃO	24
3.1.1 As teorias aplicáveis	27
3.1.1.1 A ADO e a crítica à sua utilidade	29
4 JULGAMENTO DA ADO 25: UMA TRANSFORMAÇÃO DO INSTRUMENTO? ..	32
4.1 A DISCUSSÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 25	32
4.1.1 Críticas a aplicação da teoria concretista intermediária para a ADO	39
4.1.1.1 Consequências da aplicação da teoria concretista intermediária para os novos julgados	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

O tema da Omissão Inconstitucional é alvo de discussão desde a promulgação da Constituição de 1988, isto porque esse fenômeno deriva da crise que permeia as normas de eficácia limitada. A inércia inconstitucional advinda do poder legislativo é responsável por inúmeras violações ao texto constitucional, pois, os mandamentos que o constituinte originário determina no momento de criação da Carta Magna continuam até hoje carente de regulamentação, impedindo o exercício dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem previsão legal no art. 103, §2º da Constituição Federal de 1988, cujo texto revela “ 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”.

O presente trabalho tem como objetivo geral identificar os efeitos da aplicação da teoria concretista intermediária na ADO 25, tendo em vista que a mudança de entendimento é considerada um avanço na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o assunto ainda é controverso na doutrina, e tem como objetivos específicos: Traçar o contexto histórico da eficácia das normas constitucionais e suas garantias no ordenamento jurídico nacional; Investigar as consequências da omissão legislativa diante da efetividade das normas constitucionais e os instrumentos garantidores; Interpretar a ADO 25 de acordo com a teoria concretista intermediária.

Os objetivos específicos deram origem aos capítulos, e no primeiro será traçado o histórico das normas constitucionais, dando enfoque as classificações bem como a contribuição internacional para o tema. O contexto das normas de eficácia limitada, pois a omissão inconstitucional deriva desse instituto. E por fim, será finalizado com a abordagem acerca da crise normativa e ineficácia como violação à Constituição.

O segundo capítulo será desenvolvido partindo da análise das ferramentas responsáveis para sanar a crise normativa que deriva das omissões inconstitucionais, dando enfoque claro a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que é o objeto do referido trabalho. Também será abordado a crítica a utilidade da ADO, tendo em vista que desde a promulgação da Constituição de 1988 a doutrina e parte da jurisprudência considera a ferramenta inútil, ao passo que apenas científica o poder público da omissão.

E por fim, no terceiro capítulo será analisado o julgamento da ADO 25 que é o cerne do trabalho, partindo da discussão dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal levando

em consideração os argumentos contra e a favor da mudança de entendimento e as consequências da aplicação da teoria concretista intermediária para os novos julgados, tendo em vista que a mudança na ADO 25 traz inovação para a ciência jurídica.

O presente trabalho é de suma importância, pois vai trazer a discussão sobre uma ferramenta que garante a supressão de omissões inconstitucionais contrárias a direitos, e traz contribuições para a ciência jurídica, pois é um tema atual e controverso na doutrina e jurisprudência.

Dessa forma, para a impetração dessa ação é necessário o preenchimento de requisitos, como a omissão total ou parcial de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos previstos na Constituição. Enquanto aos efeitos das decisões nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, desde a promulgação da Carta Magna de 1988 preponderava no Supremo Tribunal Federal até 2007 uma posição não concretista. Então, aplicando essa teoria, os ministros entendiam que o judiciário ao se deparar com a omissão inconstitucional deveria apenas declarar a mora e cientificar o poder público da omissão e se órgão administrativo para sanar em trinta dias, tal qual o artigo preceituava.

Ocorre que esse posicionamento foi duramente criticado pela doutrina e jurisprudência, em razão da inércia legislativa continuar perdurando por anos, mesmo após a declaração da omissão por parte do Supremo, e isso fazia com que o exercício de direito ainda continuasse inviável.

Desse modo, em 2007 o Supremo de maneira inédita reexaminou os efeitos da decisão nas referidas ações julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 3682-MT aplicando prazo de 18 meses para que fosse sanada a omissão, contudo o prazo não foi cumprido pelo legislativo. Na ADO 25 que é o objeto de análise do presente trabalho, a Suprema Corte novamente reexaminou a matéria da omissão inconstitucional quanto aos efeitos, e decidiu que só aplicar prazo não resolveria o problema da omissão, pois o legislativo não criava a norma e as decisões continuavam sem efeito, isto é, utilidade prática.

A posição adotada nessa ADO é chamada de teoria concretista intermediária, onde o judiciário além de declarar a mora estabelece prazo para que o legislativo crie a norma, mas aplica uma solução provisória para caso o prazo não seja cumprido. Foi o que aconteceu na ADO 25, onde o Governador do Estado do Pará, legitimado temático, requereu que fosse declarada a omissão do Congresso Nacional consubstanciada no descumprimento do art. 91 do ADCT. A Corte reconheceu a mora, aplicou prazo de 12 meses e ainda por analogia determinou que o Tribunal de Contas da União seria o órgão responsável por solucionar o problema enquanto o Congresso não aditasse a lei.

Diante dessa situação, surgem várias indagações a respeito dessa posição do Supremo, como por exemplo, se o mesmo não estaria ferindo a separação de poderes quando aplica prazo e solução provisória para o caso.

Com efeito, o presente trabalho pretende analisar os efeitos da aplicação da teoria concretista intermediária nessa ADO, tendo em vista ser um tema que gera grandes controvérsias na doutrina e jurisprudência, pois de um lado se defende a separação de poderes e que o judiciário ao agir dessa forma estaria legislando e de outro a Supremacia da Constituição, e que o Supremo como guardião da Constituição não pode permitir que o exercício de direitos e garantias fundamentais fique à mercê da boa vontade do legislador.

Para tanto, o trabalho se desenvolverá partindo da análise da eficácia das normas constitucionais dando ênfase nas normas de eficácia limitada, pois o problema da omissão inconstitucional deriva desse instituto. Depois será analisado os principais instrumentos criados pelo constituinte originário para sanar a omissão, a saber, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e as teorias aplicáveis. E por fim, analisar se os efeitos da teoria concretista intermediária na ADO 25 constitui um avanço na garantia dos direitos e garantias constitucionais.

Nessa tarefa foi utilizado o método dedutivo, por meio de análises bibliográficas, uma vez que será desenvolvida a partir de estudos teóricos já publicados, como monografias, artigos científicos, revistas, legislação pátria e internacional e jurisprudências.

2 A NORMA CONSTITUCIONAL E SUA EFICÁCIA

O Constitucionalismo tem sua origem com o surgimento da vontade do homem de comandar seu destino político e sua participação na gestão do Estado, tal acontecimento como bem anota Loewestein (1970, p.154/5, apud LENZA, 2010, p. 51) remonta a antiguidade clássica, mais precisamente ao povo hebreu, que foi de onde partiram as primeiras manifestações desse movimento constitucional em busca de uma forma de limitar o poder absoluto do Estado teocrático, conferindo legitimidade aos profetas para fiscalizar os atos que por ventura viessem a extrapolar as “leis do senhor” ou os “limites bíblicos” conferido aos governantes e governados, radicando daí o modelo de Constituição material daquele povo.

O termo constitucionalismo está intimamente ligado a ideia de liberdade humana, pois foram através desses movimentos que o documento Constituição passou a ser criado, tendo o intuito de limitar e controlar o poder político, opondo-se desde sua origem a governos arbitrários, tiranos e autoritários, dividindo as funções estatais e protegendo o cidadão do Estado independente de tempo e lugar. Vale destacar que as Constituições escritas não têm sua origem no Constitucionalismo, tendo em vista que são produtos do século XVIII, enquanto o Constitucionalismo remota a antiguidade clássica segundo Loewenstein.

Segundo Cunha Jr (2012), a Constituição do Estado é a sua lei suprema, lei fundamental, a lei que define o modo concreto em que o Estado deve ser e existir, como por exemplo a forma de estado que deve ser adotada, a forma de sistema de governo, o seu regime político, seus objetivos fundamentais, a forma de aquisição do poder, as competências, o funcionamento dos seus órgãos, os limites de atuação e a responsabilidade de seus dirigentes, e bem como as principais garantias para viver em sociedade.

Assim, todas as normas jurídicas caracterizam-se por possuírem um caráter imperativo, ou seja, mandamental. Contudo, quando se fala em norma constitucional, essas possuem uma peculiaridade, qual seja, sua supremacia em face das outras normas do ordenamento jurídico, pois ao passo que o movimento Constitucionalista foi evoluindo, as características das normas constitucionais também foram, e hoje ostentam posição suprema, de modo que às demais deverão se conformar formal e materialmente ao seu texto. A partir disso, passaremos a analisar o processo de eficácia das normas constitucionais, buscando elencar sua aplicabilidade, classificações e discussões a respeito do tema.

2.1 A NORMA CONSTITUCIONAL

Normas constitucionais são aquelas decorrentes da instauração do poder constituinte originário, entendido como aquele que cria uma nova ordem jurídica constitucional pondo fim a anterior e tem como objetivo a formação de um novo Estado. É em decorrência da instauração da assembleia nacional constituinte que a unidade material conhecida por Constituição é criada, sendo o instrumento normativo responsável por reger a vida jurídica e social em sociedade, possuindo status de norma suprema, onde todos indistintamente deverão seguir seus mandamentos e preceitos, buscando sempre sua fiel aplicação para a garantia do bem comum.

Cunha Jr. (2012) compreende a Constituição como um complexo de normas legais aptas a regular todos os fenômenos políticos e sociais das pessoas que vivem em sociedade. Esse conjunto de normas não se mostram fechadas, pois é da própria natureza do ser humano evoluir e se transformar, e por isso, tais normas devem estar abertas a esses acontecimentos, contudo, essa abertura só é possível se algumas dessas normas se apresentarem na forma de princípios, pois são esses os responsáveis por permitir que o intérprete e aplicador do direito acompanhe e efetive essa evolução. Foi dessa perspectiva que surgiu a ideia que a Constituição é um sistema jurídico aberto de normas e princípios.

No campo sociológico, as normas constitucionais são válidas e eficazes se forem efetivamente observadas e cumpridas na prática, já do ponto de vista jurídico, normas constitucionais nasceram para ter aplicação concreta na vida real e o direito é o mecanismo que vai garantir essa aplicação, mas para que isso ocorra é imprescindível nas palavras de Silva (2004, p. 79) que a norma primeiramente esteja em vigor, em segundo que ela seja válida ou legítima, e terceiro, que seja eficaz, e a aplicabilidade das normas constitucionais dependerá da ocorrência desses três fatores.

A vigência é decorrente de um processo legislativo quando analisado sob uma perspectiva técnica, pois envolve promulgação e publicação de lei ou ato normativo, onde tais acontecimentos indicará a data correta em que a norma terá efetivamente que entrar em vigor. Esse requisito é responsável por inaugurar a obrigatoriedade da legislação no mundo jurídico, tendo em vista que até então não lhe era conferida, a norma existia, mas seu cumprimento não era obrigatório em razão da ausência de vigência. Silva (2004, p. 54) define o assunto:

(...) Vigência (do verbo vigor, do latim *vigere*) é, no sentido indicado, a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições. Vigência, pois é, o modo específico da existência da norma jurídica. Vigência não se confunde

com eficácia. Mas para que a eficácia se verifique é necessário que a norma comece a vigorar.

Não só as normas constitucionais, mas todas de um modo geral precisarão do preenchimento do requisito da vigência, para assim produzir seus efeitos no mundo jurídico, como bem anota Cunha Jr. (2012, p. 152):

Toda norma, inclusive constitucional, contém uma cláusula de vigência. A atual Constituição brasileira não trouxe cláusula expressa de vigência, de sorte que foi com a promulgação que ela entrou em vigor, ou seja, em 05 de outubro de 1988. Já a Constituição de 1967, promulgada em 24 de janeiro de 1967, só entrou em vigor, por disposição expressa, em 15 de março do mesmo ano (art. 189: Esta Constituição será promulgada, simultaneamente, pelas Mesas das Casas do Congresso Nacional e entrará em vigor no dia 15 de março de 1967).

A validade e legitimidade é o segundo requisito de aplicabilidade das normas constitucionais, é compreendida como a obediência a hierarquia dos mandamentos constitucionais, tendo em vista que, como a Constituição ocupa o mais alto vértice da pirâmide normativa de Kelsen, toda e qualquer norma deve estar em consonância com a fonte de validade do ordenamento jurídico, e com isso, só poderemos afirmar que uma norma de fato é válida, quando a mesma se conforme formal e materialmente ao texto constitucional, a formalidade decorre do momento de criação, onde os requisitos objetivos devem ser cumpridos, como por exemplo, a competência para legislar, o quórum de aprovação definido, e materialmente quando o conteúdo não contraria o texto constitucional. Portanto, as normas que divergirem ou conflitarem são inválidas, ilegítimas e inconstitucionais.

A eficácia é o terceiro e último requisito de aplicabilidade, e sob o ponto de vista jurídico, eficácia e aplicabilidade possuem o mesmo significado, ou seja, para que se possa dizer que uma norma é eficaz estaremos afirmando que a mesma possui aplicabilidade, isto é a produção concreta dos seus efeitos. Contudo, tal expressão não possui significado único na doutrina, nas palavras de Silva (2004) é a condição da norma alcançar os objetivos que foram traçados, enquanto Diniz (2001, p.160, apud CUNHA JR., 2001, p. 163) define eficácia como:

Qualidade do texto normativo vigente de produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e os valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso.

A autora assim define a eficácia como o meio pelo qual uma norma consegue se efetivar na realidade, isto é, passa a fazer parte da vida em sociedade. Por isso, para alguns autores a expressão eficácia e aplicabilidade buscam atingir o mesmo objetivo.

2.2 EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL

A normas constitucionais por sua vez tem sua eficácia dividida em dois aspectos, qual seja, o aspecto social e o jurídico. Para a doutrina de Kelsen, eficácia social representa a concretização no mundo real e a aplicação dos preceitos contidos na norma, é a própria demonstração entre o dever ser e o ser, é tratado como condição de validade, ainda que esses conceitos não se confundam. Já a eficácia jurídica para Temer (1998, p. 24, apud LENZA, 2010) significa dizer que a norma está apta a produzir efeitos de maior ou menor grau, ao passo que sua edição resulta na revogação de todas as normas que com ela divergem, isto é, a possibilidade jurídica de aplicação da norma.

A eficácia jurídica é a que interessa ao direito, pois indica a possibilidade de aplicação, enquanto a eficácia social interessa à sociologia, mas quando trata de efetiva aplicação importa também ao direito. Nesse sentido, entende-se que toda norma possui eficácia jurídica, mas nem toda norma jurídica é provida de eficácia social, e por isso a eficácia jurídica é condição da eficácia social, tendo em vista que para a norma ser aplicada deverá ser juridicamente eficaz.

No Brasil, José Horácio Meirelles Teixeira foi o primeiro doutrinador a se preocupar em fazer uma classificação da eficácia das normas constitucionais e para tal reformulou a doutrina clássica norte-americana, trazendo uma classificação bipartida, ou seja, uma divisão em dois grandes grupos, normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada ou reduzida. Com relação as normas de eficácia plena o autor não diferiu do entendimento da doutrina clássica, continuando a entender como aquelas que após sua promulgação já estariam aptas a produzir seus efeitos. Já por normas de eficácia limitada ou reduzida, o referido autor entendia como sendo aquelas que não produziam todos os seus efeitos ao serem promulgadas, pois a legislação carecia de normatividade para que isso fosse alcançado, ficando tal tarefa a cargo do legislador ordinário (CUNHA JR., 2012).

A monografia de José Afonso da Silva mesmo sendo anterior a teoria do professor Meirelles Teixeira, propôs uma classificação da eficácia das normas constitucionais seguindo a mesma linha “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia” (SILVA, 2004, p. 81), realizando uma divisão tricotômica ou tripartida da eficácia das normas constitucionais,

concebendo em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada

Nas palavras do mesmo autor, “Prece-nos necessário discriminar ainda mais, a fim de fazer-se uma separação de certas normas que preveem uma legislação futura, mas não podem ser enquadradas entre as de eficácia limitada. Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias” (SILVA, 2004, p. 82).

Assim, as normas de eficácia plena possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, ou seja, não necessitam de lei para dar eficácia ao que o legislador previu na norma, tendo em vista tratar-se de uma lei completa. Isso não quer dizer que o legislador infraconstitucional não possa tratar das matérias que são consideradas normas de eficácia plena, pois é possível muito bem ampliar a sua incidência e aplicabilidade.

As normas de eficácia contida são as normas que possuem aplicabilidade direta, imediata, mas, não integral, pois o legislador originário permitiu que elas pudessem sofrer restrições do legislador infraconstitucional bem como do poder executivo, assemelhando-se as normas de eficácia limitada pela discricionariedade do legislador na sua regulamentação, mas se afastando no sentido de que na eficácia contida o legislador busca restringir algo, ao passo que na eficácia limitada busca ampliar.

A terceira divisão trazida por José Afonso da Silva já foi utilizada por Meirelles Teixeira, e são compreendidas como as normas que não gozam de aplicação imediata após sua promulgação, e isso se dá pelo fato da normatividade não ser suficiente e por essa razão o legislador infraconstitucional precisará criar leis com o intuito de ampliar e fazer valer os mandamentos elencados pelo constituinte originário na sua plenitude.

Maria Helena Diniz em sua ilustre monografia baseando-se nas diversas classificações quanto à eficácia das normas constitucionais entendeu que as mesmas podem ter a seguinte natureza: normas supereficazes ou com eficácia absoluta, normas de eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível, normas relativa complementável ou dependente de complementação legislativa, inovando ao trazer a possibilidade ou não de modificação pelo poder reformador (CUNHA JR., 2012).

As normas de eficácia absoluta são aquelas que possuem efeitos imediatos e integral, mas não podem sofrer emendas supressivas, ou seja, são intangíveis, proibindo o legislador originários contrariá-las de alguma forma. São exemplos as chamadas cláusulas pétreas explícitas descritas no art. 60, §4º. As normas de eficácia plena possuem efeito imediato, e para

a autora podem vir a sofrer o fenômeno reformador causado pelas emendas constitucionais, bem como sua própria supressão.

As normas de eficácia relativa restringível são as normas que correspondem a eficácia contida classificada por José Afonso da Silva, ou seja, são aquelas que possuem efeito imediato parcial, pois podem vir a ser limitado ou reduzido pela legislação regulamentadora. Já a norma de eficácia relativa complementável ou dependente de complementação são caracterizadas pela necessidade de complementação legislativa para o exercício do mandamento constitucional, possuindo eficácia mediata, pois enquanto não for promulgada as leis não produzirão efeitos positivos, mas impedirá qualquer conduta que contrarie o que determinou de maneira geral o constituinte originário.

No **Direito Comparado** a doutrina e jurisprudência norte-americana classificaram as normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade em normas *self-executing provisions* e *not self-executing provision*. Essa doutrina foi disseminada entre nós por Ruy Barbosa, correspondendo ao que conhecemos por normas “auto-aplicáveis” e normas “não auto-aplicáveis”. As normas *self-executing provisions* são as normas que podem ser aplicadas imediatamente, uma vez que possuem eficácia jurídica plena, e as normas *not self-executing provision* ao contrário daquelas não possuem eficácia jurídica plena, ou seja, precisarão de lei integrativa para que seus efeitos possam ser aplicados (CUNHA JR, 2012).

O estudo da aplicabilidade das normas constitucionais norte-americana serviu de base para a construção da doutrina de Ruy Barbosa e que posteriormente foi seguida por Pontes de Miranda, que adotou a terminologia própria para classificar as normas constitucionais quanto a sua eficácia, de “regras jurídicas bastante em si” para referir-se aquelas regras que basta por si mesma para sua incidência, e “regras jurídicas não bastante entre si” quando precisam de regulamentação, e que sem as que complementem ou suplementem, não poderiam ou ser aplicadas e “regras programáticas” que são as normas que possuem um certo grau de eficácia que limita a liberdade do legislador, no tocante a obediência do programa fixado na Constituição (CUNHA JR, 2012).

A doutrina de Ruy Barbosa era caracterizada por defender a imperatividade das normas constitucionais, contudo reconhecia que as normas não auto-aplicáveis e as não bastantes em si mesmas careciam de força para torna-las concreta no mundo real, isto é, não tinha força vinculante. Neste sentido, José Afonso da Silva entendia que tal classificação não correspondia “a realidade das coisas e as exigências da ciência jurídica, nem as necessidades práticas de aplicação de aplicação das constituições, pois sugere a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade”. Valendo destacar que a mencionada classificação não destaca

a relevância das normas programáticas, que para o autor, “ revelam o novo caráter das constituições contemporâneas” (CUNHA JR, 2012).

Deste modo, infere-se que a doutrina norte-americana não traz marcadamente o caráter programático das constituições modernas e as exigências que o tema merece, tendo em vista que o novo constitucionalismo clama pela efetividade da norma constitucional no mais alto grau possível, dada a qualidade de norma suprema, e em decorrência disso o professor Meirelles Teixeira reelaborou no Brasil o estudo da eficácia das normas Constitucionais, partindo da premissa que toda norma constitucional goza de eficácia jurídica (CUNHA JR, 2012).

Segundo Silva (2004) as doutrinas italianas após vários debates classificaram a eficácia e aplicabilidade em normas diretivas ou programáticas, normas preceptivas, obrigatórias, de aplicabilidade imediata; e normas preceptivas, obrigatórias, mas não de aplicabilidade imediata. As normas diretivas ou programáticas são aquelas que fornecem diretivas ao legislador, podendo ser contrariadas pelos mesmos e não ofendem as leis preexistentes. As normas preceptivas, obrigatórias, de aplicabilidade imediata, são as que gozam de eficácia plena, aplicabilidade imediata, tornam inválidas as leis posteriores que com elas divergirem e ao contrário da anterior, atinge as anteriores que são incompatíveis. Já as normas preceptivas, obrigatórias, mas não de aplicabilidade imediata, são as que necessitam de lei integrativa posterior para que possam ser aplicadas, invalidam as novas leis divergentes, e não atingem as leis anteriores.

Comparando a doutrina norte-americana e a doutrina italiana é possível identificar que ambas se convergem no tocante a diferenciação das normas constitucionais em jurídicas e não jurídicas, e em virtude disso, a doutrina brasileira inaugurada por Meirelles Teixeira e José Afonso da Silva se divergem, pois para os referidos autores, todas as normas constitucionais são cogentes, possuem eficácia jurídica e são dotadas de imperatividade, até as normas programáticas que os italianos consideram diretivas, ineficazes têm efeito jurídico para os autores brasileiros.

Foram com bases nesses argumentos que a doutrina brasileira construiu seu estudo quanto à eficácia das normas constitucionais, colocando no centro da sua análise a força normativa da Constituição, levando em consideração o avanço do Constitucionalismo e a chegada do movimento do Constitucionalismo moderno, onde o mesmo prega ainda com mais intensidade a Supremacia da Constituição, e que todas as normas constitucionais são imperativas apenas se encontrarem dentro desse documento diferenciando apenas quanto grau de seus efeitos jurídicos, que é justamente o que acontece com as normas de eficácia limitada proposta pelo ilustríssimo Jose Afonso da Silva.

A expressão “normas de eficácia limitada” é fruto do trabalho desenvolvido por José Afonso da Silva em 1967, quando de maneira sistemática tratou do assunto na primeira edição de Aplicabilidade das Normas Constitucionais. Sua teoria foi de tão importância para a ciência jurídica em especial a doutrina brasileira que a classificação foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme RT 723/231.

Assim, Silva (2004, p. 82) entende por normas de eficácia limitada como sendo:

(...). As normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do estado.

Nesta esteira de raciocínio, Lenza (2010, p. 180) aduz que “normas de eficácia limitada são aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional”. Neste sentido, pode-se afirmar que, o constituinte originário trouxe um mandamento constitucional que para seus efeitos serem aplicados na totalidade será necessária uma conduta positiva do legislador ou qualquer outro órgão que tenha função para tal, contudo não podemos dizer que as normas de eficácia limitada que ainda não tenham sido complementadas não possuem efeitos jurídicos.

Logo, as normas de eficácia limitada desde a promulgação da Constituição e mesmo sem o complemento do legislador ordinário, impedem que leis inviabilizem direitos que lhes são previstos e revogam normas que sejam contrárias a seu texto, e isso mostra que essas normas possuem o mínimo efeito, ou, ao menos, o efeito de vincular o legislador aos seus preceitos e valores.

José Afonso da Silva ainda classificou as normas de eficácia limitada em normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo e normas constitucionais de princípio programático. Segundo o autor, são normas traçadas pelo constituinte originário, onde os esquemas gerais de estruturação e atribuição dos órgãos, entidades ou institutos, e o legislador ordinário mediante lei cuidará em estruturar de maneira específica e em definitivo, ou seja, as normas gerais são criadas e para ter o efetivo funcionamento dependerá da lei regulamentadora.

As normas constitucionais de princípio programático, nas palavras de Silva (2004, p. 135) são:

Normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os

princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado.

Nesta seara, Cunha Jr. (2012) entende que as normas constitucionais de princípios programático são normas de eficácia limitada que anunciam políticas públicas, planejamento de governos como forma de comprometimento assumido pelas Constituições dos Estados contemporâneos, e tem por objeto conforme Teixeira (1991, p. 328, apud CUNHA JR, 2012) “matéria de natureza essencialmente ético-social, representando o aspecto das constituições contemporâneas relativo a justiça social”.

Portanto, a partir da análise da eficácia das normas constitucionais, passaremos a estudar as consequências advindas da necessidade de complementação das normas de eficácia limitada, razão pela qual se desencadeia o grande problema da omissão legislativa, isto é, uma inércia constitucional decorrente de omissão legislativa, seja ela total ou parcial. Para melhor compreensão deste fenômeno, faz-se necessário uma breve discussão.

2.3 CRISE NORMATIVA E INEFICÁCIA COMO VIOLAÇÃO A CONSTITUIÇÃO

Como dito anteriormente, a omissão inconstitucional somente ocorrerá no campo das normas de eficácia limitada, pois são as únicas normas que dependem de atuação normativa por parte do poder legislativo bem do poder executivo. E sob uma perspectiva histórica, o fenômeno da omissão inconstitucional se deu com o advento do estado do bem-estar social, pois foi nesse tipo de estado que várias atividades voltadas a realização dos fins sociais lhe foram confiadas constitucionalmente. A Constituição de 1988 pode ser considerada uma constituição aberta, que contém várias normas que são consideradas de eficácia limitada ou não bastantes em si mesmas, e dessa forma podemos concluir que a inconstitucionalidade por omissão ocorre como uma consequência lógica do seu modelo, onde vincula todos os órgãos do poder constituído.

A Constituição é a norma suprema de um Estado e serve de base fundamental para toda e qualquer norma que já existia ou que passará a existir no ordenamento jurídico. Na estrutura piramidal do professor Kelsen, a mesma se encontra no topo, ou seja, no seu mais alto vértice, daí decorre a sua extremada força. Quando o legislador percebe uma omissão inconstitucional, e resolve suprimir, este está resguardando e obedecendo o princípio da Supremacia Constitucional bem como o princípio da Força Normativa da Constituição.

Nesse sentido, bem ilustrou o ilustre Min. Celso de Mello¹ nos autos do mandando de Injunção nº 715 ao preceituar:

Impende enfatizar, neste ponto, que as omissões inconstitucionais do Poder Legislativo não podem ser toleradas, eis que o desprestígio da Constituição - resultante da inércia de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que estimula, gravemente, a erosão da consciência constitucional, evidenciando, desse modo, o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos Poderes do Estado (BRASIL, 2005).

Com efeito, Cunha Jr (2012) anota que não é só a ação normativa que pode causar violação a constituição, sua inércia indevida também pode desrespeitar o texto supremo, dando origem ao que chamamos de inconstitucionalidade por omissão. Dessa forma, o respeito a Constituição não se perfaz apenas com a conduta de observar os mandamentos da norma, mas igualmente quando se omite parcial ou total, a aplicação de normas constitucionais quando a carta suprema assim determina. Vale ressaltar, que a omissão inconstitucional não é qualquer tipo de omissão, ou seja, não há o que se falar em omissão inconstitucional se a Constituição não determinou que o legislador ordinário regulasse ou complementasse a matéria, isto é, uma abstenção indevida. Logo, só é possível falar em omissão quando houver o dever mandamental de ação.

Enquanto ao momento em que efetivamente ocorre a omissão, a Constituição brasileira de 1988 não determinou seu momento preciso, mas segundo Miranda (1995, p. 507, apud CUNHA JR, 2012) “a omissão é relevante sempre que, mandando a norma regulamentadora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade, nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos e não o faça em tempo útil”. Assim, é imperioso ressaltar, que o controle da omissão não pode fugir do fator tempo, e quando a própria constituição trazer o marco temporal, a ocorrência da omissão ocorrerá quando esse tempo findar. Portanto, será necessário a análise de cada caso concreto, tendo em vista que, deverá ser analisado se o legislador infraconstitucional gozou de tempo razoável para o preenchimento da lacuna.

A omissão inconstitucional é dividida em duas modalidades conhecidas como: omissão total e omissão parcial. A omissão será total quando o dever de regulamentar não se realiza de maneira integral, ou seja, quando o constituinte originário determina uma postura positiva por parte do legislativo, executivo ou administrativo e estes ficam inertes no tocante a totalidade no

¹ Mandado de Injunção n. 715, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25.02.2005 (DJ 22.06.2005).

mandamento supremo. Já a omissão parcial é tida como aquela em que o poder público age, mas de forma incompleta, deficiente, não integral, não atinge fielmente os termos que a Constituição exige.

Esse fenômeno da omissão inconstitucional passou a ser responsável pelo impedimento do exercício de direitos que são constitucionalmente garantidos. Essa afirmação acaba sendo contraditória, não acham? Porque como podemos ter um problema que obsta o exercício de direitos quando a própria norma suprema do seu Estado por meio de um poder constituinte legitimado para tal lhe confere? Um dos objetivos desse trabalho é justamente discutir os limites do princípio da tripartição de poderes frente ao princípio da Supremacia da Constituição, pois até que ponto o poder regulamentar exercido pelo legislativo pode violar diretamente o texto da constituição, e como já foi muito bem anotado anteriormente, a violação não decorre somente de uma ação contrária ao seu texto, mas também quando não faz o que a mesma manda.

A **Omissão Inconstitucional no Direito Comparado**: A inconstitucionalidade por omissão nos países como Alemanha, Áustria, Itália e, recentemente a Espanha e a Costa Rica nas palavras de Cunha Jr. (2012) não possuem expressamente, normas que ensejam o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, suas Cortes buscam através de técnicas de interpretação e integração criar sentenças positivas de preceitos que não foram prescritos na norma, ou seja, não existe uma norma que precisa de regulamentação infraconstitucional, como as de eficácia limitada pois é a partir da inconstitucionalidade por ação que acabam realizando o julgamento por omissão, não por aquilo que prescreve, mas sim por aquilo que não prescreve. E tais julgados têm se mostrado efetivos quanto a concretização dos preceitos fundamentais.

Ainda segundo o autor, a Alemanha por meio da sua jurisprudência, passou a controlar as omissões por meio das ações de concretização, e essa omissão era caracterizada quando a inércia do legislador impedia o exercício dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. E quando se tratava de omissão parcial a Suprema Corte não invalidava a norma por completo, mas recomendava que o poder legiferante a complementasse. A Itália vem resolvendo a omissão por meio da modulação dos efeitos. Já os Estados Unidos têm solicitado ao poder legislativo que editem normas para que o cidadão exerça seus direitos em sua completude. Na Índia, o artigo 32, nº 2, da Constituição de 26 de novembro de 1949, determina que o Supremo Tribunal Indiano tem o poder de emitir ordens destinada a garantia dos direitos fundamentais².

² Art. 32 -2. O Supremo Tribunal tem o poder de emitir diretivas ou ordens, incluindo de habeas corpus, mandamus, proibição, quo warranta e certiorari, destinadas a efetivação dos direitos conferidos por esta parte da Constituição.

A Constituição pioneira no tocante a inconstitucionalidade por omissão, segundo Miranda (1996, p. 512, apud CUNHA JR, 2012) foi a da República Socialista Federativa da Iugoslávia, de 21 de fevereiro de 1974, conforme art. 377:

Artigo 377°. Se o Tribunal Constitucional da Iugoslávia verificar que o órgão verificar que o órgão competente não promulgou as prescrições necessárias à execução das disposições da Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia, das leis federais e das outras prescrições federais e atos gerais, dará do fato conhecimento a assembleia da República Socialista Federativa da Iugoslávia.

Nesse mesmo sentido, seguiu a Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976, em seu art. 283°:

Artigo 283°

(Inconstitucionalidade por omissão)

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos Presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará conhecimento ao órgão legislativo competente.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seguiu influência da Constituição Portuguesa em seu art. 103, §2º e 5º, LXXI, onde a decisão que declarar a inconstitucionalidade por omissão dará ciência ao poder competente, para a tomada de providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, a omissão deverá ser suprida no prazo de trinta dias.

E para combater as omissões legislativas, o constituinte originário criou dois instrumentos que visam provocar o judiciário por meio de ações, a saber o “mandado de injunção” e a “ação direta de inconstitucionalidade por omissão” com intuito de fazer com que os atos normativos do qual as normas de eficácia limitada exigem fossem criados e o exercício de direitos e garantias não permanecessem apenas no plano das idealizações. Em outras palavras, o objetivo desses instrumentos é fazer com que o legislativo tome ciência de sua omissão e garanta a plena realização do direitos e garantias fundamentais através da edição de normas reguladoras.

3 FERRAMENTAS DESTINADAS À SOLUÇÃO DA CRISE NORMATIVA

A omissão inconstitucional segundo Cunha Jr (2012) é considerada um dos temas mais controversos do direito constitucional moderno, porque levando em conta toda a sistemática constitucional, resolver seu problema não é uma tarefa fácil, tendo em vista que envolve a efetiva concretização dos direitos previstos na Constituição, a eficácia das normas constitucionais principalmente no tocante as de eficácia limitada e bem como os limites de atuação do poder judiciário frente as funções atípicas que podem ser exercidas pelos poderes.

Quando falamos em Constituições rígidas, independentemente do seu conteúdo, podemos afirmar que possuem estrutura e natureza de normas jurídicas, isto é, são Constituições compostas por normas eivadas de juridicidade, que demandam uma obrigatoriedade, cumprimento e fidelidade a sua observância. A Constituição brasileiras como muitas outras, são dotadas de normas que possuem uma maior eficácia que outras, estamos falando de maior eficácia, como por exemplo, uma norma de eficácia plena, a palavra por si só já exprime que o seu conteúdo é aplicado diretamente na sociedade, enquanto que as normas de eficácia limitada irão precisar de uma norma infraconstitucional para que seja aplicada na sua totalidade, contudo, todas as normas prevista nesse documento gozam de eficácia, todas indistintamente, e uma ter uma maior eficácia do que outra não significa dizer que em seu texto haja normas não-jurídicas ou não eficazes.

Inicialmente também cabe destacar que a omissão inconstitucional só ocorrerá no domínio das normas de eficácia limitada, pois de acordo com a classificação de José Afonso da Silva, são as únicas que carecem de uma posição positiva do legislativo, ou seja, dependem de providências normativas para que sua aplicabilidade se tornar plena. Portanto, isso significa dizer que, se todas as normas constitucionais fossem plenas, não teríamos o problema da omissão constitucional no ordenamento vigente.

Com efeito, a inconstitucionalidade por omissão é verificada quando atos legislativos e administrativos são exigidos pela norma constitucional e não são criados, e com isso as normas não se tornam totalmente aplicáveis. Para Barroso (2009) a inconstitucionalidade por omissão é a inércia em relação a produção de atos normativos necessários a concretização dos preceitos constitucionais, e sua função legiferante é discricionária, contudo, quando a própria constituição define o dever de criar norma, essa conduta negativa passa a ser considerada uma omissão inconstitucional.

Como bem anotou o referido autor, o poder legislativo goza de poder discricionário quando o assunto é legislar, é sua função típica, mas a exerce de forma discricionária, porém,

quando o assunto se refere as normas de eficácia limitada presentes no corpo dogmático constitucional, essa discricionariedade passa a ser uma obrigatoriedade, e sua inércia diante desse mandamento desencadeia uma das formas de lesão a Constituição, porque a consequência do não fazer a norma integrativa traz um prejuízo enorme para a sociedade, o cidadão deixa de exercer o seu direito, ou seja, é prejudicado.

3.1 AS AÇÕES DE CONTROLE DA OMISSÃO

Cunha Jr. (2012) entende que o reconhecimento das omissões inconstitucionais analisado sob uma perspectiva histórica, se deu com o Estado Social, pois as Constituições dirigentes deram aos mesmos uma maior responsabilidade com relação a promoção do bem-estar social, sendo ele o garantidor das políticas voltadas a realização dos fins sociais constitucionalmente estabelecidos.

Visando garantir a realização destes fins, o que corresponde, em última análise, a assegurar a efetividade da Constituição Dirigente, a ordem jurídica viu-se compelida a instituir novas categorias jurídico-constitucionais. Cria-se, assim, a inconstitucionalidade por omissão, como uma sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos do Estado pelo silêncio transgressor da Constituição e destinada a evitar a erosão da força normativa da Constituição Dirigente. (CUNHA JR., 2012, p. 403/4).

Como demonstrado no início, a Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição Dirigente e aberta, contendo normas que não são exequíveis por si mesma, daí é imperioso afirmar, que o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão é fruto do próprio modelo de Constituição, qual seja, o modelo que atribui ao estado a tarefa de promover o bem-estar social, modelo esse que exige uma postura positiva, participação efetiva na garantia desses direitos principalmente em relação aos direitos sociais, ligados intimamente a segunda dimensão de direitos.

A Constituição Brasileira de 1988 prevendo que o seu texto poderia sofrer violações no tocante a inercia do poder integrativo de que depende as normas de eficácia limitada, a mesma trouxe mecanismos para solucionar esse problema, dentre eles, as principais ferramentas são o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

O **Mandado de Injunção** é um remédio constitucional que foi instituído pela primeira vez pela Constituição de 1988 (CRFB/88), constitui ação especial no controle concreto ou incidental e seu objetivo é solucionar os casos em que a ausência de norma regulamentadora

torne inviável o exercício de direitos. O mandado de injunção encontra previsão legal na carta magna em seu artigo 5º, inciso LXXI, e seu conteúdo revela que:

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 (BRASIL, 1988).

Dessa forma, temos que o mandando de injunção só será impetrado quando a falta dessa norma regulamentadora que é a causa, torne inviável o exercício das prerrogativas inerentes aos direitos de nacionalidade, soberania e cidadania, ora os efeitos, tornando assim uma relação de causalidade, entre a omissão do poder integrativo e a impossibilidade do exercício desses direitos fundamentais.

Para Bulos (2015) a omissão constitui o objeto do mandando de injunção e essa ausência regulamentadora pode ser de qualquer grau hierárquico (lei complementar, lei ordinária, regulamento, resolução, portaria e decisões administrativas). Cunha Jr. (2012) também compreende como “normas regulamentadoras” toda e qualquer medida necessária para concretizar o mandamento constitucional, tendo natureza legislativa ou não, como leis, regulamentos, decretos, instruções, resoluções e despachos administrativos.

Com relação aos efeitos no mandando de injunção, prepondera na doutrina que desde a promulgação da Constituição de 1988 até 2007 o judiciário adotava uma posição não concretista em relação aos efeitos da decisão, ou seja, caberia apenas depois de detectada a mora dar ciência o poder legislativo, tendo o judiciário que se abster totalmente da tarefa legislativa.

Em virtude disso a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal foi severamente criticada pela doutrina, pois, a partir do momento que o tribunal apenas científica o órgão competente para legislar, a referida medida acaba se tornando inócua e sem utilidade alguma.

Para Dimoulis (2016, p. 372)

Por duas décadas o mandado de injunção foi considerado ação sem utilidade prática em razão da insignificância de seus efeitos: as decisões limitavam-se a declarar a omissão legislativa sem providências concretas. Isso causava a falta de efetividade do instrumento, que não possibilitava ao impetrante o exercício do direito pretendido.

Nesse sentido, também concorda Lenza (2010, p. 819):

A posição não concretista, por muito tempo, foi dominante no STF. Esse posicionamento sofreu as nossas críticas, na medida em que tornar-se-ia inviável o exercício de direitos fundamentais, na persistência da inércia legislativa. A providência jurisdicional, nesses termos, mostrava-se inócua.

Esse posicionamento sofreu várias críticas por parte dos estudiosos do direito, justamente pela ausência de utilidade prática desse instrumento, pois o judiciário julgava o mandando de injunção, declarava a omissão, cientificava o poder público, e mesmo assim o legislativo continuava inerte, deixando os autores da ação sem conseguir exercer o seu direito. E por essa razão o entendimento do Supremo em relação aos efeitos do mandado de injunção começou a sofrer algumas mudanças.

Em 2007 no julgamento dos Mandados de Injunções 670, 708 e 712 impetrados por sindicatos de servidores públicos, a Corte mudou seu entendimento e passou a adotar uma posição concretista geral, isto é, após declarar a mora legislativa, decidiu por analogia aplicar temporariamente a lei de greve do setor privado ao setor público enquanto não é sanada a omissão.

A lei 13.300 solucionou a controvérsia doutrinária que permeava o instituto do Mandado de Injunção no tocante aos seus efeitos, pois de um lado se tinha uma posição não concretista, levando em consideração o princípio da tripartição de poderes, que afastava o judiciário de qualquer forma da tarefa de legislar. E de outro lado, as posições concretistas, que estavam ligadas a ideia de que a ação era inócua, a partir do momento que a omissão era declarada e o legislativo simplesmente não legislava.

A segunda ferramenta criada pela Constituição de 1988 foi a **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão** que segundo Cunha Jr. (2012) esse instrumento foi criado por influência da Constituição Portuguesa de 1976 para resolver de maneira abstrata o problema da inércia do poder público que compromete a própria efetividade da Constituição.

Assim dispõe o art. 103 §2º da Constituição Federal de 1988: 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.

O art. 12-H da lei 9.868/99 complementa o que preleciona a carta magna quando estabelece o prazo razoável a depender do caso e o interesse público “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”. Em relação aos efeitos dessa ação, analisaremos mais adiante no último tópico desse capítulo – A Ado e a crítica a sua utilidade.

3.1.1 As teorias aplicáveis

Os efeitos das decisões em sede de Mandado de Injunção sempre foram alvo de debates na ciência jurídica, e isso se dava pela falta de consenso que permeava a doutrina e a jurisprudência. Porém, com o passar do tempo o Supremo Tribunal Federal foi mudando seu entendimento quanto a esses efeitos, e em virtude disso faremos uma análise sobre esse avanço e posteriormente um paralelo com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, tendo em vista tratar-se de institutos diferentes, mas que no final das contas buscam o mesmo objetivo, qual seja, resolver o problema da síndrome de ineficácia das normas constitucionais, e esse avanço no pensamento da Suprema Corte busca uma solução prática para o instituto e consequentemente concretizar os mandamentos das normas constitucionais de eficácia limitada.

Moraes (2012) traz entendimento compilado conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com objetivo tratar de forma compreensível todas as nuances quanto aos efeitos do mandado de injunção. As posições desenvolvidas no âmbito da Suprema Corte são elas: posição concretista e posição não concretista, a primeira se divide em geral e individual, e essa individual ainda se subdivide em direta e intermediária.

A posição **não concretista** de acordo com o M107-DF foi por muito tempo o entendimento dominante da Corte, e consiste em dar ciência ao poder competente quanto a inércia regulamentar, ou seja, a sentença do mandado de injunção que adota tal posição goza simplesmente de um caráter declaratório, visto que algo contrário a esse sentido pode estar ferindo brutalmente o princípio da separação de poderes. Piovesan (1995) entendeu ser semelhantes aos efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, mesmo sendo ferramentas totalmente diferentes.

Sobre o assunto, o Ministro Néri da Silveira em seu pronunciamento na sessão extraordinária entendeu:

A posição não concretista, adotada por muito tempo – até o julgamento do MI 708 (greve no serviço público) – pela jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, que se firmou no sentido de atribuir ao mandado de injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, “em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do writ como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política”. Sendo esse o conteúdo possível da decisão injuncional, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente

prevista, mas, tão somente, deverá ser dado ciência ao poder competente para que edite a norma faltante (MORAES, 2017, p. 96).

A posição não concretista foi alvo de muitas críticas pelo fato do órgão jurisdicional apenas cientificar o poder legislativo e não trazer condições viabilizadoras para o exercício do direito como bem colocou o ministro. Portanto, suas decisões eram inócuas, pois deixavam o jurisdicionado a mercê da tarefa legislativa.

A **concretista individual** para Bezerra (2014) consiste em o judiciário na sentença do mandado de injunção regular a matéria até que o legislativo sane a omissão, e chama de individual porque os efeitos se restringem apenas ao propositor da ação. Assim entende o ministro Néri da Silveira “concretista individual, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercitar plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional” (MORAES, 2017, p. 99).

Já a posição **concretista individual direta** nas palavras de Bezerra (2014) amplia a postura do magistrado, ao passo que o mesmo irá tentar solucionar o caso por meio das fontes do direito, contudo excluindo a lei, podendo se valer dos princípios, analogia e costumes gerais do direito.

A **concretista individual intermediária** estabelece um prazo razoável na sentença para que o legislativo crie a norma após ser declarada a omissão, contudo, o não cumprimento do prazo ora estabelecido faz com que o titular possa exercer seu direito que era obstado pela ausência de norma regulamentadora. O ministro Néri da Silveira não só comenta a posição individual intermediária, como também defende que essa é a que segue no tocante ao assunto.

Partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero Intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. (destaque do autor) (MORAES, 2017, p; 102)

Lenza (2010) defende a posição e entende que a mesma compactua com os princípios constitucionais. Alexandre de Moraes (2017, p. 195) também defende “Parece-nos que inexistente incompatibilidade entre a adoção da posição concretista individual e a teoria da separação de poderes consagrada expressamente pelo art. 2º da Constituição Federal.

E por fim, temos a posição **concretista geral** que consiste em o judiciário atuar como legislador positivo, ou seja, após ser declarada a omissão, o tribunal aplica ao caso uma lei analógica, até que a omissão seja sanada. Isso aconteceu como já mencionado mais acima, nos julgamentos dos MI 670, MI 708 e MI 712 quando o Supremo aplicou a lei de greve da iniciativa privada aos servidores públicos, tendo em vista que os mesmos não conseguem exercer seus direitos em virtude de tal lacuna.

Esse entendimento foi muito criticado, pois a doutrina entende que o Supremo agindo assim está usurpando a competência do legislativo, e ferindo diretamente o princípio da separação de poderes. Nesse sentido, Moraes (2017, p. 192)

Pela concretista geral, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos erga omnes, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Essa posição sempre foi pouco aceita na doutrina, pois como ressaltado pelo Ministro Moreira Alves, ao proclamar em sede de mandado de injunção, uma decisão com efeitos erga omnes estaria “o Supremo, juiz ou tribunal que decidisse a injunção, ocupando a função do Poder Legislativo, o que seria claramente incompatível com o sistema de separação de poderes.

Em 2016 foi editada a lei do Mandado de Injunção, 13.300, e Alexandre de Moraes (2017) preleciona que a mesma adotou a posição concretista intermediária, pois a eficácia subjetiva será dada as partes, mas excepcionalmente terá eficácia também ultra partes e erga omnes, quando foi indispensável o exercício do direito, art. 9, §1º.

3.1.1.1 A ADO e a crítica à sua utilidade

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão é uma ferramenta de combate as omissões inconstitucionais no campo do controle concentrado de constitucionalidade, tendo como legitimados todas as pessoas constantes no art. 103 da Constituição Federal, e competente para julgar exclusivamente e originariamente o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que seus efeitos possuem eficácia erga omnes, isto é, para todos.

Fazendo uma análise dos efeitos da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é possível comparar com o Mandado de Injunção discutido logo acima no tocante a simples ciência ao poder competente, como bem anota Cunha Jr. (2012, p. 419):

Não podemos nos limitar a interpretar literalmente o que dispõe aquela norma em pauta, pois aceitar, sem mais, que o único efeito da decisão que declara a inconstitucionalidade da omissão conduz a uma mera ciência desta declaração ao órgão inerte, a fim de que ele supra a omissão, não condiz com o real intento do legislador constituinte, haja vista que tal resultado não resolverá o problema das omissões inconstitucionais e, no mesmo passo, dá não efetividade a Constituição.

A referida ação também é alvo de críticas na doutrina, pois o significado isolado do dispositivo legal não realiza na sua concretude o mandamento constitucional do legislador originário quanto as normas de eficácia limitada, e para Temer (1998) a simples comunicação da decisão que declara a inércia não garante que o legislativo irá produzir de fato a norma regulamentadora suprimindo a omissão. Cunha Jr. (2012) completa que a garantia que temos para dar a real efetividade da Constituição continua sem garantia.

Cunha Jr. (2012, p.420) continua:

A nota fundamental do controle de constitucionalidade não é gerar responsabilidade, mas sim suplantando as inconstitucionalidades, para o fim de garantir a supremacia e a integralidade da Constituição. Enfim, a tônica de qualquer controle de constitucionalidade, quer da ação, quer da omissão, é afastar, de alguma forma, e com eficácia, a violação a Constituição que macula a unidade do sistema jurídico-constitucional. E uma decisão que redunde em simples comunicação não tem o condão de sanar essa violação.

É importante frisar que a Suprema Corte por muito tempo se manteve fiel ao texto constitucional, que determinava uma posição não concretista em relação aos efeitos da decisão, devendo obediência ao princípio da tripartição de poderes, pois qualquer tentativa seria uma forma de usurpar a competência do legislativo. O ministro relator Celso de Mello no julgamento da ADIN 1.458-DF mencionou “Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, 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”.

Essa posição adotada pelo Supremo leva em consideração apenas a literalidade da norma, e toma como fundamento a obediência ao princípio da separação de poderes que é justamente o que vai lastrear a aplicação da teoria não concretista, isto é, declarada a omissão, científica o órgão competente, se for administrativo, prazo de trinta dias.

Até o início de 2007 a Suprema Corte adotou uma posição não concretista, porém, em 09 de maio de 2007, em julgamento na sessão plenária da ADI por omissão 3682-MT, do Relator Ministro Gilmar Mendes, foi obtida uma decisão inédita, julgada procedente por

unanimidade, estabelecendo a mora e a omissão do Congresso Nacional de regulamentar o mandamento constitucional previsto no art.18, §4º da Constituição Federal, impondo a União um prazo de 18 meses para sanar a omissão e consequentemente cumprir sua obrigação que consistia na elaboração da lei complementar que se refere o artigo acima.

O julgamento dessa ADI por omissão, acabou mudando o entendimento do Supremo em relação aos limites de sua atuação quando se trata de sanar a omissão do legislativo, e por meio de uma sentença nitidamente mandamental impõe prazo razoável para que a eliminação do estado de inconstitucionalidade de fato aconteça. Essa evolução é de suma importância para a ciência jurídica, tendo em vista que, o princípio da separação de poderes não pode funcionar como barreira a atuação positiva do Supremo, e essa atuação busca dar efetividade a norma constitucional ao invés de violar.

Porém, mesmo o Supremo aplicando o prazo de 18 meses, o poder legislativo ainda continua inerte, tornando a decisão da ADI 3682-MT uma ação inócua, sem utilidade prática, e a persistência de não criar a lei regulamentadora continua ferindo frontalmente a Supremacia da Constituição. Portanto, o objetivo desse trabalho é analisar a mudança de interpretação do Supremo na ADO 25-DF e a extensão dos seus efeitos, tendo em vista que no julgamento da referida ação a Suprema Corte adotou a teoria concretista intermediária, a mesma que foi consolidada na lei do Mandado de Injunção, que além de impor prazo para o legislativo, determina uma solução provisória para o caso, dando efetividade a decisão e consequentemente ao mandamento constitucional.

4 JULGAMENTO DA ADO 25: UMA TRANSFORMAÇÃO DO INSTRUMENTO?

O cerne do presente trabalho passa a ser desenvolvido nesse capítulo com a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de número 25, proposta pelo Governador do Estado do Pará conforme art. 103, V, da Constituição Federal, reforçada pelo art. 12-A da Lei 9.868/99. O autor é um legitimado temático, e comprovou o requisito da pertinência da ação alegando os prejuízos que a Fazenda Pública Paraense tem sofrido pela ausência de regulamentação por parte do legislativo. Afirma o Estado requerente que esses prejuízos chegariam a R\$ 15 bilhões de 1996 a 2012.

O Governador buscava nessa ação que fosse declarada a mora do Congresso Nacional em regulamentar o disposto no art. 91, caput e parágrafos, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias incluído no texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 42/2003, tendo em vista que essa omissão já perdura por mais de dez anos. A ADO 25 é de extrema importância para a ciência jurídica como um todo, pois a mesma traz uma mudança de entendimento da Corte e busca por meio dela dar efetividade as normas constitucionais, bem como trazer utilidade para o instrumento, pois apenas dar ciência ao poder competente se tornou uma tarefa inútil, ao passo que o legislativo não toma providências para resolver o problema da Omissão Legislativa.

4.1 A DISCUSSÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 25

Passaremos agora para a análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal e suas principais nuances, fazendo um paralelo com a teoria não concretista e a concretista intermediária. O ministro Gilmar Mendes foi o relator da referida ação, e vota a favor da aplicação da teoria concretista intermediária como forma de dar maior efetividade ao instrumento ora em questão, e brilhantemente discorre em seu relatório o problema da omissão inconstitucional no Brasil.

Tenho dito e repetido que a problemática da inconstitucionalidade por omissão está entre os mais tormentosos e, ao mesmo tempo, mais fascinantes temas do Direito Constitucional moderno. De um lado, envolve o problema da concretização da Constituição pelo legislador – e todas as questões de eficácia aí implicadas – e, de outro, desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional (BRASIL, 2013).

Ainda completa o Ministro Relator:

Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão? Essas e outras indagações desafiam a dogmática jurídica aqui e alhures. É, todavia, salutar o esforço que se vem desenvolvendo, no Brasil, para descobrir o significado, o conteúdo e a natureza desses institutos. (destaque do autor) (BRASIL, 2013).

São a partir dessas indagações que é possível compreender a inutilidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, tendo em vista que a sentença que científica o legislativo não permite o exercício do direito. Contudo, os argumentos que pretendem afastar a omissão aduzem que: Projeto de Lei em tramitação é capaz de afastar a referida omissão e a lei temporária que fora aplicada ao caso também afasta a inércia, mas, ambos já foram superados pela própria jurisprudência do tribunal.

Vamos a seguir, tecer comentários ainda sobre o relatório do Ministro relator Gilmar Mendes:

No caso em tela, a superação do estado de inconstitucionalidade combatido de certo não há de se fazer com a mera declaração da mora legislativa e da inércia deliberandi por parte do Congresso Nacional. É fundamental que o Poder Legislativo seja, realmente, instado a legislar, editando, finalmente, a lei complementar prevista no art. 91 do ADCT. Assim, como já adiantei, meu voto é no sentido de julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, por conseguinte, reconhecer a mora do Congresso Nacional quanto à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 (doze) meses para que seja sanada a omissão. (destaque do autor) (BRASIL, 2013).

A novidade em questão não está ligada ao prazo de doze meses que o ministro sugere aplicar, mas sim como deverá ser dada eficácia a decisão caso o prazo não seja observado pelo legislativo, e é nesse ponto que temos a aplicação da teoria concretista intermediária vista no capítulo anterior, isto é, o Supremo aplica prazo, e caso não seja sanada a omissão, o tribunal deve dar condições para o exercício do direito até que a norma em questão seja de fato criada. Gilmar também enfatizou que, o poder do tribunal se perfaz com a garantia que suas decisões sejam cumpridas, e quando isso não acontece como é o caso das ADO's “os julgados do Supremo Tribunal Federal correm risco de estarem se transformando em meros discursos lítero-poéticos”

Ante o exposto, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de

12 (doze) meses para que seja sanada a omissão. Na hipótese de transcorrer in albis o mencionado prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União:

- a) fixar o valor do montante total a ser transferido aos estados membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT para fixação do montante a ser transferido anualmente, a saber, as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a, do texto constitucional;
 - b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Comunique-se ao Tribunal de Contas da União, ao Ministério da Fazenda, para os fins do disposto no § 4º do art. 91 do ADCT, e ao Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão, para adoção dos procedimentos orçamentários necessários para o cumprimento da presente decisão, notadamente no que se refere à oportuna inclusão dos montantes definidos pelo TCU na proposta de lei orçamentária anual da União.
- É como voto (BRASIL, 2013).

Os ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Tofoli, Ricardo Levandowski e Celso de Melo concordaram integralmente com o ministro relator Gilmar Mendes, e em menor extensão Teori Zavascki e Carmém Lúcia concordando apenas com a mora e o prazo. E o ministro Marco Aurélio que apenas concordou com a declaração da mora, divergindo totalmente do prazo e da atribuição ao Tribunal de Contas da União para estabelecer os parâmetros.

Edson Fachin justifica seu voto:

Daí, não me parece haver dúvida alguma na existência dessa mora, a merecer a chancela de uma sanção com estribo nas funções constitucionais desta Corte, e, por isso, estou acompanhando, neste primeiro ponto, o eminente Relator. Em relação ao lapso temporal, não me parece também ser um elemento estranho a outras determinações que este próprio Tribunal, em momentos diversos, já fez, inclusive em relação ao FPE, ao Fundo de Participação dos Estados, com algumas, digamos, "modulações" de lapsos temporais, para que o Legislativo pudesse suprir a mora. O prazo aqui foi fixado em doze meses. Poder-se-ia até imaginar um lapso temporal maior, mas, numa circunstância em que já se passou mais de uma década, acredito que é um lapso temporal de razoabilidade que está indicado na proposta do eminente Relator. Portanto, acompanho também o segundo ponto.

A preocupação inicial que tive no sentido de, eventualmente, verificar-se uma eventual extrapolação para a indicação, desde logo, da consequência da eventual inércia legislativa diante do novo lapso temporal fixado, cede, especialmente pelo voto que hoje verificamos e que vem com um capítulo especial dedicado à execução das decisões deste Supremo Tribunal Federal. Assim, no plano da efetividade executória, como um reclamo de concretização, que pode estar integrado à própria natureza da sentença, ou da decisão aqui prolatada, e com base no que acabo de haurir do voto do eminente Relator, também nesse terceiro ponto, estou acompanhando Sua Excelência.

Após o lapso temporal supracitado, caso infrutífero, considera-se a declaração de mora convertida em decisão aditiva, por intermédio da qual se delega competência ao Tribunal de Contas da União, de modo análogo ao previsto no parágrafo único do art. 161 da Constituição da República em relação aos fundos de participação, a efetuar o cálculo dos repasses de compensação financeira prevista na LC 87/96 aos Estados federados e ao Distrito Federal, com observância dos critérios supracitados (BRASIL, 2013).

Na justificativa do senhor Ministro Edson Fachin, a questão da atribuição ao Tribunal de Contas da União se tornou cabível para dar efetividade executória as decisões como forma de concretização da pretensão ora em questão, mesmo entendendo ser uma eventual extrapolção para indicação, mas concordou em todos os pontos com o relator.

O Ministro Roberto Barroso, acompanhou também o relator e justificou:

Eu concordo com a constituição em mora. Concordo com a fixação do prazo de doze meses. E concordo também com a fórmula que aí corresponde ao que penso que deva ser a jurisdição constitucional em caso de omissão - eu mesmo havia proposto em casos anteriores - que é abrir-se um prazo para atuação do Congresso, mas já fixar a solução alternativa, se o Congresso não atuar, porque eu acho que é a melhor forma de diálogo institucional: você esclarecer que existe a mora, definir parâmetros - neste caso, a gente não precisa definir, porque já estão na Constituição - e prever a solução que se vai praticar se o Congresso persistir na inércia inconstitucional. De modo que, por essa faceta de diálogo institucional, de diálogo constitucional, que tenho defendido como a melhor forma de se prestar jurisdição constitucional no mundo contemporâneo, eu também estou de acordo e louvo o voto do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2013).

O estabelecimento do diálogo institucional é defendido pelo Ministro Barroso, e fica demonstrado quando o Supremo estabelece esse prazo e define parâmetros para solução caso o Congresso não atue, para ele é forma de prestação de jurisdição constitucional.

Luiz Fux justifica seu voto trazendo a questão de o judiciário proferir de fato decisões efetivas de forma a consagrar as leis.

No plano doutrinário, os sistemas processuais hoje são classificados segundo a sua efetividade. Então, temos essa previsão e temos, hoje, no artigo 139 do Código de Processo Civil, uma série de, digamos assim, instrumentos a serviço do Judiciário para que ele torne a função jurisdicional efetiva. Então, a solução que, num primeiro momento, eu era avesso a adotar - inclusive, comentava isso com o Ministro Teori -, eu agora, encontrando esse fundamento constitucional, fico mais confortável para assimilá-la, exatamente porque o processo será efetivo, nós estaremos respeitando a separação de Poderes, com essa conclamação que o Parlamento se manifeste em 120 dias. Já há um projeto de lei. Isso é uma forma, é um meio de persuadir o parlamentar a agir, sob pena de o Tribunal de Contas fazê-lo, tanto mais que a lei permite que o juiz se utilize de instrumentos convocatórios. E o instrumento convocatório seria esse: enquanto o Parlamento não legisla, o

Tribunal de Contas faz o rateio, conforme o disposto no artigo 161, parágrafo único, que lhe confere essa competência (BRASIL, 2013).

Fux completa sua justificativa deixando claro que em virtude de o Tribunal de Contas ser o competente constitucionalmente conforme o artigo 161, parágrafo único da CF/88 para fazer o rateio, sua decisão se torna acertada, pois está preservando o princípio da separação de poderes, e por essa razão concorda com o relator no terceiro ponto. Fica para nós o questionamento: Então se não existisse o artigo 161, o ministro não concordaria com tal posição? Apenas assinalaria o prazo?

A senhora Ministra Rosa Weber concorda integralmente com o relator, e justifica:

Eu julgo procedente a ação de inconstitucionalidade por omissão. Reconheço a mora legislativa, louvando o belíssimo voto do Ministro Gilmar Mendes, e também, como Sua Excelência, concedo, outorgo um prazo de 12 meses para que essa mora seja sanada. Entendo que o instituto só se justifica no sentido de dar efetividade às normas constitucionais que prescindem, pela sua própria voz, dessa efetividade (BRASIL, 2013).

Concorda que o objetivo da referida decisão é dar efetividade as normas constitucionais, e esse tema é justamente o cerne do trabalho, que se caracteriza como o próprio objetivo da teoria concretista intermediária, isto é trazer efetividade prática para a decisão e permitir o exercício dos direitos ora garantidos.

Dias Tofolli concorda integralmente e vota apenas elogiando a justificativa do relator.

Cumprimento também o belíssimo voto, o profundo voto, trazido pelo Ministro Gilmar Mendes, que, com a vênua daqueles que dele divergem, eu estou subscrevendo na íntegra, Senhora Presidente (BRASIL, 2013).

Ricardo Lewandowski traz a questão da obediência ao princípio da tripartição de poderes, e em virtude disso a aplicação do prazo se tornaria inviável, mas pela existência dos precedentes da Corte o mesmo concordou com a referida aplicação.

Eu continuo convencido de que, em se tratando de um outro Poder, em homenagem ao princípio da separação dos Poderes, não é possível fixar-se um prazo. Mas, depois, eu verifiquei que há jurisprudência já da Corte - não diria que é jurisprudência, mas existem alguns precedentes em que nós fixamos um prazo para o Poder Legislativo. Esse é um aspecto: há precedentes. Outro aspecto que eu considerei é que, na verdade, se trata de um prazo impróprio, porque se o Legislativo, o Congresso Nacional, não cumprir esse prazo, não acontece absolutamente nada; ao contrário do que ocorreria se um administrador não cumprisse o prazo, porque se não o fizer, ele poderia incorrer até em crime de responsabilidade. Então há uma diferença. É um prazo impróprio. Eu diria até, com todo o respeito, um prazo inócuo. A

consequência que o Relator fixou é que, decorrido esse prazo, um outro órgão, um órgão técnico, fará o rateio destas verbas.

Então, por esses motivos todos, por entender que se trata sobretudo de um prazo impróprio, e que, nesse sentido, não se estaria colidindo diretamente com esse dispositivo constitucional ao qual eu fiz referência, seguindo o Ministro Marco Aurélio, e tendo em conta que a jurisprudência e a doutrina comparada autorizam essa solução, eu acompanho integralmente o Ministro-Relator neste caso (BRASIL, 2013).

Levandowski levanta uma questão interessante quando se refere ao prazo, reconhece que trata de um prazo impróprio, porque diferente do órgão administrativo que a não observância gera crime de responsabilidade, o prazo que é dado ao legislativo é na verdade inócuo, tendo em vista o seu não cumprimento.

Celso de Mello anota:

Presente esse contexto, cumpre reconhecer que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – considerada a sua específica destinação constitucional – busca neutralizar as consequências lesivas decorrentes da ausência de regulamentação normativa de preceitos inscritos na Carta Política e que dependem da intervenção concretizadora do legislador, traduzindo significativa reação jurídico-institucional do vigente ordenamento político, que a estruturou como instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Carta da República.

Isso significa, portanto, que a ação direta por omissão deve ser vista e qualificada como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Poder Público, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum. (destaque do autor) (BRASIL, 2013).

A posição do ministro é totalmente feliz do ponto de vista prático da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no ordenamento jurídico vigente, isto é, para que de fato ela se destina e o que ela busca realmente fazer, pois o judiciário não deve tolerar uma violação que perdura por décadas ao texto constitucional que traduz em condição subalterna a vontade do legislador ordinário como bem colocou o ministro.

O ministro Teori ZWaski concordou em menor extensão com o relator, reconheceu a mora e estabeleceu o prazo, mas divergiu quanto a atribuição para o Tribunal de Contas da União sobre o argumento:

A minha ideia inicial seria, sem prejuízo de o Tribunal voltar a deliberar sobre o que vai fazer se persistir a mora legislativa depois dos 12 meses, julgar a ação procedente apenas para reconhecer a mora e fixar o prazo, sem prejuízo de que, daqui a 12 meses, à luz do que vai acontecer nesse período, o Tribunal voltar a deliberar sobre como vai suprir a mora, se for o caso. Então, eu

julgaria parcialmente procedente, divergiria do Ministro Relator quanto à solução imediata em caso de persistência de mora (BRASIL, 2013).

Do exposto, entende-se, que o ponto do ministro que diverge dos outros ministros acaba ao final do prazo que foi estabelecido se traduzindo no que a maioria defendeu até agora, a diferença é que os outros concordando com a medida do relator já estabeleceram desde logo a solução, qual seja, dar logo efetividade prática a ação através da atuação do Tribunal de Contas caso a mora não seja suprida, e o Teori entende que após esse prazo, caso não seja sanada a omissão, o Tribunal em momento posterior passe a analisar a matéria sobre como irá suprir a mora, ou seja, o resultado seria o mesmo, mas a imposição da solução aconteceria em momentos diversos.

Nessa mesma linha concordou a Ministra Presidente Carmem Lúcia:

Então eu farei a juntada de voto, mas vou pedir vênua ao Relator, na parte que confere ao Tribunal de Contas, como órgão auxiliar, a fixação dos prazos a partir do décimo terceiro mês, se não sobrevier, na forma do voto do Ministro Teori Zavascki, apenas porque há instrumentos inclusive de se acionar pelo não cumprimento, uma vez que a fixação do prazo suscita a obrigatoriedade, aí sim, afirmativa. Então acompanho o Relator na procedência para declarar a mora do Congresso, e na fixação do prazo de doze meses, apenas deixando de acompanhar no que se refere à delegação da execução das providências adotadas (BRASIL, 2013).

Deixamos por último a análise do voto do Ministro Marco Aurélio, pois foi ele o único a entender pela procedência da ação apenas para declarar a omissão inconstitucional, ou seja, para aplicar fiel e taxativamente o que dispõe o art. 103, §3º da Constituição Federal, isto é, dar ciência ao poder competente, mostrando claramente sua posição concretista em relação ao instrumento.

Acompanho o voto de Sua Excelência, assentando a mora, que digo, escancarada, como já ocorreu também no tocante a outros dispositivos da Constituição Federal, do Congresso Nacional. Mantenho-me fiel ao que venho sustentando: em se tratando de mora de outro poder, não cabe assinar prazo para que seja afastada. O § 2º do artigo 103 do Diploma Maior apenas prevê a imposição de prazo quando a mora é de autoridade administrativa. Aí, sim, o Judiciário pode, não se substituindo à própria autoridade administrativa, impor o prazo de 30 dias para que seja adotada a providência. Sua Excelência fixa prazo para que o Congresso Nacional legisle, e essa fixação, de início, é perigosa, porque ele acaba não legislando e a decisão se torna, portanto, inócua. (destaque do autor) (BRASIL, 2013).

Entretanto, o ministro admite que a decisão se torna inócua, pois a Corte estabelece o prazo e o Congresso não o cumpre, mas o avanço do entendimento consiste justamente em

combater esse ponto, a inutilidade do instrumento, partindo para uma ótica de aplicação de prazo para não usurpar a competência do legislativo, mas dar uma solução caso para que a decisão não continue sem efeito prático.

4.1.1 Críticas a aplicação da teoria concretista intermediária para a ADO

Na discussão que permeia Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção o princípio da separação de poderes é considerado um entrave entre a doutrina e a jurisprudência, pois os defensores da teoria não concretista entendem que qualquer decisão diferente da mera ciência ao poder competente fere o princípio da tripartição de poderes constante no art. 2º da CF/88 e o judiciário vai estar usurpando a competência legislativa e essa tarefa não lhe foi conferida.

O autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho é um dos doutrinadores que defende a posição não concretista, e acredita que o retardo na criação na norma deriva da própria atribuição do legislativo, isto é, a Carta Magna permite por meio nas normas de eficácia limitada a chegada do momento certo para legislar.

Assim, em face de possuir a discricão quanto ao momento e o modo de tornar juridicamente impositiva a promessa (a norma programática), o legislador ordinário não descumpra a Constituição, porque retarda, se omite, na regulamentação de preceito não auto executável da Lei Suprema. Ao contrário, essa omissão se coaduna com o cumprimento da Constituição, porque esta reitera-se deixou ao legislador a escolha do momento (bem como do modo) de execução da norma programática. Assim, com relação à edição de normas pelo Poder Legislativo, a declaração configurará tão somente uma constatação da omissão, mesmo porque a independência dos poderes ficaria comprometida se o Poder Judiciário pudesse ou suprir a omissão do Poder Legislativo o obrigá-lo a editar leis (FERREIRA FILHO, 2012, p. 329)

Em outras palavras, o autor entende que a omissão do legislativo não configura lesão a Constituição, pois sua tarefa legiferante é imposta pela própria Constituição, e a ausência de normas deverá ser declarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, não podendo o judiciário suprir a omissão ou determinar prazo, tendo em vista a separação de poderes ser comprometida.

Outra crítica a teoria se perfaz sobre a natureza da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, e os defensores entendem que trata de decisão meramente declaratória, onde a tarefa do judiciário está limitada apenas a declaração da mora, ou seja, constatação da omissão. É possível perceber também uma obediência ao princípio da legalidade estrita, pois

independentemente do efeito da decisão, basta seguir a norma, mesmo que essa não esteja trazendo resultados úteis para a sociedade.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25 as críticas são pontuais, além da violação ao princípio da tripartição de poderes, mas principalmente no tocante a solução dada pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, qual seja, a não observância do prazo de 12 meses para a criação da norma em questão permite que o Tribunal de Contas da União estabeleça o repasse de que depende o Estado. A partir dessa solução, que é justamente a aplicação da teoria concretista intermediária ao caso, alguns ministros divergem, como por exemplo Marco Aurélio, Teori Zawaski e Carmém Lúcia.

Marco Aurélio critica a solução, entendendo que o Tribunal de Conta não pode substituir o Congresso Nacional:

Mas vai adiante Sua Excelência e atribui, a órgão auxiliar do próprio Legislativo, a incumbência de estabelecer os parâmetros alusivos às perdas dos Estados, quanto à não incidência, em produtos exportados, do ICMS. Nesse ponto, uma vez que não assino sequer prazo para o Poder Legislativo legislar, peço vênica para divergir. O Tribunal de Contas da União não pode substituir-se ao Congresso Nacional, fazer as vezes deste no que omisso quanto à edição da lei (BRASIL, 2013).

Em seguida, na sua justificativa, o ministro Teori critica a solução dada pelo relator por entender que mesmo não tendo mais vigência, uma norma provisória do ADCT já regula o caso em apressado mesmo que seja de maneira temporária está resolvendo, e na sua concepção atribuir ao Tribunal de Contas da União uma tarefa também provisória criada pelo judiciário lhe causa muita dúvida em relação ao tema.

Portanto, que o modelo é injusto, todos nós sabemos. Todavia, a injustiça de norma, especialmente de uma norma constitucional, por si só não justifica que se negue a sua vigência, especialmente num caso como esse, que se trata de uma norma prevista no ADCT, para ser uma ponte entre uma situação anterior e uma situação definitiva, e que a solução que está sendo dada vai ser substituir essa norma provisória por uma outra norma provisória criada pelo Judiciário e a ser executada pelo Tribunal de Contas da União. Confesso que eu tenho muita dúvida. Até que pode ser uma solução, sob aspecto político mais justa. Agora, não sei até que ponto, esta é a minha dúvida, nós, Supremo Tribunal Federal, Poder Judiciário, podemos substituir uma norma provisória do ADCT por uma norma provisória que nós criamos, atribuindo a outro órgão a sua execução. Essa é a minha dúvida. Especialmente, porque eu não vejo como, sinceramente, declarar inconstitucional o parágrafo 3º do artigo 91, por mais injusto que ele seja. (destaque do autor) (BRASIL, 2013).

Teori também complementou sua crítica a solução com a ideia que as razões pelas quais o Congresso não legislou devem ser levadas em conta, pois lá estão os representantes dos Estados que estão perdendo com a ausência da lei.

Nós temos de levar em consideração também as razões pelas quais o Parlamento não legislou a respeito. Afinal de contas, lá estão os representantes dos Estados; lá estão os representantes daqueles que estão sofrendo essa falta de distribuição de recursos adequados. Acho que temos que respeitar também a incapacidade de o Parlamento formar as maiorias necessárias, o consenso necessário (BRASIL, 2013).

Essas posições sofreram e sofrem até hoje duras críticas entre os estudiosos do direito, pois o estado de coisa inconstitucional que vivenciamos é surpreendente, tendo em vista que desde a promulgação da Constituição de 1988 o poder legislativo encontra-se omissos em vários temas inclusive o tratado na referida ADO. Vários são os argumentos a favor da teoria concretista intermediária e a maioria deles partindo do combate a omissão inconstitucional como violação a constituição e a inutilidade da decisão do Supremo na Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão em razão do não exercício do direito de imediato.

Os argumentos a favor da teoria são vários, dentre eles: O principal argumento a favor da teoria concretista intermediária consiste em tentar sanar a grande problemática da omissão inconstitucional dos poderes públicos em complementar a Constituição para o exercício dos direitos que são garantidos; Trazer utilidade para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pois apenas dar ciência ao órgão competente sem que ele crie a norma torna a decisão inócua, sem sentido algum que é o que prega a teoria não concretista. Então um dos principais argumentos trazidos pela doutrina é esse, a ADO como instrumento útil, isto é, sanar de maneira mais eficiente a omissão.

Garantir executoriedade das suas decisões, pois os seus acórdãos não devem apenas declarar, mas serem efetivamente cumpridos; A posição do Supremo Tribunal Federal não fere a autonomia do legislativo, em razão das decisões no controle concentrado vincular apenas a administração direta e indireta na esfera federal, estadual e municipal bem como o poder judiciário, ficando excluído então o poder legiferante, conforme art. 102, §2º da CF/88; Se o poder legislativo não concordar com a decisão do Supremo Tribunal Federal, basta que edite a norma, assim a referida sentença perde o efeito, e a norma editada fica valendo;

A mudança de entendimento na jurisprudência do Supremo se deu em virtude de o histórico de decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade não ter surtido efeitos práticos, ou seja, apenas avisar da omissão não garantia o exercício do direito. Podemos

fazer um paralelo com a evolução do mandado de injunção, que também sofreu duras críticas em razão da sua utilidade prática. O avanço na leitura do referido instrumento se deu quando o Supremo aplicou a lei da iniciativa privada aos servidores públicos, abandonando a posição não concretista. Todo esse avanço na jurisprudência culminou para a edição da lei 13.300/2016, que foi considerada uma vitória para o mandando de injunção, pois a teoria concretista intermediária foi consolidada.

Quando pensamos nos problemas que a ADO enfrenta dificilmente não lembraremos do avanço que sofreu o mandando de injunção até o momento da edição da lei 13.300/2016, pois foi a partir da mudança de interpretação do Supremo que o M.I tornou-se um instrumento útil. Dessa forma os estudiosos do direito bem como a maioria dos ministros do Supremo almejam que aconteça também no controle concentrado, pois estarão resolvendo o problema do estado de coisa inconstitucional e trazendo a força normativa da Constituição, qual seja, o cumprimento do mandamento constitucional que determinam as normas de eficácia limitada.

4.1.1.1 Consequências da aplicação da teoria concretista intermediária para os novos julgados

Segundo Cunha Jr. (2012) a mudança de entendimento do Supremo em relação aos efeitos da decisão em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão traz uma série de consequências para a ciência jurídica como um todo, pois a partir desse momento o instrumento que até então era criticado pela doutrina e a jurisprudência passa de um viés meramente declaratório para um viés com fins verdadeiramente garantísticos de normatividade plena integral e eficaz.

A aplicação da teoria concretista intermediária nos novos julgados declarará a mora do legislativo, e fará com que esse poder passe a atuar em tempo hábil, pois irá existir uma solução provisória para o caso se o prazo estabelecido não for observado. Então, de fato o Supremo estará dando um novo contexto para a ADO sem contrariar o princípio da separação dos poderes, pois como já foi mencionado em linhas acima, o legislativo não está vinculado as decisões da Suprema Corte, então caso não concorde basta que crie a norma, e assim a decisão perderá sua eficácia. Desta forma, teremos a consequência que de fato buscamos com o instrumento que é a exclusão da omissão inconstitucional.

O grande exemplo prático que a decisão no controle concentrado não vincula o legislativo se deu com a declaração da inconstitucionalidade da lei do Estado do Ceará que tratava das vaquejadas, a ADI proposta pelo Procurador Geral da República em 2017 foi julgada procedente, e em momento posterior, o Senado propôs uma Proposta de Emenda à Constituição

com base no art. 60, I da CF/88 no intuito de incluir o §7º ao art. 225 da CF/88 buscando regular a matéria da vaquejada como expressão de cultura, e a mesma foi aprovada. Dessa forma, a ADI perdeu sua eficácia, e isso mostra a não vinculação do legislativo, de modo que, caso não concorde com as decisões em sede de ADO com aplicação da teoria concretista intermediária, basta legislar.

A consequência que enxergamos ser a mais positiva é em relação a garantia do exercício do direito que foi pleiteado, ou seja, o autor da ação terá uma resposta imediata, diferentemente do que acontecia quando a Corte fazia interpretação com base na teoria não concretista, isto é, a aplicação da literalidade do art. 103, §2º da CF/88 limitando apenas em dar ciência ao legislativo, deixando a decisão sem efeitos concretos capazes de solucionar o caso, é como se procurar o judiciário não adiantasse nada.

Atualmente o Supremo Tribunal Federal está discutindo a ADO 26, que trata sobre a criminalização da homofobia, o autor da Ação pede que seja declarada a omissão do Congresso Nacional, justificando que existem vários projetos de lei em tramitação para que a homofobia seja criminalizada e o poder legislativo não o faz. Existem seis ministros concordando com o relator Celso de Mello em estabelecer a mora do congresso e conseqüentemente equiparar a homofobia ao crime de racismo regulado pela lei 7716/89, o mesmo optou por não dar prazo para a criação da lei, e isso nos mostra que a Corte está indo além da teoria concretista intermediária, pois de plano já aplicou a solução para o caso sem estabelecer o prazo.

Muitos são os argumentos contrários a essa posição do Supremo, como por exemplo: não observância do princípio da reserva legal, pois o mesmo estaria criando um tipo penal que é vedado pela própria Constituição. Bom, o objetivo do referido trabalho foi analisar a aplicação da Teoria Concretista Intermediária na ADO 25, e de fato fizemos, mas também trouxemos um pouco a discussão da ADO 26 que está bem atual. Esperamos que o Supremo faça um bom uso dessa ferramenta que é Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, aplicando de fato depois de exaurido o prazo determinado a solução para o exercício do direito, mas sempre respeitando os limites do poder judiciário e buscando não fugir da tarefa que lhe foi atribuída que é a eliminação do estado de inconstitucionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou ao trazer o instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. Essas ferramentas são responsáveis por combater omissões inconstitucionais impeditivas do exercício de direitos. Possuem semelhanças quanto ao seu objetivo, mas sua natureza é totalmente diversa, a primeira faz parte do controle concentrado de constitucionalidade enquanto a última do controle difuso.

No tocante a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão sobretudo quanto aos seus efeitos, vimos a existência das teorias não concretista e concretista, sendo que a concretista se divide em geral e intermediária. O presente trabalho teve como objetivo analisar a aplicação da teoria concretista intermediária na ADO 25, onde o autor da referida ação buscava que o Supremo Tribunal Federal declarasse a mora do Congresso Nacional para legislar norma consubstanciada no art. 91 do ADCT.

O Supremo Tribunal Federal adotava uma postura não concretista em relação a ADO, e com o passar dos anos evoluiu até chegar ao estabelecimento de prazo para que o legislativo criasse a norma. Contudo o que foi observado é que os prazos não eram cumpridos e as decisões acabavam sem ser cumpridas. Verificou-se nessa ADO que o exercício do direito só seria de fato garantido se além do estabelecimento do prazo pela Suprema Corte fosse de logo aplicado uma solução para o caso se o prazo não fosse observado. Isto porque, o direito reconhecido no art. 41 do ADCT trata de norma de eficácia limitada, razão pela qual depende da normatização pelo legislador ordinário, e por conta disso padece de aplicação imediata.

Desta forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a entender que a Constituição não deve sofrer uma violação que perdura por anos e ficar à mercê da boa vontade do legislativo em criar a norma, enquanto as omissões inconstitucionais comprometem direitos e as garantias individuais. Na ADO que estamos discutindo nesse trabalho os ministros do Supremo entenderam por aplicar um prazo de 12 meses para que fosse sanada a omissão inconstitucional e caso não fosse cumprido o prazo ficaria a cargo do Tribunal de Contas da União resolver o problema temporariamente até que a norma seja de fato criada.

Com esse entendimento o Supremo Tribunal Federal abandona a aplicação da teoria não concretista que limitava apenas em cientificar o legislador da omissão, e passa a ver o caso de maneira mais holística e mais ativista, direcionada em dar uma efetividade prática a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e conseqüentemente garantir o exercício dos direitos que vinham sido violados em virtude da inércia deliberante do legislativo.

A posição não concretista que perdurou por anos no Supremo era justificada como a obediência ao princípio da separação de poderes do art. 2º da CF/88, e observância taxativa do que preconiza o art. 103, §2º que é dar ciência ao poder competente e se for órgão administrativo aplicar prazo para sanar a omissão de trinta dias. Contudo, devemos lembrar que o judiciário tem o papel de buscar por meio da hermenêutica interpretar o direito da melhor forma e com isso buscar dar maior efetividade as normas constitucionais. Daí a mudança de entendimento por parte da Suprema Corte.

Depois de analisar a aplicação da teoria concretista intermediária na ADO 25, chegou-se à conclusão que houve uma evolução de fato no entendimento da Corte, e que essa evolução não fere a autonomia do legislativo, isto porque a decisão no controle concentrado de constitucionalidade vincula apenas a administração pública e o judiciário, excluindo então o poder legislativo. Dessa forma, caso o legislativo não venha a concordar com a solução provisória dada aos casos, basta que crie a norma, fazendo então a decisão do Supremo perder a eficácia. Portanto, concordamos com o avanço da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por entendermos que não viola a tripartição de poderes, nem a autonomia do poder legislativo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de mar. de 2019.

_____. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2015-2018/2016/lei/113300.htm>. Acesso em: 12 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.458-DF**. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela CNTS [...]. Relator: Celso de Mello, 25 de outubro de 2001. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14817508/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1458-df-stf>. Acesso em: 12 de mai. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de número 25**. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com pedido de medida cautelar, na qual o governador do estado do Pará sustenta ocorrência de omissão inconstitucional imputada ao Congresso Nacional. [...] Relator Atual: Min. Gilmar Mendes, de 27 de ago. de 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4454964>. Acesso em: 20 de mai. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de número 26**. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, proposta pelo PARTIDO POPULAR SOCIALISTA - PPS, para o fim de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), [...]. Relator Atual: Min. Celso de Mello, de 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 12 de mai. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 715-DF**. Mandado de injunção. Alegação inconsistente de inércia da União Federal na regulação normativa do direito à celeridade no julgamento [...]. Relator: Min. Celso de Mello, de 25 de fevereiro de 2005. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14792402/mandado-de-injuncao-mi-715-df-stf>. Acesso em: 25 de mai. de 2019.

BULOS, Uadi Lammêngo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodvm, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. **Curso de Processo Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PIOVESA, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PORTUGAL. [Constituição de (1976)]. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Portugal: Presidência da República, [1976]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP1976.pdf>. Acesso em: 12 de mar. de 2019.

SILVA, Ana Paula Bezerra da. **A posição concretista adotada pelo STF no mandado de injunção e o efeito na greve dos servidores públicos**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande, 2014. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/8416/1/PDF%20-%20Ana%20Paula%20Bezerra%20da%20Silva.pdf>. Acesso em 12 de abr. de 2019.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.