

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

LARISSA FÉLIX DOS SANTOS

**OS EFEITOS DA DECISÃO EM AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO:
A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STF**

Artigo científico apresentado como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Universidade Federal de Uberlândia.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

Uberlândia

2020

OS EFEITOS DA DECISÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STF

The effects of the decision in Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: evolution of STF's understanding

Larissa Félix dos Santos¹

Resumo: O presente artigo apresenta como problematização a aptidão de as decisões proferidas pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão superarem os efeitos inócuos atribuídos pelo legislador constituinte pátrio à ação. Objetiva-se demonstrar que, ao longo dos anos, a Corte Superior brasileira saiu de uma posição que permitia a persistência da omissão inconstitucional para, enfim, aproximar-se do efetivo controle dessas omissões. A metodologia do trabalho envolve, inicialmente, uma contextualização do assunto a partir de noções gerais sobre a ADO para, a seguir, debruçar sobre o papel do Supremo Tribunal Federal ante o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, e, deste ponto, analisar as soluções dadas pelo STF para a problemática dos efeitos das decisões em sede de ADO, utilizando-se, para tanto, de referencial bibliográfico, legislação e uma jurisprudência variada. Ao final, conclui-se que o avanço jurisprudencial do STF culminou na consagração de uma nova percepção da ADO através da aplicação de uma espécie de sanção diante da manutenção da inércia legislativa ou administrativa.

Palavras-chave: Omissão; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; STF; efeitos; decisão.

Sumário: 1. Introdução... p. 4; 2. Noções gerais da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão... p. 5; 3. O controle da inconstitucionalidade por omissão pelo STF: o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”... p. 8; 4. A atuação inexpressiva do STF no combate às omissões inconstitucionais... p. 10; 5. Os avanços do STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão... p. 15; 6. Conclusão... p. 21; 7. Referências... p. 22.

¹ Graduanda do curso de Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). E-mail: larissafelixdir@gmail.com

Lista de abreviações:

ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

STF - Supremo Tribunal Federal

TCU – Tribunal de Contas da União

Abstract: The present article presents as problematization the aptitude of the decisions rendered by the STF in the Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão to overcome the innocuous effects attributed by the constituent legislator native to the action. The objective is to demonstrate that, over the years, the Brazilian Superior Court has left a position that allowed the persistence of unconstitutional omission to, finally, approach to the effective control of these omissions. The methodology of the work involves, initially, a contextualization of the subject from general notions about ADO to, next, analyze the role of the Supreme Corte before the recognition of the “estado de coisas inconstitucional”, and, from this point, analyze the solutions given by the STF for the problem of the effects of decisions in the context of ADO, using, for that, bibliographic reference, legislation and a wide variety of jurisprudence. In the end, it is concluded that the STF's jurisprudential advance culminated in the consecration of a new perception of ADO through the application of a kind of sanction in the face of the maintenance of legislative or administrative inertia.

Keywords: Omission; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; STF, effects; decision.

Summary: 1. Introduction... p. 4; 2. General notions of the Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão... p. 5; 3. Control of the unconstitutional by omission by the STF: the recognition of the "estado de coisas inconstitucional"... p. 8; 4. The inexpressive acting of the STF in combating unconstitutional omissions... p. 10; 5. The advances of the STF in the judgment of the Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ... p. 15; 6. Conclusion... p. 21; 7. References... p. 22.

1. INTRODUÇÃO

A indubitável importância da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não veio desacompanhada de dúvidas quanto a sua real capacidade de proteger direitos e garantias fundamentais não regulamentados, uma vez que, constitucionalmente, seus efeitos limitam-se simplesmente a dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias a fim de afastar a omissão (NETO, 2002, p. 196).

“[...] É dizer, os instrumentos jurídicos eleitos pelo legislador constituinte pátrio não estão dotados de ferramentas seguras que produzam, na consciência nacional, um sentimento de certeza quanto ao cumprimento pelo Estado da obrigação constitucional de legislar, mesmo após a decisão declaratória de inconstitucionalidade por omissão.” (NETO, 2002, p. 203)

Assim, em mais de três décadas de existência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, as discussões sobre os seus efeitos rendem opiniões das mais diversas e nunca sai de cenário. Em meio a tanto conteúdo, ainda se faz urgente novas reflexões sobre a temática, de modo a evidenciar o que é digno de valorização, bem como apontar aquilo que deve ser aperfeiçoado.

Dessa forma, dada a devida importância que o tema exige, o presente trabalho pretende contribuir no debate sobre os efeitos da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão à luz da jurisprudência do STF, trazendo à baila a solução que a Corte Superior brasileira vem oferecendo ao longo dos anos para um problema que, diariamente, tem incomodado aqueles que desesperadamente anseiam por uma resposta na espera pelo atendimento de seus direitos, verdadeiras garantias constitucionais.

Para tanto, a pesquisa inicia-se com noções gerais conceituais sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, além de discorrer sobre o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, cuja ligação será mostrada adiante.

Por fim, analisar-se-á a evolução do entendimento do STF quanto aos efeitos da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão através do estudo de julgados que são referências no assunto. Assim, serão apresentados os principais posicionamentos do STF, perpassando por decisões que, de um lado, apenas constituem em mora o Poder competente, para, finalmente, perquirir casos que além de fixarem prazo para a adoção de determinada providência, há a aplicação de uma espécie de sanção no caso de sua inobservância. Portanto, é justamente essa trajetória rumo ao difícil desafio de vencer as omissões inconstitucionais que se passa a investigar.

2. NOÇÕES GERAIS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Nos últimos anos, manchetes por todo o país anunciam tragédias ambientais, massacre de povos indígenas, racismo, homofobia, feminicídio, má distribuição de renda, desigualdade social, falta de investimento em áreas como educação e saúde, entre outros problemas que dia após dia assombram a população brasileira. Nesse cenário de insistentes violações de direitos e garantias fundamentais e de total descrença em torno da força da lei, é crucial uma atuação estatal com vistas à implementação de políticas públicas eficientes. E justamente quando se necessita de uma atuação positiva do Estado, paradoxalmente, o que se vê é a falta de compromisso, a morosidade e o uso da Constituição na busca de propósitos pessoais. Seguindo esta lógica:

“Nesse contexto, a problemática das omissões inconstitucionais assume grande relevância na atual configuração do Estado Brasileiro, eis que o perfil do país dirige-se para um modelo de condução do poder que vista à mínima participação do ente estatal nas questões sociais, levando, em muitos casos, a uma verdadeira inércia do Poder Público diante das diretrizes constitucionais de sua atuação. Daí a importância do presente tema.” (NETO, 2002, pp. 189-190)

É cediço que a inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo, verificado quando o Poder Público vem a editar normas que violam frontalmente os preceitos fundamentais, ou, ao revés, a partir de uma conduta negativa, marcada pela recusa injustificada do Estado quando constitucionalmente via-se compelido a realizá-la (NETO, 2002, p. 191).

Partindo-se da constatação feita pelo professor Canotilho (2001, p. 329) de que as normas constitucionais prevalecem formalmente e materialmente em relação às leis ordinárias, compreende-se que aquelas vinculam o início, meio e fim de toda atividade estatal. Segundo o Min. Gilmar Mendes, relator da ADIn por omissão n. 3682-3/MT, “o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre força normativa da Constituição” (BRASIL, 2007, p. 5).

Desse modo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão possui como finalidade “começar a destruir o ‘rochedo de bronze’ da incensurabilidade do silêncio” (CANOTILHO, 1993, p. 367) do Poder Público quando deixa de fazer aquilo que a Constituição determina que seja feito. Nessa esteira, o absoluto repúdio às omissões

inconstitucionais resulta na efetiva concretização de direitos e garantias fundamentais, na “realização do próprio Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 2007, p.5).

Como o próprio nome induz, a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão demanda a existência de uma omissão inconstitucional que, nas palavras de Candice Hellen Sousa de Freitas e João Batista de França Silva (2006, p.111) “não se trata de um simples não-fazer” ou de uma “inatividade entendida naturalisticamente”, mas, na verdade, “é aquela decorrente da inércia do legislador de cumprir os ditames do poder constituinte originário, quando este deixa clara a obrigação daquele de dar efetiva aplicabilidade às normas constitucionais”.

Sobre essa desídia estatal, assevera com precisão o Min. Celso de Mello no julgamento do Mandado de Injunção nº 542-7/SP:

“A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à convivência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.” (BRASIL, 2001, p.2)

Desse modo, Philippe Toledo Pires de Oliveira (2008, p. 7) observa que para existir Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é necessário a presença (i) de normas constitucionais carecedoras de regulamentação infraconstitucional para que haja a produção de seus efeitos, como é o caso das ditas *normas constitucionais de eficácia limitada*²; (ii) um comportamento omissivo total ou parcial por parte do Poder Público quando, respectivamente, se esquivava do dever constitucional de legislar ou apesar da existência da norma infraconstitucional regulamentadora, esta apresenta-se de forma insuficiente para cumprir os ditames constitucionais e, por fim, (iii) o transcurso de prazo razoável (observado através da expiração de um prazo constitucional para a edição da norma faltante ou para a adoção de medidas de índole administrativa e, ainda, por meio de uma mora revelada pelo Poder Judiciário).

Não restam dúvidas de que a Constituição Federal de 1988, ao prever de forma inédita o instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, entregou nas mãos dos

² Segundo a classificação de José Afonso da Silva (2001, p. 82) as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, contida e limitada. As primeiras são aptas a produzir todos os seus efeitos, sem a necessidade de norma integrativa infraconstitucional. Já as normas de eficácia contida, apesar de poderem produzir todos os seus efeitos, poderão, em determinadas situações, sofrer determinadas restrições, reduzindo sua abrangência. Por fim, as normas de eficácia limitada, objeto do presente estudo, são aquelas que necessitam de norma reguladora infraconstitucional para que possam produzir todos seus efeitos.

legitimados³ um poderoso instrumento no combate ao estado de inconstitucionalidade por meio da proteção do interesse público como um todo, sendo que referida ação não se destina à solução de pretensões individuais, uma vez que faz parte do controle concentrado de constitucionalidade (LENZA, 2019, p. 435).

No entanto, a partir da análise do art. 103, §2º da Constituição Federal⁴ é possível notar que a previsão da ADO na CF é carente de detalhes, limitando-se os efeitos da decisão em verificar a omissão e identificar o poder competente para afastá-la, sem, contudo, estipular prazo para tanto, com exceção dos órgãos administrativos que deverão fazê-lo no prazo de 30 dias, e sem instituir nenhum tipo de sanção expressa em caso de não cumprimento da medida sanadora (LENZA, 2019, p. 440).

De acordo com Erik Noleta Kirk Palma Lima (2012, pp. 255-278), conforme citado por Gabriela Tavares Nóbrega (2012, p.11), mesmo com a edição da Lei nº 12.063/2009 que incluiu o Capítulo II-A na Lei que regulamenta a ADO (Lei nº 9.868/1999) o legislador infraconstitucional ao dispor sobre os efeitos da decisão na ação em comento pouco acrescentou do previsto há 21 anos quando da promulgação da Constituição Federal de 1988. Cumpre trazer a transcrição literal da Seção III do Capítulo II-A da Lei 9.868/1999:

“Seção III
(Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009).
Da Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.
§ 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.
§2º Aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei.” (BRASIL, 1999).

Portanto, como bem salientou o Min. Gilmar Mendes, relator da ADIn por omissão n. 3682-3/MT, “no tocante à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a fórmula escolhida pelo constituinte, já do ponto de vista estritamente formal, não se afigura isenta de

³ O artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, cuja redação foi dada pela Lei nº 12.063/2009, afirma que os legitimados a proporem Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão são os mesmos designados a ajuizarem Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade. Segundo o art. 103 da Constituição Federal de 1988 são aptos a proporem Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade: “I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional e IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” (BRASIL, 1988).

⁴ De acordo com o art. 103, § 2º da CF “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” (BRASIL, 1988).

críticas” (BRASIL, 2007, p. 4), gerando um “clima de insegurança e perplexidade” (BRASIL, 2007, p. 5).

Para além da problemática envolvendo os efeitos da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão escolhidos pelo legislador constituinte pátrio e infraconstitucional, o STF, órgão competente para processar e julgar, originariamente, a ADO, deu ao referido celeuma soluções também inócuas (NETO, 2002, pp. 203-204).

Assim, nossa Excelsa Corte na árdua missão de compatibilizar os anseios sociais com a mora estatal, atribuiu, no decorrer dos anos, abundantes interpretações aos efeitos jurídicos da fiscalização de inconstitucionalidade por omissão. Passa-se agora ao estudo pormenorizado dessa evolução de entendimento que tem dado novos contornos à ADO.

3. O CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PELO STF: O RECONHECIMENTO DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”

O conceito de “estado de coisas inconstitucional” foi utilizado pelo STF no julgamento que concedeu parcialmente a cautelar na ADPF nº 347 em 09/09/2015. Apesar disso, interessa trazê-lo ao presente estudo tendo em vista a relevância que o julgamento atribuiu ao Supremo Tribunal Federal no enfrentamento da inconstitucionalidade por omissão.

Na ocasião, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL alertou que “a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal” (BRASIL, 2015, p.3) resultante de um vasto conjunto de ações e omissões dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Diante dessa conjuntura lastimável, foi postulada a necessária e urgente realização de obras e reformas em presídios com o intuito de garantir os direitos fundamentais dos presos, sua integridade física e moral. Extraí-se da ementa do referido acórdão:

“SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – **ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL** – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional.” (BRASIL, 2015, p.3, grifos nossos).”

De acordo com o relator Min. Marco Aurélio, o contexto descrito na ementa em muito se assemelha com o que a Corte Constitucional da Colômbia caracteriza como “estado de

coisas inconstitucional”, cujos principais pressupostos são “situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades” (BRASIL, 2015, p. 11). Ressalta que a inércia, neste caso, não advém somente da insuficiência da proteção conferida pelas normas vigentes, mas, também, pela falta de vontade dos poderes públicos em melhorar a situação de “minorias impopulares” (BRASIL, 2015, p. 8), que trazem à tona a “antipatia da opinião pública” (BRASIL, 2015, p. 8).

Assim, reconhecida a existência de “causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal” (BRASIL, 2015, p. 3) e a situação de completo fracasso na implementação de políticas públicas em favor dos detentos, a técnica de declarar o “estado de coisas inconstitucional”:

“permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação. Considerado o grau de intervenção judicial no campo das políticas públicas, argumenta que a prática pode ser levada a efeito em casos excepcionais, quando presente transgressão grave e sistemática a direitos humanos e constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de “bloqueios institucionais” nos outros Poderes. Afirma que essas condições estão presentes e são notórias no sistema prisional brasileiro, a legitimar a atividade do Supremo por meio desta arguição.” (BRASIL, 2015, p. 7).

Então, satisfeitas as condições para a caracterização desse estado, “[...] qual papel o Supremo está legitimado a desempenhar ante o estágio elevadíssimo de inconstitucionalidades?” (BRASIL, 2015, p. 12).

“Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: **retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas.**” (BRASIL, 2015, p. 19, grifos nossos).⁵

⁵Ainda nesse sentido: “Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.” (BRASIL, 2015, p. 13)

Portanto, restou acertado que sendo o STF a última voz sobre o que é direito, em casos tais ele deve intervir para apartar as inconstitucionalidades sem que isso configure mínima violação ao princípio da separação de poderes e ao princípio democrático.

4. A ATUAÇÃO INEXPRESSIVA DO STF NO COMBATE ÀS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

A problemática dos efeitos escolhidos pelo legislador para a decisão em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão bateu às portas do Supremo Tribunal Federal (STF) que, a princípio, manteve-se fidedigno ao que dispõe a Constituição Federal, restringindo suas decisões a exclusivamente declarar a existência de omissão, nos moldes do artigo 103, §2º da CF/88.

Ao adotar essa interpretação tímida, estabeleceu-se um impasse, já que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não conseguia garantir a efetividade dos direitos consagrados nas normas constitucionais, “inviabilizando o pleno funcionamento das instituições democráticas que dela emanam” (SILVA & LANGERHORST, 2012, p. 210) e, assim, acabava por não transmitir a necessária segurança jurídica.

Para exemplificar esse posicionamento foi ajuizado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 1458-7/DF, pretendendo o reconhecimento da ilegitimidade do art. 1º e respectivo parágrafo único da Medida Provisória nº 1415, de 29/04/1996, ao argumento de que esta teria instituído inadequadamente o valor do salário mínimo em apenas R\$ 112,00 (cento e doze reais), prejudicando a preservação do poder de compra do trabalhador, em absoluto descompasso com o artigo 7º, inciso IV da Constituição Federal.

Supracitado artigo tutela os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, estabelecendo as condições a serem observadas pelo legislador na fixação do salário mínimo. Assim, o salário mínimo i) deve ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social e ii) sofrerá reajuste periodicamente para a preservação de seu poder aquisitivo (BRASIL, 1988). Extraem-se da ementa mais acertadamente os contornos do objeto em pauta:

“[...] SALÁRIO MÍNIMO - SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS - GARANTIA DE PRESERVAÇÃO DE SEU PODER AQUISITIVO. A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia

verdadeira **imposição legiferante**, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade **vinculá-lo** à efetivação de uma **prestação positiva** destinada (a) a **satisfazer** as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a **preservar**, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, **conservando-lhe** o poder aquisitivo. [...] **SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL**. A **insuficiência** do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, **configura um claro descumprimento**, ainda que parcial, **da Constituição da República**, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que **garante** à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de **modo imperfeito**, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. A omissão do Estado - **que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, a **imposição** ditada pelo texto constitucional - **qualifica-se** como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia**, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e **também** impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional – **ainda que se cuide de omissão parcial**, derivada da **insuficiente** concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, **perigosamente**, como um dos **processos informais de mudança da Constituição**, **expondo-se**, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. [...]” (BRASIL, 2001, pp. 1-2, grifado no original).

Desse modo, o valor do piso remuneratório fixado em tão somente R\$ 112,00 (cento e doze reais) mensais ou R\$ 3,75 (três reais e setenta e cinco centavos) diários é incapaz de atender aos ditames constitucionais satisfatoriamente. Demonstrando indignação, o Min. Celso de Mello define que tal monta “é aviltante e é humilhante” (BRASIL, 2001, p. 13), configurando típico exemplo de inconstitucionalidade por omissão parcial. É o que se depreende do seguinte excerto:

“Tudo isso significa, na perspectiva do preceito consubstanciado no art. 7º, IV, da Carta Política, que a **insuficiência** do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, **configurará** um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como sujeito concretizante do postulado constitucional que **garante** à classe trabalhadora um piso geral de remuneração, estará realizando, de **modo imperfeito**, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica.” (BRASIL, 2001, p. 10, grifado no original).

Apesar das alegações consistentes, foi indeferido o pedido de suspensão cautelar da eficácia das normas impugnadas e a ação foi extinta sem resolução de mérito. Interessa, em especial, a conclusão sobre a incumbência do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: cientificar o poder competente de que este se encontra em mora no cumprimento de suas obrigações (SILVA & JÚNIOR, 2018, pp. 403-404). Agora, se este

suprirá ou não a omissão, dependerá unicamente de sua vontade, eis se tratar de ato político. E, infelizmente, é de conhecimento público que até hoje o salário mínimo, ironicamente, é insuficiente para atender as condições para uma vida minimamente digna:

“Vê-se, portanto, que, **em tema de controle abstrato de omissão inconstitucional**, são extremamente limitados os poderes deferidos pela Carta da República ao Superior Tribunal Federal, que não poderá, **em hipótese alguma**, substituindo-se ao órgão estatal inadimplente, expedir provimentos normativos que atuem como sucedâneo da norma reclamada pela Constituição, mas não editada – ou editada de maneira insatisfatória – pelo Poder Público [...]” (BRASIL, 2001, p.26, grifado no original).

Seguindo a jurisprudência do STF, depois de quase 11 anos do julgamento da ADO ora examinada, foi proferida a sentença da ADO nº 3682-3/MT em 2007, sendo objeto de inúmeras investigações, rendendo ainda hodiernamente opiniões das mais diversas.

Em consonância com o art. 103, §2º, da Constituição Federal a estipulação de prazo para suprimimento da omissão foi estabelecido expressamente apenas para os órgãos administrativos. Em casos que não envolvam órgãos administrativos, preleciona Pedro Lenza (2009, p. 440) a possibilidade de o dispositivo ser interpretado das seguintes formas: i) o STF, diante da literalidade da norma constitucional, não poderá fixar prazo para Poder omissor ou; ii) o STF poderá designar prazo para o órgão faltoso tornar efetiva a norma constitucional, lembrando que esse limite é de 30 dias para os órgãos administrativos. E, de acordo com Pedro Lenza (2009, p. 440) é justamente dessa segunda interpretação que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 3682-3/MT aproxima-se.

Aludida ADO, ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso, questionou a falta de lei complementar federal que estipulasse prazos para criação, incorporação, fusão ou desmembramento de Municípios reclamada pelo art. 18, §4º da Constituição Federal, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996, *in verbis* transcrito:

“Art. 18 [...] § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.” (BRASIL, 1988).

O autor da ação alertou que já haviam transcorridos ilógicos 10 anos desde a edição da EC nº 15/1996 e o regramento federal determinado pela Constituição até aquele momento não havia sido elaborado, o que se mostrava inaceitável, pois impossibilitava os Municípios de exercerem sua autonomia. “Não se pode negar, portanto, a existência de notório lapso

temporal a demonstrar, à primeira vista, a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar [...]” (BRASIL, 2007, p.20).

A falta de Lei Complementar Federal, entretanto, não impediu que os Estados legislassem sobre a temática e, assim, diversos Municípios foram criados, incorporados, fundidos e desmembrados ao redor do país, “[...] dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade [...]” (BRASIL, 2007, p.30).

No mesmo sentido da ADO nº 1458-7/DF acima descrita, foi ressaltado no julgado em apreço que reconhecida a existência de omissão do poder competente, o Tribunal declarará a inconstitucionalidade por omissão, cientificando-o a fim de que empreenda esforços para suprir a lacuna. Até aqui, nenhuma novidade.

Entretanto, o ministro relator Gilmar Mendes (BRASIL, 2007, p.28) reconhecendo que um dos maiores desafios da “dogmática constitucional” na atualidade envolve os “efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade por omissão”, avançou ao afirmar que a decisão, em casos tais, possui manifesto caráter mandamental:

“Não se pode afirmar, simplesmente, que a decisão que constata a existência de omissão inconstitucional e determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna inconstitucional não produz maiores alterações na ordem jurídica. Em verdade, tem-se aqui sentença de **caráter nitidamente mandamental**, que impõe ao legislador em mora o dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade.” (BRASIL, 2007, p.28, grifos nossos)

Nesta esteira, foi reconhecido o estado de mora do Congresso Nacional, estabelecendo-se o prazo de 18 (dezoito) meses para que fossem adotadas as providências legislativas a fim de dar cumprimento ao que dispõe o art. 18, §4º da Constituição Federal, devendo, inclusive, serem observadas as situações inconstitucionais advindas do período marcado pela ausência da Lei Complementar Federal requerida pela CF. Para estas situações, o Tribunal nas ADIs de números 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 prorrogou por mais 24 (vinte e quatro) meses a vigência das leis estaduais que criaram ou alteraram limites territoriais de Municípios com o propósito de aguardar a promulgação da Lei Complementar Federal necessária para a regularização da inconstitucionalidade.

Supostamente, a decisão em exame representou um grande passo para a superação do conformismo com o caráter arbitrário do legislador que podia optar entre legislar ou não, afinal lhe foi atribuído o prazo de 18 (meses) para afastar a omissão. Não obstante, tal afirmação esconde falhas a evidenciar que o STF, mesmo após quase 11 anos do julgamento da ADI 1458-7/DF, não conseguiu solucionar de forma permanente a problemática da inconstitucionalidade por inércia. É o que se passa a analisar:

A impressão inicial da decisão aponta no sentido do dever que possui o Congresso Nacional de elaborar a Lei Complementar Federal no limite de 18 meses e, eventualmente, na ausência da legislação, é possível cogitar se o STF poderia coercitivamente determinar sua elaboração ou até mesmo suprimir a omissão ele próprio (LENZA, 2019, p. 442).

Para Gabriela Costa e Silva e Dirley da Cunha Júnior (2018, pp. 407-409) malgrado a previsão de um prazo a ser observado para a adoção das providências legislativas para além de apenas declarar a mora do Congresso Nacional, o próprio Tribunal insinuou tratar-se de apenas uma recomendação temporal, sem nenhuma marca de obrigatoriedade: “Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável [...]” (BRASIL, 2007, p.30).

Logo, ao “sugerir” um prazo para o cumprimento da decisão, em outras palavras, é como se o próprio Tribunal autorizasse o Congresso Nacional a não respeitar sua decisão, ficando este liberado para legislar em qualquer outro parâmetro temporal ou, quiçá, até mesmo não legislar. De fato, o prazo de 18 meses para a elaboração da Lei Complementar Federal não foi respeitado:

“O resultado da falta de reconhecimento da possibilidade mandamental desta decisão foi, inegavelmente, a perpetuação da omissão no tempo, uma vez que o projeto da lei complementar necessária para garantir a autonomia e o equilíbrio entre os entes federativos, ainda encontra-se em trâmite no Congresso Nacional [...]. Em verdade, a única providência concreta tomada pelas casas do Congresso sobre o assunto foi a edição de Emenda Constitucional 57/2008, incluindo ao Ato das Disposições Transitórias a seguinte previsão: "Art. 96: Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.”” (SILVA & JÚNIOR, 2018, p. 408)

Gabriela Costa e Silva e Dirley da Cunha Júnior (2018, p. 408) entendem que o reconhecimento de lapsos temporais para a atuação do poder omisso desacompanhado de medidas sancionatórias contribuem para a perpetuação do estado de inconstitucionalidade. Em conformidade com esse pensamento Newton Pereira Ramos Neto diz:

“O problema é que, como já se teve a oportunidade de aduzir, não se previu expressamente uma consequência jurídica para o caso de descumprimento da decisão pelo seu respectivo destinatário, sendo a mera cientificação, portanto, de pequeno efeito no plano fático.” (2002, p.204)

O desfecho da situação resultou na convalidação das leis estaduais que criaram, fusionaram, incorporaram e desmembraram Municípios até 31 de dezembro de 2016 sem a observância do art. 18, § 4º da Constituição Federal, através da EC n. 57/2008 que acrescentou o art. 96 ao ADCT. Tal fato deu ensejo ao fenômeno conhecido como

constitucionalidade superveniente, que a despeito de não existir no sistema jurídico brasileiro, foi utilizada para tornarem constitucionais Municípios que nasceram de leis inconstitucionais (LENZA, 2019, p. 443). Ademais, até o presente momento o Projeto de Lei Complementar demandado pela Constituição encontra-se pendente para apreciação e votação pelo Plenário da Câmara dos Deputados.⁶

Ambas as ações representam o posicionamento mais retraído do STF quanto aos efeitos da decisão em sede de ADO, que perdurou por alguns anos até a Corte Superior brasileira começar a demonstrar indícios de que mudanças eram necessárias. Nessa esteira, passa-se à análise de casos que, da inútil cientificação do poder inadimplente da necessidade de sanar a mora, houve a efetiva cominação de prazo para a atuação do Poder omissor somado com a aplicação de uma espécie de sanção em caso de sua inobservância. Em outros casos, a exemplo da ADO nº 26, o STF preencheu o vácuo legislativo na pendência da mora.

5. OS AVANÇOS DO STF NO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Como se pode perceber, em um primeiro momento, o STF posicionou-se negligentemente frente ao seu papel de dar efetividade à vontade constitucional. Todavia, os casos que se passa a analisar demonstram a tendência do STF em combater a ineficiência do Poder Público em cumprir os ditames constitucionais, sendo que as ADOs nº 24 e 25, na opinião de Pedro Lenza (2019, p. 444) consagram uma virada de pensamento rumo ao efetivo combate da inconstitucionalidade por omissão.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 24/DF, com pedido de medida cautelar, foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) que pleiteou o reconhecimento e a declaração de mora legislativa do Congresso Nacional na elaboração da Lei de Defesa do Usuário de Serviços Públicos, em evidente afronta aos termos do artigo 27 da Emenda Constitucional nº 19/1998, cujo teor é o seguinte:

⁶ Observa-se em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594899> que a última tramitação foi na data de 03/12/2019, quando foi apresentado o Requerimento n. 3114/2019, pelo Deputado Lucio Mosquini (MDB/RO), requerendo “[...] a Inclusão na Ordem do Dia do Projeto de Lei Complementar 137/2015 que 'Dispõe sobre o procedimento para a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, nos termos do § 4º do art. 18 da Constituição Federal, altera a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, e dá outras providências'”. Constata-se, portanto, que a matéria ainda não foi apreciada pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

“Art. 27. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.”⁷ (BRASIL, 1998).

Na ocasião, o requerente manifestou extrema perplexidade ao enfatizar que a mora do Congresso Nacional arrastava-se por mais de 14 (quatorze) anos da promulgação da Emenda Constitucional nº 19 sem que fosse elaborada a lei de defesa do usuário de serviços públicos, malgrado o expresse estabelecimento do período de 120 (cento e vinte) dias. De acordo com Rafael Teodoro (2013, p. 344) “[...] o art. 27 da EC 19 tornou-se simplesmente um dispositivo natimorto, ignorado, obliterado”. Avançando ainda em seu raciocínio, ele diz:

“E é assim que a lei de defesa do usuário de serviços públicos jaz, há anos, no leito do esquecimento – gênese de um autêntico vácuo legislativo. O dispositivo está ali, perdido no meio da longa reforma administrativa. Por mais de uma década, foi esquecido e desprezado, sem que nenhuma providência legiferante fosse tomada – embora o próprio Congresso Nacional tenha estipulado o entremez de 120 dias entre a data da promulgação da emenda e o tempo necessário à elaboração da lei.” (TEODORO, 2013, pp. 344-345)

A importância dos serviços públicos no atendimento às necessidades da coletividade mostra-se incompatível com o absurdo lapso temporal para a criação da referida lei que, dentre outras questões, dispõe sobre a proteção dos detentores do direito subjetivo de usufruir desses serviços. Segundo Paulo Roberto Ferreira Motta (2003, p. 140) a universalização dos serviços públicos é condição para suprimir as desigualdades sociais e eliminar a exclusão decorrente do processo econômico, o que acaba contribuindo com o desenvolvimento de qualquer país. Para tanto, ele aposta no amplo acesso da população a uma série de serviços, tais como escolas e hospitais públicos, estradas, água potável e encanada, energia elétrica, saneamento básico, telecomunicações, etc. Por fim, atesta que a ausência de serviços públicos oferecidos à população ou o seu oferecimento de maneira precária ou seletiva, em verdade, só eleva a acumulação de capitais, aprofundando o abismo da imensa desigualdade social.

Nesse sentido também é a passagem retirada do julgamento monocrático do pedido de medida cautelar na ADO nº 24, decidido pelo Ministro Dias Toffoli, no dia 1º de julho de 2013:

⁷ As previsões contidas no art. 37, § 3º, I e no art. 175, parágrafo único, I e II, ambos da Carta Magna, erigiram a defesa do usuário de serviço público ao status de preceito constitucional. O art. 37, § 3º, I da Constituição Federal, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, dispõe: “A lei disciplinará as formas de **participação do usuário** na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à **prestação dos serviços públicos em geral**, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços” (grifos nossos). Além disso, o art. 175, parágrafo único, I, II e IV da Constituição Federal diz: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de **serviços públicos**, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - **os direitos dos usuários** e IV - **a obrigação de manter serviço adequado**” (grifos nossos). (BRASIL, 1988).

“É inevitável observar que o caso em tela coincide com a **atual pauta social por melhorias dos serviços públicos**. Os movimentos sociais que hoje irradiam várias partes do país e o respectivo anseio da população por qualidade na prestação dos serviços disponibilizados à sociedade brasileira são uma demonstração inequívoca da **urgência na regulamentação do art. 27 da EC nº 19/98**.

É dever inescusável do Estado a prestação de serviços públicos eficientes e de qualidade à coletividade. [...]

Contudo, há de se ressaltar as dificuldades da cidadania em acessar, interagir e influenciar o Estado nas decisões relacionadas à prestação de serviços. Mais que destinatários dos serviços públicos, os usuários devem ser **sujeitos de uma cidadania ativa e efetiva**, o que exige evidentemente canais diretos de comunicação entre Estado e sociedade.

É chegada a hora dos usuários dos serviços públicos. E mais efetivo será o respeito aos direitos dos usuários se forem expressos os meios formais e os instrumentos específicos disponíveis para que os próprios usuários formulem suas reclamações e defendam seus direitos. Faz-se necessária, portanto, a definição de mecanismos reguladores e fiscalizadores eficientes para que a cidadania possa, de modo consequente, exigir qualidade, regularidade e segurança na prestação dos serviços públicos.” (BRASIL, 2013, pp. 14-15, grifado no original)

Nesse diapasão, reconhecendo a inafastabilidade do dever de prestação dos serviços públicos por parte do Estado, o Ministro Dias Toffoli deferiu em parte a medida cautelar pleiteada na ação, ad referendum do Plenário, reconhecendo o estado de mora do Congresso Nacional e determinando o prazo de 120 (cento e vinte dias) para que o Parlamento votasse o projeto de lei imposto pelo art. 27 da Emenda Constitucional nº 19. Afigura-se indispensável a transcrição dos principais fragmentos da decisão:

“Com efeito, a cláusula constitucional inscrita no art. 27 da EC nº 19, de 1998, para além de proclamar uma garantia social dos direitos dos usuários dos serviços públicos, consubstanciou verdadeira **imposição legiferante**, a qual, dirigida ao Estado legislador, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma legislação destinada: (a) a assegurar a prestação de serviços públicos de qualidade à coletividade e (b) a estabelecer mecanismos específicos de proteção e defesa dos usuários.

Ocorre que, **passados exatos 15 (quinze) anos**, ainda não foi editada a referida **lei de defesa do usuário de serviços públicos**. É evidente, portanto, a existência de **alargado lapso temporal (mais de uma década)**, a caracterizar, já neste juízo sumário, a **inatividade do Estado em cumprir o inequívoco dever constitucional de legislar**, o que resulta em afronta à Constituição.” (BRASIL, 2013, p.6, grifado no original)

De acordo com Rafael Teodoro (2013, p. 358) referida decisão marca uma tendência do STF a consolidar uma jurisprudência de caráter ativista⁸, já que além de fixar e não só recomendar o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a elaboração da lei de defesa do usuário de serviços públicos, deixou registrada a possibilidade de aplicação subsidiária e provisória da Lei nº 8.078/90 — Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) — enquanto não

⁸ Rafael Teodoro (2013, p. 359) entende ativismo judicial como sendo uma “mudança da postura” do STF com vistas a assegurar os direitos fundamentais e garantir a satisfação de demandas sociais ao ampliar as “missões tradicionalmente confiadas à jurisdição constitucional”.

editada a lei reclamada pelo art. 27 da Emenda Constitucional nº 19, de modo a preservar minimamente o cidadão contribuinte em suas relações com o Poder Público.

Restou assente na decisão, portanto, que a aplicação subsidiária e provisória do CDC poderia ser ainda analisada e, em tese, deferida, dependendo apenas de uma investigação mais aprofundado por parte do Tribunal, depois de colhidas as informações das autoridades requeridas e feitas as manifestações pelo Advogado-Geral da União e pelo Procurador-Geral da República e, obviamente, da subsistência da mora.

Malgrado a existência de uma intervenção mais incisiva do STF a demonstrar uma participação mais efetiva a fim de concretizar valores e fins constitucionais, para Rafael Teodoro a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações envolvendo os usuários de serviços públicos:

“[...] apesar do seu caráter garantista, não satisfaz em plenitude a proteção especial a que faz jus o usuário de serviços públicos. O fundamento é que nem todas as situações permitem a incidência do Código de Defesa do Consumidor (caso dos serviços públicos próprios gerais, por exemplo). Consequentemente, há hipóteses em que o usuário acaba por se ver desprotegido ante a inércia deliberandi do legislador. Ao fim e ao cabo, tem-se aí irrefutável lesão ao texto constitucional.” (2013, p. 360)

Assim, apesar do estabelecimento do limite de 120 (cento e vinte) dias para a formulação da lei, o Congresso Nacional não respeitou o comando do STF e a lei dispendo sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública só veio a ser editada em 26/06/2017 (LENZA, 2019, pp. 444-445). Muito embora o atraso, ao editar a Lei nº 13.460/2017, o Congresso Nacional atendeu ao dever de legislar imposto pelo art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/1998, não remanescendo omissão inconstitucional a ser sanada. Assim, foi reconhecida a perda de objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 24 em 20/12/2017.

Agora, investigar-se-á a solução paradigmática que o STF deu à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25 no dia 30 de novembro de 2016. Isso porque a decisão “além de significar um marco para que se retome o equilíbrio das relações federativas no Brasil, representou uma virada no entendimento quanto aos efeitos do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão”. (JÚNIOR & MARINHO, 2019, p. 137)

A discussão central da ação envolvia a letargia do Congresso Nacional em editar a Lei Complementar reclamada pelo artigo 91, *caput* e parágrafos, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), introduzido pela EC n. 42/2003. Mencionado artigo objetivava, em linhas gerais, consagrar uma espécie de “federalismo cooperativo” (BRASIL, 2016, p. 20) a fim de minimizar os efeitos da perda de arrecadação advinda da “Reforma

Tributária” (EC nº. 42/2003) que permitiu a desoneração das exportações do ICMS prevista na Lei Kandir (LC nº. 87/96).

A inclusão do artigo 91 do ADCT⁹ veio a oferecer uma fórmula de compensação da perda de arrecadação dos estados e do Distrito Federal que ameaçava a autonomia financeira desses entes e o próprio pacto federativo brasileiro. Mas a efetivação dessa fórmula de transferência constitucional obrigatória dependia da edição de lei complementar nacional a fim de fixar critérios, prazos e condições em que ocorreria a compensação da isenção de ICMS sobre as exportações de produtos primários e semielaborados, etc. Daí a inegável importância da ADO em exame, já que esses entes “viram-se, portanto, privados do recebimento de qualquer parcela deste bolo cada vez mais amplo de receitas de contribuições arrecadadas pela União”. (BRASIL, 2016, p. 6)

No julgado, o Ministro Relator Gilmar Mendes deixou claro que o estado de inconstitucionalidade “existe e já perdura por mais de uma década” (BRASIL, 2016, p. 26), além de demonstrar a influência da mora no desmonte sofrido pela federação brasileira. Assim, com a finalidade de restabelecer o princípio federativo, o STF, além de declarar a mora legislativa do Congresso Nacional, ainda decretou um prazo de 12 (doze) meses para saneamento da omissão inconstitucional.

Assim, transcorrido o mencionado prazo sem que sobrevenha a referida lei complementar, o STF foi além ao deliberar que caberá ao Tribunal de Contas da União (TCU), de maneira provisória e eventual, assumir o ônus de fixar as regras de repasse e calcular o montante a ser transferido a cada Estado interessado e ao Distrito Federal, anualmente. A incumbência dada ao TCU foi muito bem justificada no excerto abaixo reproduzido:

“Quanto ao TCU, penso que este é o **órgão mais adequado** para cumprir temporariamente essa incumbência, na hipótese de permanecer o Congresso Nacional em estado de omissão, após o prazo aqui designado.

De fato, **a mencionada atribuição não é de todo estranha ao órgão**. O art. 161, parágrafo único, da Constituição Federal confere ao Tribunal de Contas da União o papel de efetuar o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação dos Estados (FPE) e Municípios (FPM).

Na mesma linha, a Lei 8.443, de 16 de junho de 1992 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União –, prevê, entre as competências do TCU, a de “efetuar, observada a legislação pertinente, o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a

⁹ Art. 91, caput, do ADCT: “A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a.” (BRASIL, 1988).

que alude o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal, fiscalizando a entrega dos respectivos recursos” (art. 1º, VI, da Lei 8.443/1992).

É certo que, no caso em tela, não se cuida de fundo de participação, como mencionado nos dispositivos, nem a tarefa da Corte de Contas limitar-se-á ao cálculo do valor das quotas a que farão jus os estados membros beneficiados. Entretanto, penso que a aplicação analógica é cabível como solução mais plausível.

Da mesma forma, também é este o órgão eleito pelo legislador para o cálculo da participação de cada estado ou do Distrito Federal na repartição da receita tributária a que se refere o art. 159, II, da Constituição Federal (IPI-Exportação).

Por todas essas razões, vejo que é **este o órgão mais habilitado, do ponto de vista técnico e institucional**, a cumprir o encargo que ora se define.” (BRASIL, 2016, p.36, grifos nossos).

De acordo com Gabriela Costa e Silva e Dirley da Cunha Júnior (2018, p. 410), conquanto a solução dada pelo STF não seja isenta de críticas por aparentar “ser uma transferência judicial de competências institucionais” e pelo fato de seu cumprimento submeter-se a “atuação de outro órgão estatal”, o que não assegura efetivamente a extinção da lacuna, a decisão trata-se de um grande passo rumo à reparação dos problemas advindos do longo vácuo legislativo.

Para Marina Faraco Lacerda Gama e Aline Carvalho Nóbile (2018, p. 183), o STF caminha para a consagração de uma posição concretista. Pela posição concretista, o Poder Judiciário:

“[...] através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Possuindo como premissas a efetividade das normas constitucionais e a concretização do princípio do acesso à Justiça. Essa posição subdivide-se em: concretista geral ou individual.” (SILVA & LANGERHORST, 2012, p. 210)

Portanto, a fixação de um prazo para suprimento da lacuna, seguido da possibilidade de atuação do TCU no caso de persistência da mora inaugura uma mudança de entendimento expressiva do STF nessa trajetória de repúdio às omissões inconstitucionais, já que houve a aplicação de uma espécie de sanção em caso de manutenção da mora.

No mesmo sentido, seguindo a tendência do STF em dar à ADO maior efetividade para além do inútil atestado de mora, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS pretendeu, em linhas gerais, a declaração da mora do Congresso Nacional em editar lei criminalizando a homofobia e a transfobia em todas as suas formas, uma vez que o art. 5º, XLI da Constituição Federal assegura que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988).

Assim, em 13 de junho de 2019, o STF reconheceu a existência de mora por parte do Congresso Nacional em elaborar a norma específica, cientificando-o, nos moldes

determinados pela Constituição Federal e pela Lei nº 9.868/99. Ademais, inovou ao enquadrar a homofobia e a transfobia nos crimes de preconceito de raça e cor (Lei nº 7.716/89), na dimensão “racismo social” (BRASIL, 2019, p. 565), até que o Congresso Nacional edite a legislação autônoma pleiteada.

Assim, o STF mais uma vez preencheu o vácuo legislativo na pendência da lei específica para dar tratamento aos crimes de homofobia e transfobia, de modo a oferecer proteção àqueles que insistentemente veem seus direitos violados. Em que pese às discussões sobre separação de poderes, nas palavras de Arley Luna Nogueira, Kyev Moura Maia e Camila Vila Moésia (2021, p. 15) é inegável que a decisão demonstra que “o STF passou a ter conduta mais atuante”, dando “eficácia a um dispositivo que possuía pouca efetividade”.

Inegável, portanto, que o STF criou soluções aptas a sanarem questões de elevada relevância, a partir da análise das ADOs supramencionadas. Merece ser enaltecida a posição assumida pela Corte Superior brasileira no sentido de buscar superar a lamentável tradição consistente na inócua declaração de ciência da mora e, quando muito, da fixação de prazo para a eliminação da omissão. Os casos expostos caminham para o que aqui se considera o melhor dos cenários: o preenchimento do vácuo legislativo ou administrativo, bem como a aplicação de uma espécie de sanção quando não observado o prazo de deliberação imposto pela decisão proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

6. CONCLUSÃO

Como se pode observar, o STF buscou com afincado apresentar soluções para os problemas atinentes às omissões inconstitucionais. Acompanhando a sua farta jurisprudência, percebeu-se que, de início, o STF manteve-se leal ao que dispõe a Constituição Federal, restringindo as decisões da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão a exclusivamente declarar a existência de omissão. Posteriormente, além de declarar a necessidade de tornar efetiva norma constitucional, também “sugeriu” prazos para a supressão da lacuna, mas o cidadão ainda ficava ao arbítrio da boa vontade política ou administrativa.

Não obstante, a passos lentos, viu-se que a Corte Suprema amadureceu sua posição para, efetivamente, fixar prazo para suprimento da inércia e, em especial, estabeleceu uma espécie de sanção para a hipótese de descumprimento do prazo estabelecido, além de preencher o vácuo legislativo.

Assim, merece aplausos a saída do STF de uma posição de extrema inexpressividade para o seu lugar de protagonismo como guardião da Constituição, de modo que essa evolução de pensamento constitui um significativo instrumento de concretização de direitos fundamentais, aproximando-se do efetivo controle das omissões inconstitucionais, tendo em vista, ainda, que há muito para ser aperfeiçoado.

Desse modo, conclui-se que a conduta do Supremo Tribunal Federal de apenas informar a omissão inconstitucional ao poder omissor para que este tome as providências necessárias, em consonância com o disposto no art. 103, § 2º da CF, é incapaz de afastar a mora, possuindo poucos efeitos concretos. Em contrapartida, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem ganhado um novo sentido nos debates jurídicos, sendo que as recentes decisões do STF em sede de ADO demonstram de modo evidente sua crescente aversão quanto ao não cumprimento das normas constitucionais, aproximando-o de seu papel de defensor do texto constitucional.

Por fim, ciente da grande demanda jurisdicional que todos os dias inflamam as pautas de deliberações do STF e sabendo que novas ações surgem a cada minuto que se passa no transcorrer da presente produção, é imperioso que sejam repensadas as saídas para a tão recorrente omissão inconstitucional que se alastra pelos rincões do país. Para além da declaração de omissão e fixação de prazo para seu suprimento, entende-se que o caminho para sua superação é através da aplicação de sanções verdadeiramente capazes de afastar a inércia legislativa ou administrativa, seguindo a atual tendência do STF.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. *Princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo*

Tribunal Federal. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. *Participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm>. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 09 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 1458-7/DF*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 25 de outubro de 2001. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1641366>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 24 MC/DF*, Decisão Monocrática, Rel. Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 1 de julho de 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=153753655&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 25*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 30 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312459127&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 3682-3/MT*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 09 de maio de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 542-7/SP*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de agosto de 2001. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81862>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

CANOTILHO, J. J. G. (1993). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo : Editora Saraiva.

CANOTILHO, J. J. G. (2001). *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra.

FREITAS, C. H., & SILVA, J. B. (set. 2006). O controle jurisdicional da omissão inconstitucional - a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. *Revista Direito e Liberdade*, 109-128. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16046814.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

GAMA, M. F., & NÓBILE, A. C. (2018). Além do "legislador negativo" ou "positivo": um caminho para a efetividade da Constituição. In: A. R. Tavares, & M. F. Gama, *Omissão Inconstitucional* (pp. 176-189). São Paulo: Editora Max Limonad. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A1%C3%A9m+do+%22legislador+negativo%22+ou+%22positivo%22%3A+um+caminho+para+a+efetividade+da+Constitui%C3%A7%C3%A3o&btnG=>> Acesso em: 01 dez. 2020.

JÚNIOR, O. A., & MARINHO, M. S. (2019). A perpetuação da omissão: um panorama atual da ADO 25. In: L. S. Cruz, & O. A. Júnior, *Desonerações de ICMS, Lei Kandir e o Pacto Federativo* (pp. 137-169). Belo Horizonte . Disponível em: <<https://web.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2019/07/LeiKandir.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

LENZA P. (2019). *Direito Constitucional Esquematizado*. (23, Ed.) São Paulo: Saraiva Educação.

MOTTA, P. R. (2003). *Universalização e Regulação dos Serviços Públicos de Energia Elétrica e Telecomunicações*. Curitiba. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/68442/T%20-%20PAULO%20ROBERTO%20FERREIRA%20MOTTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

NETO, N. P. (2002). Apontamentos sobre a problemática da inconstitucionalidade por omissão no Brasil. (9, Ed.) *R. Minist. Públ. Est. MA*, 189-210. Disponível em: <<https://portal.trf1.jus.br/dspace/bitstream/123/123789/1/Apontamentos%20sobre%20a%20problema%20%C3%A1tica.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

NÓBREGA, G. T. (2012). Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional: o poder de eficácia da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8098/1/50909747.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

NOGUEIRA, A. L. & MAIA, K. M. & MOÉSIA, C. V. (2021). O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal quanto as omissões legislativas e suas repercussões jurídicas decorrentes do julgamento da ADO nº 26. *Revista de Direito e Atualidades*, v. 1, n. 2. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=O+ATIVISMO+JUDICIAL+DO+SUPREMO+TRIBUNAL+FEDERAL+QUANTO+AS+OMISS%3%95ES+LEGISLATIVAS+E+SUAS+REPERCUSS%3%95ES+JUR%3%8DDICAS+DECORRENTES+DO+JULGAMENTO+DA+ADO+N%2%BA+26&btnG=>>. Acesso em: 08/08/2021.

OLIVEIRA, P. T. (2008). Das omissões legislativas inconstitucionais e seus instrumentos de combate à luz dos recentes julgados do Superior Tribunal Federal. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=Das+omiss%3%B5es+legislativas+inconstitucionais+e+seus+instrumentos+de+combate+%3%A0+luz+dos+recentes+julgados+do+Superior+Tribunal+Federal.&btnG=>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

SILVA, G. C., & JÚNIOR, D. d. C. (2018). Efeitos das decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: Da possibilidade de prolação de sentenças criativas no controle abstrato das omissões do Poder Público. *Revista de Direito Brasileira*, 19(8), 395-418. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3173/3545>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

SILVA, J. A. d. (2001). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros.

SILVA, T. T., & LANGERHORST, V. V. (2012). Eficácia concretista das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: Possibilidade do Judiciário suprir as omissões do Estado. *Revista de Direito Brasileira*, 2, 193-228. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2703/2597>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

TEODORO, R. (2013). Lei de defesa dos usuários de serviços públicos e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor: Estudo sobre as inconstitucionalidades por omissão e o ativismo judicial do STF na ADO 24 MC/DF. *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/69234/lei_defesa_usuarios_teodoro.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.