



**Caio Xavier dos Santos Araujo**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR  
OMISSÃO: UMA RECONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL**

**Monografia apresentada à  
Escola de Formação da  
Sociedade Brasileira de  
Direito Público – SBDP, sob  
a orientação do Professor  
Pedro Marques Neto**

**SÃO PAULO**

**2019**

**Resumo:** Esta monografia visa a sistematizar os critérios usados pelo STF para reconhecer uma omissão inconstitucional, em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como quais são os efeitos jurídicos de sua procedência. Para isso, analisei todos os julgados do Pleno desde 1988, totalizando 65 acórdãos. Observei que a Corte desenvolveu um conjunto de critérios firme e coerente para diferenciar a inconstitucionalidade comissiva da omissiva e as espécies de omissão entre si. A partir deles, identifiquei categorias jurídicas para facilitar a subsunção dos casos de omissão, quais sejam, a omissão absoluta e a omissão relativa, que se divide em omissão por insuficiência, omissão por quebra de isonomia e inconstitucionalidade superveniente. No que toca às decisões tomadas em ADO, constatei uma alteração de entendimento ligada ao desconforto dos Ministros com a falta de efetividade das decisões que simplesmente notificavam a omissão inconstitucional, provocando uma atuação mais concretista nessa ação direta. Nesse sentido, o STF passou de uma posição mais restrita à cientificação da mora normativa ao órgão competente para a determinação de um prazo para produção da norma faltante juntamente com a transferência da competência normativa para outro órgão público com pertinência temática em caso de descumprimento desse prazo.

**Acórdãos citados:** ADI 19; ADI 2.061; MC ADI 1.441; ADI 297; ADI 2.495; ADO 22; MC ADI 267; ADI 889; ADI 875; ADI 1.987; ADI 2.727; ADI 3.243; ADI 3.682; ADI 3.276; MC ADI 1.146; MC ADI 529; MC ADI 1.439; MC ADI 1.458; ADI 297; MC ADI 1.996; ADI 3.303; ADO 25; ADI 1.698; ADI 4.650; ADO 26; ADI 986; MI 670; ADI 4.079; MC ADI 361; MI 219.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal; controle concentrado de constitucionalidade; omissão inconstitucional; ADO; concretista.

## Sumário

<b>1.Introdução</b> .....	5
1.1. Delimitação do Tema.....	5
1.2. Pergunta de Pesquisa.....	10
1.3. Metodologia.....	11
1.4. Esquema de desenvolvimento jurisprudencial .....	15
<b>2. Critérios para a omissão</b> .....	19
2.1. Noção normativa de “omissão” .....	20
2.1.1. Dever de normatizar constitucional .....	22
2.1.2. Requisitos para a inconstitucionalidade do vácuo normativo.....	23
2.2. Prazo razoável.....	24
2.3. Encaminhamento do projeto como requisito suficiente para afastar a omissão absoluta.....	27
2.4. Omissão parcial: consequência jurídica como critério de diferenciação .....	30
2.5. Omissão parcial: interesse jurídico objetivo .....	33
2.6. Inconstitucionalidade superveniente.....	38
2.7. Controle de omissão em políticas públicas .....	41
2.8. Identificação da omissão em fase concretista.....	44
<b>3.Conversão de ADI para ADO</b> .....	48
3.1. Impossibilidade de conversão de ADI em ADO.....	48
3.2.1. Impossibilidade de cumulação de pedidos.....	49
3.2.2 Possibilidade de cumulação de pedidos.....	50
3.3. Admissão da conversão.....	52
<b>4. Efeitos Jurídicos da ADO</b> .....	56
4.1. Interpretação restritiva: cientificação da mora .....	56
4.2. Preocupações iniciais com a falta de eficácia dos pronunciamentos.....	59
4.3. Impossibilidade de liminar em ADO: construção jurisprudencial incontestes.....	62
4.3.1. Cumulação de pedidos em liminar .....	63
4.4. Medidas mais assertivas: anulação de norma para evitar omissão .....	64

4.5. Prazo ao Legislativo .....	67
4.6. Transferência de competência em caso de descumprimento de prazo pelo Legislativo.....	71
4.7. Colmatação de lacuna imediata e interpretação conforme em ADO.....	75
<b>5. Considerações Finais .....</b>	<b>79</b>
5.1. Omissão Absoluta .....	79
5.2. Omissão Relativa .....	81
5.3. Efeitos Jurídicos da omissão inconstitucional .....	83
Referências Bibliográficas.....	87
Apêndice – Fichamento dos acórdãos .....	90

*"Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor **tarefas**. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem".*

Konrad Hesse, *Força Normativa da Constituição*

## 1.Introdução

### 1.1. Delimitação do Tema

O problema da omissão inconstitucional está diretamente relacionado à discussão sobre a força normativa da Constituição. Ele se refere às regras que o legislador deve observar na sua tarefa de concretizar os dispositivos constitucionais, sob pena de retirar-lhes a eficácia. No limite, portanto, sua abordagem depende de concepções jusfilosóficas acerca do grau de intervenção que o Direito deve ter sobre a Política em nome da defesa da ordem jurídica, debate recorrente na discussão acadêmica e prática sobre o Direito Constitucional.

A Constituição da República de 1988 prevê dois remédios constitucionais inéditos para sanar tais omissões: o mandado de injunção (MI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). A primeira dificuldade no seu estudo é o tratamento sintético que a Constituição lhes deu e a ausência de institutos similares na maior parte dos ordenamentos jurídicos pelo mundo<sup>1</sup>. Eles contam, respectivamente, com apenas dois dispositivos constitucionais, o art. 5º, LXXI<sup>2</sup> e o art. 103, §2º<sup>3</sup>, provendo escassos elementos ao intérprete para seu desenvolvimento e aplicação prática.

Inicialmente, cabe notar que eles guardam distinções fundamentais quanto à amplitude do objeto de cada ação, à extensão dos legitimados e, particularmente, aos efeitos que o Supremo Tribunal Federal atribuiu historicamente a cada um deles.

---

<sup>1</sup> O desenvolvimento da teoria da omissão inconstitucional é oriundo, historicamente, do chamado *writ of injuction* britânico. Contudo, mais recentemente, o ordenamento português tratou do tema de maneira algo próxima à brasileira, contudo sem uma ação específica para a demanda. Cf. MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2017, pp.1293-1295.

<sup>2</sup> "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".

<sup>3</sup> "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".

Enquanto o MI é ação que visa a proteger direito fundamental individualmente violado devido à falta de norma regulamentadora, a ADO visa a aferir, em abstrato, se há ou não inação do Poder Público que decorre de qualquer dispositivo constitucional. Portanto, o MI possui aplicação muito mais restrita, reservando-se aos casos em que há explícito e específico dever de produzir lei concretizadora de direitos; a ADO, ao contrário, poderia tutelar dispositivos mais genéricos, inclusive declarando o dever de realizar um ato administrativo. O caráter marcadamente subjetivo do primeiro, dependente de lesão individualizada, contrasta com a objetividade processual da segunda, que se fundamenta na defesa mais genérica da própria ordem jurídica.

No caso do MI, o STF sustentou, inicialmente, a impossibilidade de expedição de regra geral provisória para suprir o silêncio do Congresso, devendo-se limitar a dar ciência ao órgão<sup>4</sup>. Contudo, após diversos anos em que persistiu a ausência de norma a despeito de sucessivas declarações de mora legislativa, o STF aceitou eliminar a lacuna ele próprio em decisão com eficácia *erga omnes* em 2007<sup>5</sup>.

Essa mudança de entendimento implicou uma reviravolta significativa na jurisprudência deferente da corte, que expandiria significativamente os meios jurídicos para fazer prevalecer os mandamentos constitucionais sobre a inação parlamentar, reiteradamente declarada inconstitucional. Tal possibilidade foi posteriormente reconhecida em diploma legal (Lei nº 13.300/2016, art. 9º, §1º), mas apenas depois de quase 10 anos de construção jurisprudencial do instituto.

Essa posição do STF foi denominada concretista<sup>6</sup> para conceituar uma intervenção mais assertiva, vinculante até, do Tribunal sobre a competência legislativa do Congresso. Segundo Karina Denari<sup>7</sup>, foram adotadas cinco soluções desde 2013 em casos de julgamento de omissão constitucional.

---

<sup>4</sup> Isso ocorreu na questão de ordem no MI 107, Rel. Min. Moreira Alves, j.23.11.1989.

<sup>5</sup> MI nº 670, Rel. Min. Maurício Correa, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007.

<sup>6</sup> DENARI, Karina, *Democracia e Diálogo Institucional*, Dissertação de Mestrado apresentada para a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2014, Orientador: Manoel Ferreira Filho.

<sup>7</sup> Op. Cit.

Foram consideradas, para fins de gradação do grau de “concretismo” do STF, da seguinte maneira, em ordem crescente: (i) não declarar a omissão, ainda que julgada procedente a ação (ii) apenas dar ciência ao Congresso; (iii) conceder prazo ao Congresso; (iv) suprir a omissão *inter partes*; (v) suprir a omissão *erga omnes*.

Muito embora o debate prossiga na literatura especializada, hoje a aceitação dessa construção em sede de mandado de injunção faz parte do ordenamento positivo, o que pode significar nova era de prevalência da Corte sobre a discricionariedade do Legislativo.

Apesar da evolução jurisprudencial do MI, o outro instituto consagrado a sanar omissões, a ADO, aparentemente não obteve concretização tão completa quanto à do MI de modo que se pudesse ter clareza de sua aplicação. A norma infraconstitucional que a disciplina (Lei nº 9.868/99, com a alteração da Lei nº 12.063/09) ainda não esclarece quais os critérios para configuração da omissão legislativa, os efeitos jurídicos de seu provimento e as medidas possíveis em sede de tutela cautelar. O termo “omissão total ou parcial” utilizado pelo art.12-B, I, da Lei nº 9.868/99 requiere desenvolvimento jurisprudencial ou doutrinário.

A inteligência desse termo deve ser resolvida pela construção jurisprudencial e doutrinária. Ilustrativamente, qual a forma dos dispositivos constitucionais que ensejam a omissão total? Devem eles ser taxativos, mencionando expressões como “na forma da lei” e “segundo lei complementar” ou basta a ausência de normas de política pública para concretizar um direito social? A demora no prazo de deliberação do Congresso pode ser considerada inconstitucionalmente morosa ou a apresentação e discussão de projetos de lei já basta para descaracterizar a omissão?

As consequências jurídicas, tanto das decisões cautelares quanto das decisões de mérito, também precisam ser mais detalhadas. As primeiras recebem textura demasiadamente aberta da lei. O art.12-F, §1º, da Lei nº 9.868/99 enumera alguns exemplos, mas fala em qualquer “outra providência a ser fixada pelo Tribunal”. Em termos do provimento de



mérito, ela se limita a reproduzir a disposição constitucional, conforme seu artigo 12-H, caput: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22 [quórum de 8 Ministros], será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”.

Essa dúvida se acentua pela indeterminação doutrinária sobre esses temas controversos que circundam a ADO. No que se refere a seus efeitos jurídicos, por exemplo, a literatura especializada vai desde o simples reconhecimento da mora legislativa e ciência formal ao Congresso<sup>8</sup>, até possibilidade de responsabilização subjetiva do órgão<sup>9</sup> ou de suprimento da norma *erga omnes*<sup>10</sup>. A possibilidade das chamadas sentenças aditivas, “o ato de recorrer a medidas legislativas já existentes para aplicação analógica ao caso omissor”<sup>11</sup>, ainda é pouco discutida para prover suporte doutrinariamente rigoroso à vagueza da lei.

Há, além disso, diversas vozes que chamam atenção para a falta de efetividade das decisões da Corte, já que não haveria meio adequado para compelir o legislador a cumprir seu dever constitucional. Isso levanta questionamentos acerca de que alternativas tem o Tribunal aparte da declaração de ciência ao órgão competente, literalmente presente no art. 103, §2º da Constituição. Há de se lembrar de que, de início, foi uma tese interpretativa não literal que moldou a forma como o MI está disciplinado legalmente hoje. Confirmam-se ilustrativamente as palavras de Dmitri Dimoulis sobre esse problema de efetividade da tutela jurisdicional:

“Chama a atenção de **falta de instrumentos de implementação direta de decisões** do STF de suma importância, sendo nesse aspecto

---

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 37ª ed. São Paulo; Malheiros, 2014. Pp. 50-51; FERREIRA FILHO, Manoel. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.204.

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2018, p. 833.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 312-314.

<sup>11</sup> SILVA, Gabriela; JUNIOR, Dirley da Cunha. *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 | São Paulo, SP | v. 19 | n. 8 | p. 395 - 418 |Jan./Abr. 2018. P. 410.

necessária a reflexão sobre reformas para atribuir maior efetividade a essas decisões”<sup>12</sup>.

Esse debate, que leva em consideração uma concepção mais ampla do papel do STF em termos de diálogo institucional com os outros Poderes, será tratado no âmbito desta monografia. Isso porque meu objetivo é, utilizando os debates de casos concretos, reconstruir diversas correntes de opiniões manifestadas acerca do tema. Essas declarações ajudam a compreender tanto as posturas dos Ministros sobre a ADO quanto como eles levam em consideração o comportamento do legislador e às peculiaridades do jogo político-partidário no momento de decidir os efeitos jurídicos da ação.

Finalmente há ainda amplo debate acerca de qual será a posição do STF sobre as ADOs no futuro. Diante do concretismo no mandado de injunção, em que houve relativização do princípio da reserva legal, há quem<sup>13</sup> se pronuncie em favor de uma “função legislativa ativa” da Corte, como meio para aperfeiçoar e reforçar o sistema de freios e contrapesos entre os Poderes. A atualidade da temática das novas posições da Corte revelou-se, sobretudo, no tratamento da ADO nº 26. Nessa ação, pedia-se o reconhecimento de mora legislativa com colmatação jurisdicional da norma faltante, para desde logo criminalizar conduta considerada homofóbica, de modo que se criou uma oportunidade para a adoção do concretismo também na ADO.

Em suma, diante dessa discussão acadêmica e das recentes e controversas ações da Corte em sede de ADO, este trabalho objetiva prover uma visão panorâmica do tema, que forneça subsídios ao debate mais amplo sobre o diálogo institucional entre os poderes. Destaca-se, por fim, a

---

<sup>12</sup> Dimoulis, Dmitri. *Curso de Processo Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 139.

<sup>13</sup> IOTTI, Paulo. *O Mandado de Injunção e a Criminalização de Condutas*, acesso: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas> em 19.08.2019.

relativa escassez de trabalhos sobre esse instrumento processual, em flagrante contraste com numerosos estudos destinados ao MI<sup>14</sup>.

É nesse contexto de incerteza sobre os critérios e efeitos jurídicos da ADO, de curiosidade sobre o reflexo da visão institucional que a Corte tem de si nas decisões de ADO e de inquietação com uma possível incoerência no tratamento dado ao MI e à ADO que se insere esta monografia. Pretendo investigar qual é a atual posição do Supremo Tribunal Federal sobre os dilemas que circundam essa classe processual.

Utilizei como material empírico tão somente as posições conceituais externadas pelos Ministros durante os julgamentos dos casos, que, muitas vezes, se misturam com as questões de fundo discutidas em cada processo. Minha intenção, portanto, não é estabelecer proposições prescritivas sobre qual é a mais adequada concepção sobre a ADO, mas de realizar uma análise descritiva dos argumentos de fato apresentados pela Corte. Tenho como principal objetivo a sistematização de posições já firmemente sustentadas pela Corte.

## **1.2. Pergunta de Pesquisa**

*Qual é a concepção que o STF tem dos critérios para o provimento da ADO e de seus efeitos jurídicos?*

Perguntas secundárias: (i) Quais as hipóteses jurídicas que se subsumem à ideia de "omissão inconstitucional" para procedência dessa ação direta? (ii) quais as consequências jurídicas do provimento da ADO, de acordo com a prática do STF?

---

<sup>14</sup> Apenas dentre as monografias da Escola de Formação da SBDP, conferir: BATOCHIO, Lígia Lamana. *A Interpretação do STF quanto aos Efeitos da Decisão no Mandado de Injunção*. 2007; STEVES, Bruna de Bem. *O que Mudou no Entendimento do STF a Respeito dos Efeitos do Mandado de Injunção? Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO*. 2009; e HAN, William Guang Yu Lopes. *O Reconhecimento da Omissão Legislativa Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal: a atuação do STF em relação ao instituto do Mandado de Injunção*. 2009.

### 1.3. Metodologia

Para obter essas informações, analisei todas as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão já julgadas pelo Pleno. Faz-se necessário reconhecer obstáculo ao acesso a essa fonte, já que, até outubro de 2008, o STF não entendia pela autonomia processual da ADO, agrupando-a junto às ações diretas de inconstitucionalidade (ADI)<sup>15</sup>. Não obstante, procurando pelo termo “omissão” para as decisões em Plenário no termo de busca do STF, foram encontradas preliminarmente 64 ADIs que versavam sobre conduta omissiva até aquela data.

Posteriormente a 2008, considerei tanto a ADO quanto a ADI enquanto classes processuais, já que se poderiam encontrar ações de omissão ajuizadas antes de 2008 e, portanto, com a classe processual de ADI. As ADOs foram obtidas diretamente na aba de controle de concentrado, observando-se uma a uma para ver se haviam sido julgadas no mérito.

Foram incluídas questões de ordem, medidas cautelares e ações propriamente ditas, quer prejudicadas, não conhecidas, procedentes ou improcedentes. Excluíram-se os embargos de declaração, os agravos regimentais e as ações que continham a palavra ‘omissão’ no corpo do texto, mas não versavam sobre a omissão inconstitucional. Tais acórdãos, especialmente os agravos regimentais, tratavam de temas procedimentais que não se encaixavam nas intenções substanciais desta pesquisa.

Os acórdãos selecionados na espécie foram 60 ADIs (48 no mérito, 4 questões de ordem e 8 medidas cautelares) e 5 ADOs. Excluí 47 acórdãos, porque, na realidade, não discutiam uma omissão inconstitucional, mas apenas continham a palavra “omissão” em seu corpo. Especificamente, são os seguintes acórdãos:

ADI no Mérito	4650; 4079; 1698; Julgamento conjunto das 875, 1987, 2727 e
---------------	---

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2017, p.1297.

	3243; 3682; 3303; 3276; 1442; 2076; 2495; Julgamento conjunto das 2519, 2504, 2506 e 2507; Julgamento conjunto das 2512, 2493, 2491, 2497, 2520, 2525, 2517, 2490, 2481, 2508, 2486, 2510, 2492, 2518, 2516, 2509, 2496, 2503, 2524, 2498 e 2511; 2061; 1810; 23; Julgamento conjunto das 1439 e 1458; 297; 877; 480; 889 e 19
Questão de Ordem em ADI	1830; 2162; 1836 e 23
Medida Cautelar em ADI	1996; 1441; 1387; 1146; 986; 529; 267 e 361
ADO	25; 22; 28; 6 e 26
ADI excluídas	778; 2911; 2480; 1922; 3999; 3944; 4638; 4424; 4414; 1842; 4537; 2669; 4976; 4947; 4965; 5028; 5020; 4992; 1949; 4791; 3059; 2859; 5536; 4861; 5253; 3835; 4983; 3937; 4066; 4923; 3470; 3357; 3356 e 4874
MC ADI excluídas	380; 525; 1491; 466; 652; 1600; 1063; 1296; 2381; 2435; 1931; 3075 e 4451.

Mesmo sem a publicação integral do acórdão, optei por incluir o voto do relator e a ementa e acórdão já publicados pelo STF na ADO nº 26, devido à notoriedade do julgamento. Nessa ação, o STF incluiu a homofobia e a transfobia no conceito de crime de racismo, assentando a mora

inconstitucional do Congresso em não estabelecer tutela penal para os integrantes da comunidade LGBT. A notoriedade do julgamento e a importância do resultado tornam interessante uma análise de se, ao menos o Ministro Relator, seguiu os conceitos já firmados pela jurisprudência da Corte em ADO e, caso contrário, em que medida se desviou deles.

Definido o universo de pesquisa, realizei uma discussão sobre os temas mais frequentes e controversos que aparecerem durante as discussões dos casos selecionados. Os debates entre os Ministros e comentários não necessariamente relacionados à questão de fundo dos acórdãos podem representar fonte importante, para determinar as preocupações do Tribunal sobre as consequências de suas decisões e quais valores são levados, mais ou menos, em consideração. Por meio dessa análise qualitativa, será possível esclarecer o que o STF pensa sobre a ADO, instituto bastante moldado pela construção jurisprudencial.

Como critério utilizado para determinar a posição da Corte como um todo, optei por considerar a mera concordância com o relator ou a falta de pronunciamento escrito como consonância com os fundamentos jurídicos utilizados pelo voto da corrente vencedora. Essa concordância com os fundamentos também é observada pela referência a julgados paradigmáticos que só continham o voto do relator e pelos esclarecimentos registrados nos debates.

Utilizei um modelo de fichamento dos acórdãos a fim de sistematizar os dados. Segui uma divisão entre resumo das informações específicas daquele caso, ressaltando os argumentos vencedores e vencidos, e apontamentos sobre as considerações específicas da ADO, que não necessariamente guardam relação com o tema de fundo:

**Proponente:**

**Dispositivos constitucionais aplicados:**

**Fatos do Caso:**

**Questões relevantes:**

**Fundamento Principal da corrente vencedora:**

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:**

**Julgados citados:**

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente:**

**Outros comentários relevantes:**

Como método de apresentação e discussão dos casos, agrupei os julgados em relação à similaridade da questão de fundo, em oposição a um critério estritamente cronológico. Essa escolha decorreu da grande quantidade de acórdãos, muitas vezes sem inovações significativas frente às posições já consolidadas anteriormente. Por isso, nem todos os casos serão analisados separadamente.

Visando a proporcionar, paralelamente à divisão temática, uma visão temporal das sucessivas ADOs julgadas, elaborei um esquema com todos os casos do recorte (cf. sessão 1.4.) e respectivas soluções aos problemas dos critérios e das consequências do controle abstrato de omissão inconstitucional, delineando resumidamente o desenvolvimento jurisprudencial do Supremo. Essas soluções anotadas no esquema não necessariamente serão inéditas, já que a função dele é também registrar a continuidade dos critérios utilizados pelos Ministros. Além disso, incluí os fichamentos dos acórdãos no Apêndice, com detalhes fáticos e jurídicos sobre os casos. Ambas essas fontes podem ser consultadas durante a leitura deste trabalho para fins de contextualização.

Dividi esta monografia em três capítulos: o primeiro para discutir os critérios utilizados pelo STF para identificar a omissão inconstitucional, as espécies de omissão criadas e as diferenças estabelecidas entre a ADI e a ADO; o segundo para as possibilidades de fungibilidades processuais entre ADI e ADO e as concepções que os Ministros detinham de uma classe processual em relação à outra; e o terceiro para os efeitos jurídicos atribuídos à ADO tanto em sede de liminar quanto de mérito e as

concepções do STF sobre o diálogo com o Legislativo que moldam aqueles efeitos.

#### 1.4. Esquema de desenvolvimento jurisprudencial

Identificação das ações	Principais soluções jurisprudenciais
ADI nº 19 (23/02/1989), Rel. Min. Aldir Passarinho	Noção normativa de omissão
QO ADI nº 23 (09/08/1989), Rel. Min. Sydney Sanches	Desnecessidade de manifestação do AGU
MC ADI nº 361 (05/10/1990), Rel. Min. Marco Aurélio	Prazo razoável como critério para omissão total  Impossibilidade de liminar em ADO  Impossibilidade de suprimento jurisdicional da omissão
MC ADI nº 267 (25/10/1990), Rel. Min. Celso de Mello	Impossibilidade de suspensão de norma para resolver omissão por falta de interesse jurídico  Impossibilidade de liminar em ADO  Impossibilidade de cumulação de pedidos de inconstitucionalidade por ação e por omissão
MC ADI nº 529 (19/06/1991), Rel. Min. Sepúlveda Pertence	Provimento jurisdicional pretendido como critério para diferenciar omissão parcial de inconstitucionalidade comissiva
MC ADI nº 986 (10/02/1994), Rel. Min. Néri da Silveira	Impossibilidade de conversão de ADI em ADO
ADI nº 889 (16/03/1994), Rel. Min. Marco Aurélio	Prazo razoável independe de conveniência e oportunidade  Encaminhamento do projeto de lei como suficiente para sanar omissão absoluta
ADI nº 480 (13/10/1994),	Prejudicialidade da ADO com



Rel. Min. Paulo Brossard	superveniência da norma faltante
MC ADI n° 1.146 (07/06/1995), Rel. Min. Moreira Alves	Provimento jurisdicional pretendido como critério para diferenciar omissão parcial de inconstitucionalidade comissiva
ADI n° 877 (05/10/1995), Rel. Min. Ilmar Galvão	Encaminhamento do projeto de lei como suficiente para sanar omissão absoluta
MC ADI n° 1.387 (06/03/1996), Rel. Min. Carlos Velloso	Impossibilidade de liminar em ADO
ADI n° 297 (25/04/1996), Rel. Min. Octavio Galloti	Necessidade de dever de normatizar para configuração da omissão
MC ADI n° 1.439 (22/06/1996) e MC ADI n° 1.458 (23/06/1996), Rel. Min. Celso de Mello	Critério do interesse jurídico objetivo para distinguir omissão parcial de inconstitucionalidade comissiva
MC ADI n° 1.441 (28/06/1996), Rel. Min. Octavio Galloti	Inexistência de omissão pela não repetição de um princípio constitucional em texto legal
ADI n° 23 (02/04/1998), Rel. Min. Ilmar Galvão	Ilegitimidade ativa
ADI n° 1.810 (08/06/1998), Rel. Min. Moreira Alves	Ilegitimidade ativa
QO ADI n° 1.836 (18/06/1998), Rel. Min. Moreira Alves	Prejudicialidade com revogação da norma parcialmente omissa
MC ADI n° 1.996 (16/06/1999), Rel. Min. Ilmar Galvão	Impossibilidade de suspensão de norma para resolver omissão por falta de interesse jurídico
QO ADI n° 2.162 (04/05/2000), Rel. Min. Moreira Alves	Prejudicialidade por questão formal
ADI n° 2.061 (25/04/2001), Rel. Min. Ilmar Galvão	Encaminhamento do projeto de lei como suficiente para sanar omissão absoluta  Impossibilidade de fixação de prazo para atribuição legislativa do Presidente da República
Julgamento Conjunto: ADIs n° 2.512, 2.493, 2.491, 2.497, 2.520, 2.525, 2.517, 2.490, 2.481, 2.508, 2.486, 2.510, 2.492, 2.518, 2.516, 2.509, 2.496, 2.503, 2.524,	Impossibilidade de fixação de prazo para atribuição legislativa do Presidente da República

2.498, 2.511 (19/12/2001), Rel. Min. Ilmar Galvão	
Julgamento Conjunto : ADIs n ° 2.519, 2.504, 2.506 e 2.507 (18/03/2002), Rel. Min. Moreira Alves	Impossibilidade de fixação de prazo para atribuição legislativa do Presidente da República
ADI n° 2.495 (02/05/2002), Rel. Min. Ilmar Galvão	Necessidade de comprovar a inexistência do diploma legislativo considerado faltante
ADI n° 1.830 (12/06/2002), Rel. Min. Moreira Alves	Prejudicialidade por questão formal
ADI n° 2.076 (15/08/2002), Rel. Min. Carlos Velloso	Reconhecimento da possibilidade de omissão por não repetição de norma do preâmbulo da Constituição
ADI n° 1.442 (03/11/2004), Rel. Min. Celso de Mello	Impossibilidade de conversão de ADI em ADO
ADI n° 3.276 (02/06/2005), Rel. Min. Eros Grau	Vontade deliberada dos legisladores de não produzir norma faltante considerada critério que acelera o prazo razoável para a configuração da omissão  Produção efetiva da norma faltante como suficiente para sanar omissão absoluta  Utilização do conceito de inconstitucionalidade superveniente  Compatibilidade entre ADI e ADO pois a declaração de inconstitucionalidade por omissão pode servir como fundamento para a inconstitucionalidade por ação  Possibilidade de anulação de norma pela constatação de que ela "pereniza" uma omissão inconstitucional
ADI n° 3.303 (27/09/2006), Rel. Min. Ayres Britto	Não decurso do prazo constitucionalmente estabelecido para cumprimento do dever de normatizar
ADI n° 3.682 (09/05/2007), Rel. Min. Gilmar Mendes	Prejuízo a direitos subjetivos considerado critério que acelera o prazo razoável para a configuração da omissão  Produção efetiva da norma faltante como suficiente para sanar omissão absoluta

	Possibilidade de fixação de prazo ao Legislativo
ADIs nº 875, 1.987, 2.727 e 3.243 (24/02/2010), Rel. Min. Gilmar Mendes	Modificação de dispositivo constitucional que contenha dever de normatizar deverá incluir alteração substancial para que o prazo razoável tenha como termo inicial a data da emenda constitucional  Utilização do conceito de inconstitucionalidade superveniente  Possibilidade de conversão de ADI e ADO
ADI nº 1.698 (25/02/2010), Rel. Min. Carmen Lúcia	Possibilidade de controle de constitucionalidade de omissão em políticas públicas
ADO nº 6 (11/02/2015), Rel. Min. Ricardo Lewandowski	Prejudicialidade por perda do objeto
ADI nº 4.079 (26/02/2015), Rel. Min. Roberto Barroso	Possibilidade de conversão de ADI e ADO
ADO nº 28 (16/04/2015), Rel. Min. Carmen Lúcia	Necessidade de comprovar a inexistência do diploma legislativo considerado faltante
ADO nº 22 (22/04/2015), Rel. Min. Carmen Lúcia	Inexistência de omissão se há outra norma jurídica com o mesmo conteúdo da norma constitucionalmente obrigatória
ADI nº 4.650 (17/09/2015), Rel. Min. Luis Fux	Identificação de omissão absoluta com base em princípios indeterminados  Transferência de competência normativa em caso de desrespeito ao prazo fixado para o Legislativo
ADO nº 25 (30/11/2016), Rel. Min. Gilmar Mendes	Utilização do conceito de inconstitucionalidade superveniente Transferência de competência normativa em caso de desrespeito ao prazo fixado para o Legislativo
ADO nº 26 (13/06/2019) Voto do Relator Celso de Mello e ementa e acórdão da ADO	Impossibilidade de suprimento jurisdicional da omissão  Utilização da interpretação conforme à Constituição

## 2. Critérios para a omissão

Costuma-se dividir a omissão inconstitucional em total e parcial. Tal divisão adveio da construção jurisprudencial da Corte Constitucional alemã, que identificou a omissão não só no inadimplemento absoluto do dever de legislar (omissão total), mas no inadimplemento falho, defeituoso ou incompleto desse dever (omissão parcial)<sup>16</sup>. Um terceiro tipo, não incluído nessas categorias, ocorreria quando a mudança de relações fáticas gerasse um dever de adequação para o legislador, a chamada inconstitucionalidade superveniente. Reconheço que esse terceiro tipo aproxima-se da omissão parcial, quando há norma, mas ela já não cumpre plenamente o comando constitucional.

O dispositivo constitucional do artigo 103, §2º<sup>17</sup> é mais amplo que a jurisprudência alemã, pois fala em “omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”. Amplia-se o âmbito da omissão para englobar não apenas o dever de produzir norma geral e abstrata, mas também o de realizar medidas normativas administrativas que visem a concretizar um princípio constitucional. É o caso de normas programáticas, mormente de direitos sociais. Com o aumento do âmbito de incidência da omissão inconstitucional, quer parcial, quer total, permite-se a tutela desses direitos sociais, que dificilmente seriam efetivados tão somente pela emissão de leis.

Diante dessa multiplicidade de usos do conceito de omissão, este capítulo pretende esclarecer os requisitos utilizados pelo STF para considerar determinada situação jurídica como inconstitucionalmente omissiva. Mostrarei a evolução dos critérios considerados pela Corte e o esforço em distinguir claramente entre a inconstitucionalidade por ação e a por omissão.

---

<sup>16</sup> MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1295.

<sup>17</sup> “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”.

## 2.1. Noção normativa de “omissão”

O primeiro caso de ADO julgado no mérito pelo pleno foi a ADI nº 19<sup>18</sup>, fundamentando-se no artigo 103, §2º, que permitia a declaração de omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional. O proponente apontou como elemento para a omissão a inércia da Assembleia Legislativa em impedir que ilícitos administrativos ocorressem, mais especificamente, o recebimento de vencimentos por alguns procuradores acima do teto constitucional. Na visão do proponente, a falta de providência por parte do órgão Legislativo geraria a necessidade de declaração de omissão, para servir como “medida moralizadora”<sup>19</sup>.

O STF considerou que a omissão a que alude o artigo 103,§2º só pode ser verificada se houver ausência de *norma* que impede a aplicação de preceito constitucional, não de ato concreto do Legislativo. Como o objetivo declarado do proponente era que a Assembleia Legislativa ajustasse os vencimentos de funcionários, não havia medida normativa a ser realizada, segundo afirmou o próprio requerente, que desejava alguma sanção disciplinar ou medida concreta para o caso específico. Portanto, nesse julgamento, já se afastou, desde logo, o uso da expressão “omissão” em seu sentido semântico de falta de ação, como é utilizado no Direito Privado ou Penal. A omissão inconstitucional é interpretada em um sentido *normativo*.

Isso não exclui a possibilidade de enquadramento de omissão inconstitucional quando não há a inclusão de uma expressão exigida pela Constituição em norma infraconstitucional. Prova disso, no julgamento da ADI nº 2.076<sup>20</sup>, o STF conheceu da ação por ela discutir a necessidade de reprodução de uma expressão (“sob a proteção de Deus”) da Constituição da República em Constituição Estadual. Mesmo que, no mérito, os Ministros não tenham entendido essa expressão como constitucionalmente

---

<sup>18</sup> Rel. Min Aldir Passarinho, j.23.02.1989.

<sup>19</sup> ADI 19, p.7.

<sup>20</sup> Rel. Min. Carlos Velloso, j.15.08.2002.

obrigatória para as Unidades da Federação, o julgado demonstrou que esse tipo de questão pode ser discutido em sede de ADO.

Além disso, a ausência de outros conteúdos em normas pode ensejar a omissão parcial, de modo que a noção normativa de omissão não gera necessariamente uma obrigação de edição de norma infraconstitucional. Essa noção apenas veda que sejam exigidas medidas concretas dos órgãos legislativos ou administrativos que não sejam ligadas a suas competências normativas, mas de fiscalização, punição ou prestação de serviço, por exemplo.

Contudo, esse conteúdo exigido na norma produzida em decorrência de um mandamento constitucional não pode ser obviamente deduzido do ordenamento ou de outra norma. Assim, não haverá inconstitucionalidade omissiva se a expressão faltante não impactar o conteúdo ou a aplicação daquela norma. Com efeito, o STF consignou que não há inconstitucionalidade por omissão de "diploma que haja julgado dispensável tornar expressa a recomendação de dar-se cumprimento à Constituição"<sup>21</sup>.

No caso concreto, uma Medida Provisória que instituía a contribuição social para a previdência social também para os servidores inativos da União foi apontada como omissa, pois não ressalvava o princípio da anterioridade tributária, já constitucionalmente expresso e plenamente aplicável. Os Ministros, por entenderem que essa ressalva seria repetição desnecessária do texto constitucional, julgaram tal norma válida.

Assim, se a não reprodução de um dispositivo constitucional no ato normativo causar problemas de aplicação, apenas a aplicação do dispositivo legal que fuja dos ditames constitucionais será inconstitucional, não a lei em si. O vício de inconstitucionalidade de que padeceriam as aplicações indevidas seria a inconstitucionalidade comissiva.

---

<sup>21</sup> MC ADI nº 1.441, Rel. Min. Octavio Galloti, j. 28.06.1996, p.10.

### **2.1.1. Dever de normatizar constitucional**

O julgamento da ADI nº 297<sup>22</sup> trouxe novos critérios para a identificação da omissão inconstitucional. O proponente alegou o desrespeito do Presidente da República ao artigo 20 do ADCT<sup>23</sup>, na medida em que não revisou os direitos de seguridade social dos servidores pensionistas e inativos e, assim, deu ensejo a uma omissão administrativa.

O STF entendeu que a norma do ADCT era autoaplicável, prescindindo de outra norma que a regulamentasse ou a dotasse de efetividade. Caberia, assim, aos órgãos administrativos de cada Poder reajustar o valor dos benefícios desses servidores caso a caso, uma medida concreta que não pode ser exigida em ADO.

Portanto, a verificação normativa de omissão pressupõe uma perquirição sobre a eficácia de determinado dispositivo constitucional. Só haveria necessidade de norma para tornar efetiva a Constituição se o preceito constitucional invocado para fundamentar a omissão não fosse de aplicabilidade imediata, mas de eficácia limitada. Quando não há qualquer texto normativo apontado como faltante, os Ministros consideraram que não há objeto correto para a omissão absoluta, de modo que a consequência é o não conhecimento da ação direta por omissão.

Desse modo, nem mesmo com prazo constitucionalmente explícito, como eram os 180 dias previstos naquela norma do ADCT, existirá âmbito de incidência da ADO, se o prazo for relativo à realização de alguma medida administrativa concreta. A existência de um *dever de normatizar*, que gera a necessidade de investigar sobre a eficácia do dispositivo e que circunscreve o objeto a omissões estritamente normativas, é considerada pelo Tribunal como essencial para a adequação da via processual da ADO. O dever de normatizar engloba a produção de qualquer ato normativo, primário ou de nível inferior, não se restringindo apenas às leis.

---

<sup>22</sup> Rel. Min. Octavio Galloti, j.25.04.1996.

<sup>23</sup> "Dentro de cento e oitenta dias, proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição".

Mais, no julgamento da ADI nº 2.495<sup>24</sup>, consignou-se que, após a identificação de um dever de normatizar, deve haver a comprovação empírica de inexistência de um ato normativo que discipline essa matéria, em caso de omissão absoluta. Tratava-se de ação ajuizada em face do Governador de Santa Catarina para envio do projeto legislativo de revisão da remuneração dos servidores públicos, conforme o dever contido no artigo 37, X<sup>25</sup> da Constituição. Diante da prova nos autos de que o diploma legislativo apontado como faltante existia, o Tribunal julgou prejudicada a ADO.

Assim, se o pedido for insuscetível de cumprimento parcial, como o envio de projeto legislativo, a existência da norma apontada como faltante é causa para prejudicialidade do pedido, não para seu indeferimento. O vácuo normativo é, portanto, pressuposto para o julgamento de mérito da ADO, no caso de omissão absoluta.

### **2.1.2. Requisitos para a inconstitucionalidade do vácuo normativo**

Na ADO nº 22<sup>26</sup>, o STF não considerou aquela ausência de norma exigida por um dever de normatizar constitucional como requisito suficiente para a omissão inconstitucional. Nesse caso, o requerente apontava a omissão parcial na lei que regulamentava a propaganda de bebidas alcoólicas, conforme o artigo 220, §4<sup>o27</sup> da Constituição, pois haviam sido excluídas de seu âmbito de incidência as de teor alcóolico inferior a determinada concentração.

O STF entendeu que duas questões obstruíam a configuração da omissão inconstitucional nesse caso. Primeiro, havia norma do CONAR, órgão de auto-regulação dos publicitários, que possuía o conteúdo da norma

---

<sup>24</sup> Rel. Min. Ilmar Galvão, j.02.05.2002.

<sup>25</sup> "A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices".

<sup>26</sup> Rel. Min. Carmen Lúcia, j.22.04.2015.

<sup>27</sup> "A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso".



requerida pela Constituição supriria a omissão do Legislativo. Além disso, ao avaliarem os debates parlamentares, os Ministros perceberam que a exclusão de certo teor alcóolico não foi arbitrariamente imposta ou descuido do legislador, mas uma escolha intencional realizada após interlocução com a sociedade.

Portanto, embora haja vácuo normativo, o STF considerou ainda a necessidade de examinar se existe outro regramento que, a despeito da lei federal, satisfaz o dever de normatizar imposto pela Constituição.

Mais, uma escolha deliberada do legislador de deixar de fora determinada hipótese do âmbito de incidência de determinada norma constitucionalmente mandatória também pode afastar a incidência da omissão inconstitucional. Trata-se de elemento subsidiário à análise da omissão, que se volta aos debates parlamentares para constatar a intenção do legislador em omitir-se para aquele caso concreto. A força secundária dessa circunstancia mostra-se pela ênfase dada pelos Ministros ao fato de ser um elemento histórico, que não poderia contrariar o texto da Constituição.

Assim, se houvesse mandamento constitucional para incluir certa hipótese na norma emitida, a prova de que houve vontade deliberada do legislador em excluí-la não torna a norma constitucional. Entretanto, a identificação desse mandamento deve ser observada com cautela, pois, em hipóteses dúbias em que há a prova da exclusão intencional por parte do legislador, se poderia esbarrar no juízo da conveniência política da lei.

## **2.2. Prazo razoável**

Além do dever de normatizar, a configuração da omissão absoluta requiere a transposição de um prazo razoável do momento inclusão da norma na Constituição e até a constatação da falta de diploma legislativo. Esse requisito já está presente desde a MC ADI nº 267<sup>28</sup> e decorre da

---

<sup>28</sup> Rel. Min. Celso de Mello, j.25.10.1990.

reflexão sobre o controle de constitucionalidade da omissão no geral, incluindo o MI.

Nessa ação, objetivava-se a “imediata elevação do Estado de São Paulo para 70 deputados, produzindo efeitos já na atual Legislatura [das eleições de 1990]”<sup>29</sup>. Isso segundo duas teses jurídicas: a omissão do Congresso em realizar os ajustes eleitorais do art. 45, §1º<sup>30</sup>, que exigiria uma redistribuição do número de Deputados por Unidade da Federação, e a inconstitucionalidade por ação da Resolução 16.336/90 do TSE, que organizava as eleições segundo os critérios entendidos como inconstitucionais. O proponente pediu liminar para suspensão desta resolução, pois ela permitiria a realização de eleições que desrespeitariam critérios inconstitucionais.

A corrente vencedora entendeu que essa liminar seria inútil para a pretensão jurídica do requerente, pois, como a norma constitucional eleitoral é de eficácia limitada, a suspensão da referida resolução não causaria a elevação do número de cadeiras do Estado de São Paulo. Já o Ministro Marco Aurélio, vencido, julgou cabível, em ADI por ação, conceder liminar suspensiva para escancarar a omissão de um dever constitucional de normatizar.

Nesse julgamento, o Ministro Moreira Alves criticou a tese da divergência e afirmou que a ADO tem uma função puramente jurídica, sendo irrelevante a repercussão política da decisão<sup>31</sup>. Para ele, as considerações políticas do Ministro Marco Aurélio permitiriam que o requisito da falta de razoabilidade na demora de produzir a norma regulamentadora da Constituição fosse completamente suprimido, em nome de chamar a atenção do Legislativo. De fato, se a omissão busca impedir que a Constituição seja ignorada pelo legislador no seu dever positivo de legislar

---

<sup>29</sup> MC ADI Nº 267, p. 3.

<sup>30</sup> “O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas Unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados”.

<sup>31</sup> Cf. MC ADI nº 267, pp.54 e 55.

sobre certos conteúdos, tal declaração de mora de pleno direito, imediata, seria incongruente com essa finalidade.

Não se pode confundir o prazo razoável com a “oportunidade e conveniência”, de juízo privativo dos agentes políticos do Governo, para promulgar determinada lei. No caso, a ADI nº 889<sup>32</sup>, apontou-se a violação do artigo 23 do ADCT<sup>33</sup>, que determinava que a lei que dispusesse sobre a classificação indicativa de programas de rádio e televisão deveria também reger as novas funções e vencimentos dos censores federais. O Tribunal rechaçou essa tese, levantada pelo Presidente da República enquanto se defendia de dever de encaminhar projeto de lei com aquele conteúdo.

No julgamento conjunto ADIs nº 875, 1.987, 2.727 e 3.243<sup>34</sup>, o STF definiu que uma modificação de dispositivo constitucional que contenha dever de normatizar deverá incluir alteração substancial para que o prazo razoável tenha como termo inicial a data da emenda constitucional. Assim, para a Corte, não basta haver emenda constitucional, ela deve impactar significativamente o conteúdo do dever de normatizar relevante para que haja nova contagem desse prazo razoável.

Para o STF, no entanto, o critério do prazo razoável não prevalecerá nos casos em que a Constituição possua alguma determinação no que toca ao prazo para normatizar. Essa determinação pode adotar múltiplas formas, como a edição de norma tão logo seja editada outra norma, a reedição periódica de norma específica, como o caso do salário mínimo no art. 7º, IV<sup>35</sup> da Constituição, ou o prazo quantificado em número de meses para emitir a lei.

---

<sup>32</sup> Rel. Min. Marco Aurélio, j.16.03.1994.

<sup>33</sup> “Até que se indique a regulamentação do artigo 21, XVI [Compete à União exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão], da Constituição, os atuais ocupantes do cargo de censor federal continuarão exercendo funções com este compatíveis no Departamento da Polícia Federal, observadas as disposições constitucionais. Parágrafo Único: a lei referida disporá sobre o aproveitamento dos censores federais nos termos deste artigo”.

<sup>34</sup> Rel. Min. Gilmar Mendes, j.24.02.2010.

<sup>35</sup> “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades básicas e vitais e às de sua família com moradia, alimentação, educação, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com **reajustes periódicos** que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

A determinação da duração devida desse prazo depende não só do critério temporal, mas da consideração casuística de outros fatores que podem tornar menor a tolerância do legislador no que toca à morosidade da deliberação legislativa. Na ADI nº 3.682<sup>36</sup>, o STF entendeu que a ausência de norma que permitia a criação ou fusão de Municípios feria os direitos subjetivos políticos das comunidades que estavam impedidas de tornarem-se Municípios. Já em uma segunda ocasião, na ADI nº 3.276<sup>37</sup>, o Tribunal considerou como intencional a omissão da Assembleia Legislativa do Ceará em não produzir lei que criava cargos no Tribunal de Contas do Estado. Isso porque, sem esses cargos, o Governador poderia indicar livremente os Ministros da Corte de Contas, conforme norma transitória daquela Constituição Estadual.

Portanto, os critérios já utilizados para direcionar a definição do prazo razoável foram (i) o prejuízo que a norma faltante causa em direitos subjetivos e (ii) o reconhecimento de uma vontade deliberada, motivada por interesses político-partidários, de não cumprir um dever de legislar.

### **2.3. Encaminhamento do projeto como requisito suficiente para afastar a omissão absoluta**

Inicialmente, o STF enfatizava o encaminhamento do projeto para verificar a omissão absoluta, não a efetiva aprovação da norma pelo Legislativo. É verdade que o Tribunal não afirmou explicitamente que a omissão estaria sanada tão logo o projeto da lei devida fosse apresentado ao Congresso Nacional, mas os dispositivos de ações procedentes no caso de mora legislativa davam ciência apenas ao Executivo, quando o projeto de lei fosse de sua iniciativa privativa.

Mesmo os proponentes dessas ações somente requeriam a cientificação de mora apenas ao Executivo, no que toca ao dever de enviar o projeto legislativo. Se o problema fosse a inexistência de norma válida

---

<sup>36</sup> Rel. Min. Gilmar Mendes, j.09.05.2007.

<sup>37</sup> Rel. Min. Eros Grau, j.02.06.2005.

com certo conteúdo constitucionalmente exigido na ordem jurídica, penso que seria devida a notificação também do Legislativo para que se apressasse na promulgação da lei. Isso porque o dever de normatizar só é plenamente adimplido com a promulgação da norma; o mero encaminhamento do projeto legislativo não parece suficiente para garantir a aplicação da Constituição nos casos em que ela exige a criação de norma.

Um exemplo dessa primeira posição foi o debate travado na ADI nº 889<sup>38</sup>. Ali, o Tribunal identificou um dever de legislar no parágrafo único do art. 23 do ADCT. Nesse caso, o dispositivo dizia: “a lei referida [para classificação indicativa de programas de rádio e televisão e diversões públicas] disporá sobre o aproveitamento dos censores federais nos termos deste artigo”. Com efeito, se junto com a aprovação de certa lei deve constar determinada matéria, o encaminhamento de proposta que contenha essa matéria não significa o adimplemento preciso do comando constitucional já que ainda falta a vigência da matéria contida em tal proposta.

Novamente, em caso semelhante <sup>39</sup>, embora o dispositivo constitucional do artigo 37, X afirme que é “assegurada a revisão anual” da remuneração de servidores da União, a discussão do acórdão é travada apenas em termos do envio do PL pelo Presidente. Ora, se a revisão “será assegurada”, o mero encaminhamento de proposta legislativa pelo Executivo não parece satisfazer inteiramente aquele comando legislativo. A posição que prevaleceu entre os Ministros, entretanto, foge da literalidade do dispositivo.

Por outro lado, a ação que mencionou a ausência de efetiva deliberação utilizou-se de um prazo expresso imposto pela Constituição para a aprovação, além de um prazo para o envio do projeto. Foi o caso do artigo 59 do ADCT <sup>40</sup>: “Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao

---

<sup>38</sup> Rel. Min. Marco Aurélio, j.16.03.1994.

<sup>39</sup> ADI nº 2.061, Rel. Min. Ilmar Galvão, j.25.04.2001.

<sup>40</sup> Esse artigo foi discutido na ADI 877, Rel. Min. Ilmar Galvão, j.05.10.1995.

Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los”. A *contrariu sensu*, parece que, na ausência desse dever específico de deliberar, se poderia argumentar que a mera apresentação de projeto já supre a omissão absoluta.

Outra interpretação cabível dessa jurisprudência seria a concepção de que a omissão se verifica por partes. Primeiro haveria omissão relativa ao envio de projeto de lei pelo órgão com iniciativa privativa e, em ação distinta, poderia ser declarada a omissão no que toca à efetiva promulgação da norma. Ocorre que nunca houve um caso em que se julgou exemplo dessa segunda ação.

A dúvida sobre o objeto da omissão, se o envio do projeto ou a aprovação da norma, foi implicitamente resolvida pela ADI nº 3.276<sup>41</sup>. Discutia-se hipótese de omissão absoluta em relação à criação de cargos públicos pelo Legislativo. Mesmo com a notícia de que o projeto de lei já havia sido enviado à Assembleia, não se cogitou de desconsiderar a omissão. Portanto, aquela mencionada ênfase no encaminhamento do projeto ou se alterou para se privilegiar a efetiva promulgação da norma, ou não se tinha toda aquela importância no mero envio do projeto.

De maneira expressa, a questão só foi enfrentada no voto do Relator na ADI nº 3.682<sup>42</sup>. Nessa ação, o requerente arguia o descumprimento do dever de legislar contido no art. 18, §4º<sup>43</sup>, relativo à criação de uma norma para a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, incluído pela Emenda Constitucional nº 15/96, que causava prejuízos às comunidades que desejavam emanciparem-se.

O Ministro Relator trabalhou com o conceito de *inertia deliberandi*, categoria jurídica que se refere à excessiva demora ou negligência durante as fases de discussão e deliberação do processo legislativo, que também pode configurar omissão inconstitucional. Assim, para o Ministro, a simples

---

<sup>41</sup> Rel. Min. Eros Grau, j.02.06.2005.

<sup>42</sup> Rel. Min. Gilmar Mendes, j.09.05.2007.

<sup>43</sup> “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”.

existência de projetos de lei em trâmite no Legislativo não sana a omissão. Deve-se fazer um juízo concreto de razoabilidade, à semelhança da ideia de prazo razoável discutida supra<sup>44</sup>.

O Relator mencionou, no início de sua exposição, a demonstração de efetivo prejuízo sofrido pela ausência da norma faltante, sem, todavia, explicitar que esse é um critério além da demora na deliberação, considerada segundo o caso concreto, para a configuração da *inertia deliberandi*. Outro ponto destacado foi o decurso de mais de 10 anos desde a inclusão da Emenda Constitucional que incluiu a norma constitucional que continha o dever de legislar. Parece-me, apesar disso, que a mera demora na discussão, sem necessidade de nenhum requisito, já é suficiente para a configuração da omissão para o STF.

Nessa ação, houve também uma expressa declaração de superação jurisprudencial em relação a um entendimento anterior que consideraria livre de omissão o mero desencadeamento do processo legislativo, não a efetiva aprovação da norma. Como não se fez nenhuma menção expressa a um julgado anterior representativo dessa jurisprudência, acredito que o Relator dessa ação interpretava os julgados anteriores como enfatizando exclusivamente o envio do projeto legislativo como dever a ser discutido em ADO. Essa interpretação não foi baseada em falas expressas dos acórdãos anteriores, mas em concepções implícitas. De todo modo, essa visão é inequivocamente abandonada a partir desse julgado.

#### **2.4. Omissão parcial: consequência jurídica como critério de diferenciação**

Para o desenvolvimento dos critérios da omissão inconstitucional parcial, o STF necessitou diferenciar essa modalidade de inconstitucionalidade omissiva da inconstitucionalidade por ação.

Na MC ADI nº 1.146<sup>45</sup>, impugnava-se lei por inconstitucionalidade omissiva que criou cargo em comissão de Distribuidor em Tribunal Regional

---

<sup>44</sup> Cf. seção 2.2.

do Trabalho sem fixar seus vencimentos. Diante dessa ausência, houve resolução administrativa desse Tribunal fixando o valor do proveito. A Corte entendeu que essa situação devia ser enquadrada como inconstitucionalidade comissiva, uma vez que havia a possibilidade, para a ADI por ação, de declarar a nulidade do diploma legal, o que não ocorreria na ADO.

Como não seria possível a aplicação da norma sem esse elemento faltante, a solução mais adequada para a crise jurídica concreta seria declarar sua invalidade. Portanto, em caso de lei que omite elemento normativo essencial para sua aplicação, o STF entendeu que se tratava de inconstitucionalidade positiva, não de omissão parcial.

Na MC ADI nº 529<sup>46</sup>, o STF discutiu se a omissão parcial seria a melhor alternativa teórica para enquadrar casos em que se confere um benefício lícito a um grupo, mas se deixam de fora outros grupos merecedores do mesmo amparo. No caso em tela, o proponente questionava uma Medida Provisória que altera a remuneração de funcionários civis e militares, produzida no contexto inflacionário do governo Collor. Arguiu o proponente que havia inconstitucionalidade decorrente de desigualdade em relação ao valor do reajuste salarial tanto entre servidores públicos civis do Executivo de função assemelhada, quanto entre os civis e os militares.

Nessa situação, o valor jurídico da igualdade seria violado, discriminando-se indivíduos sem apresentar justificativa suficientemente fundada para tal. O STF enquadrou essa situação na omissão parcial, pois o efeito jurídico mais brando da ADO seria mais adequado para o interesse jurídico tutelado. Dessa forma, quando se busca a extensão dos efeitos de uma norma, não sua eliminação do mundo jurídico, trata-se de incidência de omissão parcial por violação da isonomia.

Isso porque os proponentes não consideram o benefício concedido em si inconstitucional; por vezes ele é até mesmo constitucionalmente

---

<sup>45</sup> Rel. Min. Moreira Alves, j.07.06.1995.

<sup>46</sup> Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.19.06.1991.



obrigatório. A inconstitucionalidade está em deixar de concedê-lo para outro determinado grupo de pessoas. Assim, o vício omissivo apresenta-se mais adequado porque não eiva de nulidade a norma desigual, mas científica o órgão competente para que ele estenda os efeitos daquela norma para o grupo não contemplado pelo benefício. Pode-se considerar, por outro lado, que se a violação à isonomia estivesse de alguma forma ínsita ao benefício de modo que não pudesse ser sanada facilmente, não haveria óbice em considerar a ação como ADI por ação, donde anulando a norma atacada.

Outra hipótese de dúvida foi se a ausência de matéria que, de acordo com a Constituição, deveria integrar determinada norma configuraria omissão, quando houvesse obstáculos formais do processo legislativo criados pelo próprio texto constitucional. Assim, se a Constituição determinou que a norma A seria acompanhada da matéria X, haveria omissão tão logo haja norma A sem X, mesmo que o órgão emissor de A não pudesse dispor sobre X?

O caso concreto é a ADI nº 889<sup>47</sup>, que tratava de matéria de iniciativa privativa do Executivo que deveria constar junto com a edição de uma norma, enquanto a referida norma teria sido proposta por um parlamentar. Unanimemente, o STF entendeu que esse entrave formal, qual seja, a iniciativa legislativa privativa, não seria razão para afastar a incidência de omissão inconstitucional. Para essa hipótese, seria obrigatório o encaminhamento do projeto, que dispusesse sobre a matéria constitucionalmente exigida, logo após a promulgação daquele diploma.

Apesar da especificidade do caso concreto, acredito que a amplitude da fundamentação adotada no julgado autoriza a extensão da solução proposta para qualquer dificuldade criada pelas regras do processo legislativo. Se houver disposição que obste a inclusão de dada matéria no diploma que, em tese, deveria contê-la, será configurada a omissão. De certa forma, parece, então, que a omissão é considerada objetivamente, ocorrendo independentemente de se o agente podia ou não suprir a omissão naquele instante, por questões de competência.

---

<sup>47</sup> Rel. Min. Marco Aurélio, j.16.03.1994.

Em suma, de início, o STF utilizou como principal critério de distinção a adequação entre a consequência jurídica de cada espécie de vício de constitucionalidade para a tutela jurídica pleiteada. É uma inversão na ordem do raciocínio jurídico: ao invés de examinar a hipótese concreta e subsumi-la em uma regra abstrata, busca-se analisar a conveniência do efeito jurídico de acordo com o interesse jurídico do proponente.

## **2.5. Omissão parcial: interesse jurídico objetivo**

Posteriormente, o Tribunal defrontou-se com discussão que o obrigou a adotar uma definição mais precisa e analítica da omissão parcial inconstitucional. O caso paradigmático foi o julgamento conjunto das medidas cautelares nas ADIs nº 1.439 e 1.458<sup>48</sup>. Ambas impugnavam Medida Provisória que teria reajustado o salário mínimo a um índice considerado menor que o necessário para manutenção de seu poder aquisitivo, desrespeitando o comando constitucional contido no artigo 7º, IV<sup>49</sup> da Constituição. Uma dessas ações diretas apontava o vício comissivo do ato normativo, a outra, sua omissão parcial.

A primeira diferença já se encontrava nos pedidos: a primeira requeria a nulidade da MP e a segunda, a “determinação imediata do reajuste do salário mínimo por índice”<sup>50</sup> adequado ou pelo índice aplicado à Previdência Social àquele ano. Em caso posterior semelhante<sup>51</sup>, por exemplo, o pedido de inconstitucionalidade por omissão era a determinação para que o Congresso disciplinasse o valor do salário mínimo, sem se cogitar da nulidade ou da suspensão de eficácia da norma atacada. Assim, na ADO, a crise jurídica nunca tem como solução a simples extinção de determinada norma jurídica. Ela gera necessidade de provimentos jurisdicionais mais complexos e mais particularizados para o caso concreto.

---

<sup>48</sup> Rel. Min. Celso de Mello, j.23.06.1996.

<sup>49</sup> “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades básicas e vitais e às de sua família com moradia, alimentação, educação, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

<sup>50</sup> ADI nº 1.458, p.7.

<sup>51</sup> MC ADI nº 1.996, Rel. Min. Octavio Galloti, j.28.06.1996.

Esse caso evidenciou o cerne da distinção entre inconstitucionalidade por omissão parcial e por ação, exigindo que se aperfeiçoassem as distinções dogmáticas entre elas. De início, o Relator retomou, com maior assertividade, algo que havia sido considerado marginalmente em julgamento anterior<sup>52</sup>. Esse critério foi o do descumprimento de um dever de normatizar como elemento característico de toda omissão inconstitucional, com ou sem prescrição expressa sobre o conteúdo dessa norma.

Identificado esse dever de normatizar, a modalidade comissiva de inconstitucionalidade seria reservada aos casos em que há um fazer legislativo que ofende as diretrizes constitucionais materiais impostas junto ao dever de emitir o ato normativo. Em contrapartida, a omissão, absoluta ou relativa, existe quando se deixa de fazer o necessário para cumprir o comando constitucional.

Na omissão relativa, há necessidade de haver convergência material entre o conteúdo normativo prescrito pela Constituição e a norma efetivamente promulgada, contudo uma disposição *insuficiente* para cumprir os ditames constitucionais. Para o Ministro, é nesse adimplemento parcial do dever de legislar constitucional que reside o elemento essencial e diferenciador da omissão relativa.

Mais precisamente, a omissão parcial passa a ser definida como “insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política”<sup>53</sup>. Aliada a essa definição analítica, o Relator trouxe um suporte teleológico, qual seja, evitar que a Constituição seja letra morta e que seus comandos sejam ignorados ou mal aplicados, a chamada “erosão da consciência constitucional”<sup>54</sup>. Em suma, deve-se identificar (i) um dever de normatizar na Constituição e (ii) um ato normativo que foi promulgado com a (iii) intenção de cumprir o mandamento constitucional e teve (iv) êxito parcial em fazê-lo.

---

<sup>52</sup> ADI nº 297, Rel. Min. Octavio Galloti, j.25.04.1996.

<sup>53</sup> ADI nº 1.458, p.16.

<sup>54</sup> Idem, p. 24.

Em um primeiro momento, esse critério (iv) da compatibilidade material da norma atacada tanto com as prescrições expressas da Constituição quanto com a *ratio* do comando constitucional pode parecer impreciso. No próprio caso paradigmático, o Relator identificou no art. 7º, IV, da Constituição além do dever de conservação do poder aquisitivo do salário mínimo em relação ao ano antecedente, o dever de satisfação das necessidades do trabalhador com o valor fixado legalmente. Se, ao invés de envolver o descumprimento daquele primeiro dever, a MP impugnada fixasse valor que já não fosse suficiente para essas necessidades, haveria alguma convergência material com a norma constitucional, nos moldes do critério (iv)?

Mais, e se o problema não envolvesse a quantidade de pecúnia fixada, que se encaixa mais facilmente no modelo de cumprimento *insuficiente* de um mandamento material na emissão de norma, mas houvesse desrespeito ao dever de unificação nacional do salário mínimo (também do artigo 7º, IV)? Lei que previsse a *parcial* incidência territorial de determinado valor, plenamente adequado para satisfazer as necessidades do trabalhador, teria de ser declarada válida sob o fundamento de se tratar de inconstitucionalidade por omissão parcial, isto é, o insuficiente adimplemento de dever de legislar? De fato, esse conceito, se aplicado sem outro critério para avaliar concretamente qual lei se afasta excessivamente do comando constitucional a ponto de ser extirpada da ordem jurídica, é prejudicial para a segurança jurídica.

O critério auxiliar desenvolvido pelo STF, mencionado secundariamente nesse julgamento e sedimentado definitivamente em caso posterior <sup>55</sup>, é o *interesse jurídico objetivo* tutelado pela norma constitucional. Ele opera da seguinte maneira: identifica-se, implícito a cada comando de normatizar, um interesse prestigiado pela Constituição. Se, por qualquer situação ou perspectiva, o ato normativo favoreça esse interesse, há o cumprimento parcial do dever de normatizar. Importante ressaltar que não basta existir alguma melhora em termos absolutos; essa melhora deve ser considerada em comparação com o regime normativo anterior. Onde, a

---

<sup>55</sup> MC ADI nº 1.996, Rel. Min. Ilmar Galvão, j.16.06.1999.

omissão parcial envolve a identificação de um objetivo a alcançar, o interesse objetivo, que, se houvesse a reconstituição ao diploma legal anterior ou a ausência completa de regramento, estaria ainda mais distante do atual estado de coisas. Assim, a tarefa do intérprete é a comparação entre dois regimes jurídicos possíveis e alternativamente postos, sob o critério valorativo esposado pelo interesse jurídico objetivo identificado.

Nas didáticas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, a “inconstitucionalidade [por omissão] não está no pouco que se deu, mas no muito que não se deu”<sup>56</sup>. Formalmente, se se deu X, mas se busca não-X, trata-se de inconstitucionalidade por ação. Porém, se se deu X, mas se busca X + 2X, 3/2X, etc, é inconstitucionalidade por omissão. Essa fórmula pode ser um pouco mais difícil quando não se envolve uma unidade de medida fácil de aferir, como o valor do salário-mínimo, mas é auxiliada pelo recurso ao critério do interesse objetivo da norma. Ressalte-se que esse segundo critério não se descola inteiramente da visão anterior da Corte sobre a omissão parcial, que enfatizava a antijuridicidade da consequência jurídica da nulidade da norma impugnada para certos casos, em que seria mais benéfica para a solução de certa crise jurídica a manutenção da norma atacada, considerando-os como de inconstitucionalidade omissiva.

Assim, respondendo às questões formuladas anteriormente, se o caso fosse de valor demasiadamente ínfimo para satisfazer as necessidades do trabalhador, o retorno a um regime com valor ainda menor ofenderia o interesse objetivo de um salário-mínimo mais adequado para uma vida minimamente digna. Já se a ofensa fosse ao dever de unificação nacional do valor do salário mínimo, acredito que, segundo os critérios fixados pela Corte, seria hipótese de inconstitucionalidade comissiva. Isso porque o interesse objetivo dessa norma constitucional específica é direta e unicamente a igualdade do valor do salário-mínimo, impedindo que certa região do país desfrute de fixação mais elevada. Como não há qualquer incremento a esse segundo interesse objetivo com a existência de regramento mais generoso para certa porção do país, a norma deve ser anulada. É importante notar, portanto, como em um mesmo preceito

---

<sup>56</sup> ADI nº 1.439, p.42.

constitucional mais de uma norma pode estar contida, por vezes com interesses objetivos distintos.

Esses critérios não obtiveram adesão unânime dos Ministros; tese alternativa foi proposta e rechaçada no Plenário. Importa, portanto, compreender o que não foi utilizado pela Corte para conceituar a omissão parcial a fim de esclarecer os critérios realmente adotados. Primeiramente, não se cogitou a necessidade de o dispositivo constitucional fixar termo para a edição de lei nem qualquer óbice no fato de o dever de legislar específico (reajuste do poder aquisitivo do salário mínimo) ter de ser reiterado a cada ano.

Em segundo lugar, a corrente vencida sustentou que a inconstitucionalidade por ação ocorreria no caso de violação de direito subjetivo, que seria sempre do tipo "tudo ou nada". A inconstitucionalidade omissiva, por outro lado, seria aplicada quando houvesse regulamentação da Constituição, isto é, norma que, a pretexto de adimplir com um dever de normatizar, inova materialmente na ordem jurídica. Se essa inovação fosse indevida, seria configurada a omissão parcial por adimplemento incompleto do dever de normatizar. No caso concreto, como não haveria âmbito material de inovação no que toca ao dever de reajustar o salário mínimo, essa violação teria sido completa, insuscetível de cumprimento parcial. Segundo essa visão, a omissão parcial teria ocorrência reduzida apenas nos casos em que a Constituição autoriza certa margem de discricionariedade no conteúdo da lei produzida em decorrência de um dever constitucional.

Portanto, esse critério da inovação material na ordem jurídica para configurar a omissão parcial destoa dos requisitos adotados pela Corte conforme a corrente majoritária. Esses requisitos foram, sinteticamente, a existência de uma norma, produzida como cumprimento de um dever constitucional de normatizar, que tutela, sob qualquer situação ou perspectiva, um interesse jurídico objetivo implícito em grau maior que o regramento anterior ou a ausência completa de regramento. Não seria possível lesar esse interesse jurídico objetivo por meio da anulação da norma atacada, o que ocorreria com a solução dada tipicamente à

inconstitucionalidade comissiva. Assim, esta só ocorrerá caso essa norma, ainda que decorrente de um dever de normatizar, torne aquele interesse jurídico menos privilegiado.

## **2.6. Inconstitucionalidade superveniente**

A inconstitucionalidade superveniente é uma espécie de omissão parcial na qual um regramento constitucional no seu momento de promulgação torna-se inconstitucional diante da passagem do tempo. Esse processo de inconstitucionalização pode ocorrer (i) ou porque o regramento era transitório e está se perenizando, a ponto de nunca sobrevir o regramento definitivo<sup>57</sup>, (ii) ou porque uma mudança nas relações sociais faz com que aquela norma seja inconstitucional diante do novo contexto em que se aplica<sup>58</sup>.

Esse fenômeno se distingue da modulação dos efeitos, prevista no artigo 27 da lei nº 9.868/99<sup>59</sup>. Nesta, a inconstitucionalidade existe desde a vigência da norma atacada, mas o efeito de nulidade do ato normativo inconstitucional só incide após determinado período. Já na inconstitucionalidade superveniente, a norma não era inconstitucional de início, torna-se em algum momento posterior de sua vigência e, em um terceiro momento, poderá ser anulada após decisão do STF.

Nessa modalidade de inconstitucionalidade por omissão, não basta a existência do dever de normatizar em si, como toda inconstitucionalidade omissiva. Deve-se também mostrar a intenção transitória do dispositivo alegadamente inconstitucional, por exemplo, por integrar disposições transitórias de ato normativo ou por essa intenção ter sido manifesta nos debates parlamentares, sem embargo de estar concretizando dispositivo do

---

<sup>57</sup> Situação da ADI nº 3.276, Rel. Min. Eros Grau, j.02.06.2005.

<sup>58</sup> Situação das ADIs nº 875, 1.987, 2.727 e 3.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, j.24.02.2010.

<sup>59</sup> “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

ADCT, e o decurso de prazo razoável<sup>60</sup> de sua vigência, no caso (i) supracitado. Já na hipótese (ii), há também a necessidade de mostrar que a restrição de conteúdo tem a ver com um requisito de atualização constante contido no comando constitucional, tendo como base informações do mundo real que serão provavelmente variáveis.

Há casos em que ambos as hipóteses estão presentes, quando há uma norma transitória em processo de perenização que já não se encontra em harmonia com as relações sociais atuais, entretanto são conteúdos independentes e suficientes para fazer incidir a inconstitucionalidade superveniente. Isso ocorreu na ADO nº 25<sup>61</sup>, em que o requerente sustentou que a lei complementar prevista pelo art. 91 do ADCT<sup>62</sup> não teria sido promulgada, passados 13 anos de sua inclusão no texto constitucional, caracterizando omissão inconstitucional.

Essa omissão geraria prejuízos para os Estados exportadores porque houve ampla desoneração do ICMS para produtos destinados à exportação, sem a devida compensação prevista na lei complementar omissa. Pediu-se declaração de omissão e fixação de prazo razoável para colmatação da lacuna. O STF acolheu os argumentos da requerente, ressaltando a intenção transitória da referida norma.

O caso típico da segunda espécie de inconstitucionalidade superveniente é a impugnação de critérios para repasse ou distribuição de Fundos<sup>63</sup>. Nesse caso, os proponentes afirmaram que há omissão em regulamentar o disposto no art. 161, II<sup>64</sup>, já que os critérios da Lei Complementar nº 62/89, do Fundo de Participação dos Estados, não promoveriam o equilíbrio socioeconômico. Isso porque esses critérios não

---

<sup>60</sup> Conferir os critérios do prazo razoável na seção 2.2.

<sup>61</sup> ADO nº 25, Rel. Min. Gilmar Mendes, j.30.11.2016.

<sup>62</sup> "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".

<sup>63</sup> Situação das ADIs nº 875, 1.987, 2.727 e 3.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, j.24.02.2010.

<sup>64</sup> "Cabe a lei complementar estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios".



teriam sido desenvolvidos segundo dados objetivos do IBGE, mas por acordo político. Mais, eles teriam o intuito de durar somente por um ano até que fossem coletados os dados objetivos para a partilha dos recursos. As ações diretas por ação, por sua vez, atacaram os coeficientes definidos pela lei, já que esta deveria ter definido critérios, segundo os quais o TCU definiria os coeficientes, e a permanência dos critérios de 1990 caso não sobrevenha lei que defina esses critérios objetivos.

O Relator argumentou que o comando constitucional de preservação do equilíbrio socioeconômico entre Estados exige que, dentre os critérios usados pelo FPE, estejam dados estatísticos objetivos apurados periodicamente. Para ele, a mudança desse status quo de desigualdade envolve reconhecer a exata medida dessas vantagens e a possibilidade de que os coeficientes sejam revistos a cada ano. Ter critérios alteráveis e objetivos é decorrência direta da exigência constitucional de equilíbrio socioeconômico.

A simples manutenção de coeficientes de distribuição com base em médias históricas, sem retratar a efetiva e atual realidade socioeconômica, já é motivo para a inconstitucionalidade da medida. Justamente para permitir alguma flexibilidade conforme se altere a realidade fática, a lei deveria fixar os parâmetros para distribuição dos recursos, não a distribuição em si. Em suma, o STF considerou que a lei do FPE não nasceu inconstitucional, mas tornou-se inconstitucional na medida em que seus critérios não foram se alterando para refletir a realidade.

Ressalte-se que, nesse caso, a norma não precisa ser transitória, mas a mera definição de coeficientes distributivos rígidos para unidades da federação já violaria o dever de legislar para promover o equilíbrio socioeconômico nacional, conteúdo material imposto pela Constituição.

Inclusive, a utilização de recursos públicos para agravar desigualdades regionais, ao direcionar montantes superiores a entes federados cujos indicadores sociais não são tão ruins, poderia, com base nessa decisão da Corte, justificar hipótese de nulidade do diploma legislativo. Isso seria harmônico com os critérios de convergência material

com o comando do dever de legislar, pois haveria contrariedade frontal da norma com o interesse objetivo de reduzir desigualdades. Desse modo, seria possível argumentar que a inconstitucionalidade superveniente pode transmutar-se de omissão parcial para uma inconstitucionalidade por ação, em estágio mais avançado de descompasso da norma com a realidade.

Nesse tipo de inconstitucionalidade, haveria um processo, que se inicia com uma omissão parcial (sem nulidade do diploma) e, à medida que a desigualdade resultante de certa distribuição de recursos se agrava, passa para omissão parcial com nulidade e, por fim, para inconstitucionalidade comissiva.

A inconstitucionalidade superveniente tende a ser mais frequente e importante, uma vez que os casos de omissão absoluta diminuem com a atuação dos legisladores. Isso pode indicar que a possibilidade do STF de controlar a adaptação das políticas públicas e a pertinência de sua manutenção seja por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

## **2.7. Controle de omissão em políticas públicas**

Em geral, os dispositivos constitucionais trazidos para fundamentar a ADO continham expressamente a previsão de emissão de lei para dar eficácia à norma constitucional, por meio de expressões como “na forma da lei”, “conforme lei complementar”, etc. Contudo, o enquadramento constitucional das hipóteses cabíveis de ADO, segundo a jurisprudência do STF, não engloba apenas essas hipóteses, mas todos os vazios normativos que impedem a *efetividade* de normas constitucionais. Nesse contorno, estão incluídas as normas programáticas, especialmente de direitos sociais, que requerem políticas públicas para sua concretização. Trata-se de dever de emitir atos normativos administrativos, não propriamente leis.

O controle de constitucionalidade por omissão de políticas públicas ocorreu na discussão travada na ADI nº 1.698<sup>65</sup>, pela primeira e única vez,

---

<sup>65</sup> Rel. Min. Carmen Lucia, j.25.02.2010.

em 2010. Ali, discutia-se a mora administrativa do Presidente da República, conforme os artigos 208, I<sup>66</sup> e 214, I<sup>67</sup> da Constituição, que dispõem que há o dever do Poder Público de erradicação de analfabetismo e de oferecimento de educação básica para pessoas de 4 a 17 anos. O STF decidiu distinguir entre insuficiência do gasto público em realizar completamente o dever constitucional e inércia do Poder Público no que toca a essa tarefa. Somente esta configuraria omissão inconstitucional.

A constitucionalidade da ação estatal explica-se devido à (i) existência de programas do Executivo voltados a solucionar a questão ainda não plenamente atingida e ao (ii) progresso nos indicadores socioeconômicos relevantes para a matéria. A Relatora, portanto, fundamentou seu voto por meio de uma exposição abrangente e sistemática das iniciativas da União relativas à educação e de uma avaliação histórica positiva dos índices de analfabetismo e ingresso no ensino básico.

Exigiu-se, para a análise das políticas públicas, apenas a aproximação da consecução do dever constitucional, não a obtenção total do resultado constitucionalmente previsto. Essa forma de avaliar a omissão inconstitucional de política pública pode ser observada no seguinte trecho do voto da Relatora:

“É de se concluir que o Brasil tem muitíssimo a fazer em termos de compromisso constitucionalmente imposto de erradicar o analfabetismo (...). Todavia, **para os fins da ação direta de inconstitucionalidade por omissão**, não há como se afirmar, aqui, ter havido inércia do Presidente da República de modo a se lhe imputar providência administrativa que ainda não tivesse sido por ele adotada e que pudesse ser suprida pela procedência da ação”<sup>68</sup> (grifo meu).

---

<sup>66</sup> “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos que a ela não tiveram acesso na idade própria”.

<sup>67</sup> “A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I- erradicação do analfabetismo”.

<sup>68</sup> ADI nº 1.698, p.14.

Dessa forma, parece-me que a omissão parcial seria insuscetível de ocorrer em política pública, já que a Ministra Relatora considerou que o adimplemento parcial de dever constitucional, essencial para sua caracterização, não ensejaria qualquer vício de inconstitucionalidade.

Outra possibilidade considerada pela Relatora no controle de constitucionalidade por omissão de política pública é a configuração da omissão se houvesse indicação pelo proponente da medida administrativa específica a ser tomada pelo Executivo que fosse solucionar o problema. Por outro lado, se não se é capaz de especificar uma medida administrativa concreta e há melhora dos indicadores da questão discutida, então não há omissão inconstitucional. Um exemplo de medida específica a ser apontada, que foi inclusive discutida nos autos dessa ação<sup>69</sup>, é a liberação de recursos contingenciados.

Mais, nesse trecho e no restante do voto, a Relatora enfatiza a necessidade de progresso efetivo no combate ao problema social apontado pela Constituição. Se houvesse política pública nominalmente voltada a certa área socialmente relevante sem melhora nos indicadores, acredito que seria caso de omissão absoluta. Isso porque se uma medida não incrementa em nada determinado valor constitucional, ela sequer pode ser considerada como norma destinada a resguardá-lo. Há, assim, vácuo normativo (omissão absoluta) quando há provimento da ADO em política pública.

Esse controle relativamente deferente, porque não analisa rigorosamente a efetividade da política, mas se limita a constatar algum processo nos indicadores, gerou divergência no Tribunal. O Ministro Marco Aurélio propôs que a omissão só se descaracterizaria se o Executivo estivesse gastando acima dos patamares mínimos constitucionalmente obrigatórios. Para ele, cumprir o piso constitucional sem o pleno adimplemento do dever posto pela Constituição, mas com avanços

---

<sup>69</sup> ADI nº 1.698, p.22.

demasiadamente curtos, seria causa de omissão, já que se poderia “fazer um pouco mais”<sup>70</sup>.

Essa posição fica bastante clara na seguinte fala do Ministro vencido:

“É fato notório que estamos a engatinhar no campo da educação. É muito séria a matéria, porque a partir do momento que o Tribunal assente que não há a inconstitucionalidade por omissão, quer sob o ângulo administrativo, quer sob o ângulo legal, estará dando um certificado de que tudo vem sendo feito para erradicar o analfabetismo. E assim, individualmente, não o é”<sup>71</sup>.

Seria opção que expandiria o poder de controle da Corte, inclusive para inquirir acerca da conveniência de dotações orçamentárias para cumprir com certo dever. Esse confronto de visões é explicitado em um debate entre os Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto, respectivamente: “Se se tem a observância desses percentuais mínimos, simplesmente se diz que tudo vem sendo feito para se erradicar o analfabetismo no Brasil?”/“Eu acho que não cabe à Relatora dizer que tudo está sendo feito”<sup>72</sup>.

## **2.8. Identificação da omissão em fase concretista**

O caso que inaugurou uma virada concretista da Corte foi a ADI nº 4.650<sup>73</sup>. Ele tratava da polêmica acerca do financiamento de campanha eleitoral, tanto sobre a constitucionalidade do financiamento por pessoa jurídica quanto a exigência de algum limite para as doações de pessoas físicas. Esse caso destoou da jurisprudência pretérita da Corte na identificação e forma de atribuição do dever de legislar e na configuração de omissão parcial.

Em primeiro lugar, os dispositivos constitucionais dos quais se derivou o dever de legislar eram um conjunto abstrato de princípios amplos,

---

<sup>70</sup> ADI nº 1.698, p. 20.

<sup>71</sup> ADI nº 1.698, p.19.

<sup>72</sup> ADI nº 1.698, pp.22-23.

<sup>73</sup> Rel. Min. Luis Fux, j.17.09.2015.

contidos nos *caputs* do artigo 1º, 5º e 14, a república, a democracia e a isonomia. Isso está em grande contraste com os julgados anteriores da Corte, em que ou se buscavam expressões indicativas do dever de legislar (“na forma da lei”, “conforme lei complementar”, “fixados por lei específica”, etc) ou se se balizava em normas programáticas de direitos sociais, no caso do controle de constitucionalidade de políticas públicas. Sequer houve recurso a regras próprias da área do Direito de que se tratava (o financiamento eleitoral), em que se poderia identificar algum dever de produzir norma, mesmo que implícito. Nesse caso, a fundamentação foi baseada única e exclusivamente nos valores mais gerais da Constituição.

Outra circunstância única do caso foi a declaração de nulidade de diploma legislativo, sobre a doação para financiamento de campanha eleitoral por pessoas naturais e, ato contínuo, a constituição em mora inconstitucional sobre matéria que era versada por esse mesmo diploma. É verdade que esse pedido foi julgado prejudicado ao término do julgamento, porque sobreveio lei do Congresso que regulava a matéria, mas, até o surgimento desse diploma, os Ministros demonstravam total acordo com a tese do Relator<sup>74</sup>.

Essa determinação contraria o critério anterior de prazo razoável, em que se requeria o decurso de um tempo considerável entre o surgimento do dever de legislar (constante quer da redação original da Constituição, quer de emenda constitucional) e a configuração da omissão absoluta. Nessa ADI, a omissão ocorreu juntamente com o surgimento do dever de legislar oriundo do vácuo normativo provocado pelo próprio Tribunal, sem qualquer decurso de tempo mínimo para a incidência da omissão.

Além disso, o dever de legislar reconhecido pelo STF tinha um conteúdo material obrigatório para a lei a ser produzida, sem que esse conteúdo constasse explícita e detalhadamente da Constituição. Assim, ao invés de simplesmente exigir a criação da norma constitucionalmente obrigatória, o STF imiscuiu-se nos dizeres que aquela norma deveria conter. Os Ministros delinearam parâmetros a serem seguidos pelo Congresso,

---

<sup>74</sup> ADI nº 4.650, p. 189 e ss.

como a consideração pela igualdade de oportunidades entre os candidatos e o patamar relativamente baixo de doação possível para pessoas naturais a partidos.

Constaram da decisão do voto do Relator as seguintes exigências expressas: "a) o limite a ser fixado para doações a campanha eleitoral ou a partidos políticos por pessoa natural, deve ser uniforme e em patamares que não comprometam a igualdade de oportunidades entre os candidatos nas eleições; b) idêntica orientação deve nortear a atividade legiferante na regulamentação para o uso de recursos próprios pelos candidatos"<sup>75</sup>.

É verdade que essas determinações não são excessivamente específicas, nem destoam dos princípios consagrados nos artigos trazidos como fundamento pela Corte. Ao constar do dispositivo do acórdão, todavia, acredito que essas orientações deixam de serem redundantes e passam a servir um papel de diálogo institucional com o Legislativo. Dificilmente haveria sanção de ofício ou fiscalização do STF se a lei produzida contrariasse esses parâmetros; tampouco a medida concretista realizada dependia do preenchimento desses requisitos de mérito, mas apenas da existência de diploma legal que pretendesse regular essa matéria. Por essas razões, acredito que essas determinações têm apenas um peso simbólico, assim como o prazo ao Legislativo em sua primeira ocorrência. Importante notar que, do mesmo modo que tal prazo, o que se inicia como simbólico pode, com o passar do tempo, evoluir na jurisprudência para algo imposto.

O Tribunal também não foi sensível ao princípio da manutenção do texto normativo parcialmente omissos quando houvesse alguma preservação do interesse jurídico objetivo. Considerou-se que a lei vigente sobre os limites de doações a partidos políticos por pessoas naturais seria parcialmente omissa, por conter limites demasiadamente permissivos. A despeito de a lei prever alguma limitação à esfera privada dos cidadãos e, dessa forma, adimplir parcialmente com o interesse limitador enxergado na Constituição, optou-se por anular o diploma vigente, vencidos três Ministros.

---

<sup>75</sup> ADI nº4.650, p.349.

Essa abstração dos dispositivos constitucionais utilizados para fundamentar o dever de normatizar não mais se repetiu em outros julgados da Corte. Nada impede, contudo, que conceitos jurídicos extremamente abstratos e maleáveis possam servir novamente para a configuração de alguma omissão inconstitucional, especialmente, como já ressaltado, à medida que o tempo passa e o legislador vai emitindo as leis referidas no texto constitucional.

Outra questão é o questionamento dos critérios já consagrados para o reconhecimento da omissão, como o interesse objetivo da norma constitucional, um prazo razoável para a concretização do legislador e a ideia de *inertia deliberandi*. Na ação mais recente julgada pela Corte, a ADO nº 26<sup>76</sup>, sobre a criminalização da homofobia, apesar de sua postura possivelmente concretista, houve pleno recurso e respeito a esses critérios, cuidadosamente demonstrados pelo Relator do caso.

---

<sup>76</sup> Ao consultar ao STF, no dia 15/10/2019, o inteiro teor do acórdão não havia sido publicado. Contudo, considerando que já houve publicação oficial do voto do Relator, da ementa e do dispositivo do acórdão e que, como consta deste documento, o Tribunal decidiu nos termos do voto do Relator, Ministro Celso de Mello, acredito que há substrato suficiente para analisar o caso. Cabe, todavia, fazer a ressalva de que não se está presente às diversas nuances e debates entre os Ministros, bem como não há a possibilidade de examinar os fundamentos da corrente vencida.



### **3. Conversão de ADI para ADO**

Juntamente com essas criações conceituais para esclarecer o âmbito de incidência da inconstitucionalidade omissiva e comissiva, o STF deparou-se com questões envolvendo as relações entre essas ações. Discutiu-se se haveria possibilidade de conhecimento de uma ação que fora ajuizada erroneamente como outra e se haveria possibilidade de cumulação de pedidos típicos de uma delas, para resolver crises jurídicas complexas como costumam ser as omissões inconstitucionais.

#### **3.1. Impossibilidade de conversão de ADI em ADO**

Essa questão foi discutida pela primeira vez na medida cautelar na ADI nº 986<sup>77</sup> em 1994. Nessa ação, o proponente questionava a constitucionalidade de uma portaria do Ministério da Fazenda que isentava a aquisição de papel destinado à livros e jornais da incidência do IPMF, o imposto sobre movimentação financeira. Ele sustentava que, ao não englobar na situação de imunidade tributária as operações financeiras destinadas a fornecedores, mão de obra e demais atividades econômicas do jornal, o ato normativo discutido violaria comissivamente o artigo 150, VI, d<sup>78</sup> da Constituição, que proíbe a instituição de impostos sobre livros e jornais de modo geral.

O STF entendeu que, como o requerente não objetivava a anulação da norma impugnada, mas a extensão de seus efeitos de isenção tributária para outras hipóteses de incidência, o pedido seria típico de inconstitucionalidade omissiva, não comissiva, como constava da inicial. A Corte determinou unanimemente que esse equívoco implicava o não seguimento da ação e permitia à parte o ajuizamento de nova ação direta, essa de inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>77</sup> Rel. Min. Néri da Silveira, j.10.02.1994.

<sup>78</sup> “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, aos Distrito Federal e aos Municípios: instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”.

As razões jurídicas para essa impossibilidade de conversão foram explicitadas no julgamento conjunto das ADIs nº 1.439 e 1.458<sup>79</sup>. Ambas as ações impugnavam Medida Provisória que teria reajustado o salário mínimo a um índice considerado menor que o necessário para manutenção de seu poder aquisitivo, desrespeitando o comando constitucional contido no artigo 7º, IV<sup>80</sup> da Constituição. Uma dessas ações diretas apontava o vício comissivo do ato normativo, a outra, sua omissão parcial.

Para fundamentar o não conhecimento da ADI por ação, o Relator traz duas diferenças centrais entre essas ações diretas de inconstitucionalidade, no que toca aos poderes que elas conferem ao Tribunal e à possibilidade de provimento liminar.

Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por ação confere ao Tribunal o poder de legislador negativo, excluindo uma norma do ordenamento jurídico, a segunda tem como única consequência um apelo ao legislador para que ele adimpla a obrigação normativa de que se absteve, pelo menos em uma primeira visão sobre os efeitos jurídicos da ADO, dominante em 1996, quando aquelas ações foram julgadas.

Outra diferença é que a ADI admitiria pedido cautelar que suspende o ato impugnado e restaura a aplicabilidade da regra revogada pela norma em ataque. Essa restauração não seria cabível em sede de ADO por omissão parcial, porque se estaria substituindo uma situação insuficiente por outra ainda mais distante do perfeito adimplemento normativo constitucional.

### **3.2.1. Impossibilidade de cumulação de pedidos**

Ligado àquela discussão sobre a possibilidade de fungibilidade entre os tipos de ação direta de inconstitucionalidade, discutiu-se a possibilidade

---

<sup>79</sup> Rel. Min. Celso de Mello, j.23.06.1996.

<sup>80</sup> "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades básicas e vitais e às de sua família com moradia, alimentação, educação, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim".

de cumulação de pedidos típicos de ADI por ação e ADO. Esse tema foi enfrentado pela primeira vez na MC ADI nº 267, em que se discutia o aumento das cadeiras parlamentares destinadas ao Estado de São Paulo<sup>81</sup>. Apontou-se, por Ministro integrante da corrente vencedora, a contradição que poderia ocorrer entre esses pedidos, pois se estabeleceria uma relação de prejudicialidade entre eles. Assim, em um primeiro momento, a Corte entendeu como impossível esse tipo de cumulação.

Essa contradição estaria na definição da eficácia de determinado dispositivo constitucional. Para declarar o vício inconstitucional comissivo, o STF deve entender que o dispositivo é de eficácia plena, isto é, produz efeitos jurídicos diretos sem necessidade de outro ato normativo. Contrariamente, para declarar a omissão inconstitucional, é necessário constatar a eficácia limitada do preceito constitucional, justamente para aferir o dever de emitir o ato normativo necessário para que ele produza efeitos jurídicos diretos. Assim, esses pedidos, juntos e relativos ao mesmo artigo da Constituição, teriam de sustentar tanto a eficácia plena quanto a limitada de uma norma, gerando contradição da causa de pedir.

No entanto, esse ponto não foi apreciado pela totalidade dos Ministros. Isso porque, como se tratava de cumulação de pedido liminar tanto de ADO quanto de ADI, havia firme entendimento da Corte de que a liminar em ADO seria incabível. Desse modo, optou-se por simplesmente não conhecer da ADO e examinar exclusivamente a cautelar da ADI.

### **3.2.2 Possibilidade de cumulação de pedidos**

A argumentação de que a prejudicialidade impediria a cumulação de pedidos foi relativizada por decisão posterior do Tribunal, que decidiu apensar processos diferentes que atacavam a mesma norma, um sob o prisma da inconstitucionalidade por ação, outro da omissão parcial, na MC ADI nº 529<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Cf. seção 2.2. para os fatos do caso.

<sup>82</sup> Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.19.06.1991.

Nesse caso, discutiu-se uma Medida Provisória que alterava a remuneração de funcionários civis e militares, no contexto inflacionário do governo Collor. Segundo o Presidente, a medida tinha a intenção de corrigir desequilíbrios existentes entre essas categorias. Arguiu o proponente que haveria inconstitucionalidade decorrente de desigualdade em relação ao valor do reajuste salarial tanto entre servidores públicos civis do Executivo de função assemelhada, quanto entre os civis e os militares. Ele pediu concessão de medida liminar que fixe prazo ao Executivo para editar nova MP ou enviar projeto de lei ao Congresso que corrigisse essas desigualdades, uma vez que seria matéria de iniciativa privativa do Executivo.

Nessa ocasião, entendeu-se que a prejudicialidade externa entre aqueles processos seria o real óbice processual, não exatamente a adoção de teses subsidiárias contraditórias dentro do mesmo julgamento. Essa compreensão foi endossada pelo fato de que a Corte não está vinculada à causa de pedir nos julgamentos concentrados de constitucionalidade, não se afetando pela contraditoriedade da argumentação do proponente.

Em outro julgado, MC ADI nº 1.996<sup>83</sup>, o STF analisou pedidos cumulados de ADI e ADO no mérito. A ação questionava um dispositivo de Medida Provisória que fixava o valor do salário mínimo por argumentação subsidiária: primeiro pedia a nulidade do ato normativo, por vício formal e, em segundo lugar, a aferição de omissão parcial por insuficiente cumprimento do dever de conservação do poder aquisitivo do salário mínimo.

A rigor, esses pedidos não são contraditórios, pois se poderia conceber a anulação daquele ato normativo e, ato contínuo, a consideração de que o valor da norma represtinada seria inadequado. Contudo, mais uma vez, o tema não foi apreciado diretamente pelos Ministros, pois o pedido por ação não foi conhecido, conforme a tese da impossibilidade de violação de interesse jurídico objetivo em configurada a omissão legislativa parcial<sup>84</sup>. A

---

<sup>83</sup> Rel. Min. Ilmar Galvão, j.16.06.1999.

<sup>84</sup> Cf. seção 2.5 para a explicação desse entendimento.

corrente vencida nessa tese relativa ao interesse objetivo admitiu a cumulação de pedidos sucessivos.

A questão só veio a ser finalmente definida em 2005, no julgamento da ADI nº 3.276<sup>85</sup>. O caso questionava, por vício de inconstitucionalidade comissiva, norma transitória da criação de Constituição estadual e, junto a isso, a omissão absoluta de envio do projeto que substituiria o regramento provisório pelo regramento definitivo. Firmou-se tese no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade por omissão pode servir como fundamento para a inconstitucionalidade por ação de uma norma transitória. Isso porque se a norma transitória servir para perenizar uma situação de omissão inconstitucional, ela deve ser declarada nula.

Nota-se, ainda assim, que o Tribunal não enfrentou a hipótese de pedidos subsidiários. Com efeito, nessa feita houve uma inversão lógica da ordem de importância dos pedidos, que foram analisados sucessivamente, com prevalência para o de ADO. Nos outros casos o pedido de ADI por ação era considerado mais importante, de modo que o de ADO só seria apreciado subsidiariamente. Neste, a razão para anulação da norma da Constituição estadual foi justamente a perenização da situação de omissão inconstitucional que ela propiciava.

### **3.3. Admissão da conversão**

A impossibilidade de conversão, por sua vez, foi expressamente superada no julgamento conjunto das ADIs por ação nº 875, 2.727 e 3.243 e da ação por omissão 1.987<sup>86</sup>. O Relator entendeu que os pedidos de ADI e ADO por omissão parcial não seriam tão distintos assim, pois em ambas as ações os requerentes pedem a declaração de inconstitucionalidade da norma, ainda que a causa da inconstitucionalidade possa residir na sua incompletude no segundo caso.

---

<sup>85</sup> Rel. Min. Eros Grau, j.02.06.2005.

<sup>86</sup> Rel. Min. Gilmar Mendes, j.24.02.2010, conferir seção 2.7. supra para os fatos do caso.

Em primeiro lugar, ele mencionou julgados recentes da Corte para fundamentar uma nova concepção, mais concretista, do controle de constitucionalidade por omissão: a ADI nº 3.682<sup>87</sup>, em que se fixou pela primeira vez prazo ao Legislativo, e o MI nº 670<sup>88</sup>, em que se expediu norma provisória para garantir o direito tutelado.

Mais, ele assinala que toda omissão parcial conteria uma censura do Direito positivo, contendo um pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei. Assim, a diferença principal entre as ações residiria tão somente no que toca à impropriedade de declarar a nulidade do ato atacado em caso de omissão parcial mesmo que esse ato ofenda a Constituição, pois, com a nulidade, essa ofensa seria agravada. Sendo assim, mesmo essa diferença quanto à anulação da norma atacada teria sido significativamente reduzida pelo instituto da modulação de efeitos do art. 27 da Lei nº 9.868/99<sup>89</sup>, que permite que a decisão em controle concentrado de constitucionalidade só produza efeitos *ex nunc* por razões de segurança jurídica ou relevante interesse social.

Como a inconstitucionalidade comissiva também pode requerer a manutenção da vigência da norma atacada para satisfazer o ordenamento, desaparece aquela distinção tão rígida entre ADI e ADO que impedia a Corte de converter uma classe processual na outra. Para fins de processo constitucional, deve prevalecer a finalidade de superação do estado de coisas inconstitucional por meio da técnica decisória mais adequada frente à eleição da via processual mais precisa. O Relator sustenta, inclusive, que o mesmo fato jurídico pode gerar vício constitucional tanto de comissão quanto de omissão parcial, dependendo da "imbricação de pedidos e causas de pedir"<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Rel. Min. Gilmar Mendes, j.09.05.2007.

<sup>88</sup> Rel. Min. Maurício Correa, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007.

<sup>89</sup> "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

<sup>90</sup> ADI nº 875, p.15.

Diante do novo contexto de controle abstrato de constitucionalidade e de técnicas de decisões mais criativas, essas ações seriam “relativa, mas inequivocamente”<sup>91</sup> fungíveis entre si. Importante ressaltar que a fungibilidade não ocorre sempre, devendo ser analisado o caso concreto. Desde logo, já estão afastadas as hipóteses de conversão de ADI em ADO por omissão absoluta, segundo o Relator, cada vez mais rara à medida que o legislador produz os diplomas exigidos pelo texto constitucional. Acredito que, quando se cuidar de omissão parcial, aquele que pede a conversão deva fundamentar o porquê dessa fungibilidade, de modo que essa decisão só consigna sua possibilidade, não sua ocorrência imediata e sempre.

O STF já entendeu que essa fungibilidade ocorreria em hipóteses de inconstitucionalidade superveniente (ADI nº 875) e de quebra de isonomia na concessão de benesse (ADI nº 4.079<sup>92</sup>). Naquela hipótese o fundamento foi a identidade técnica de decisão para prover tutela adequada aos pedidos, a inconstitucionalidade sem nulidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Já esse segundo caso discutia lei que alterava a remuneração dos professores estaduais do Espírito Santo do modelo de vencimentos para de subsídio, permitindo-se aos já contratados optarem pela troca de regime. O proponente arguiu, dentre pedidos de inconstitucionalidade por ação relativos a direito adquirido, irredutibilidade de remuneração e outros, a omissão parcial por quebra da isonomia. Isso porque os optantes pelo regime antigo estariam excluídos dos aumentos salariais previstos para o regime de subsídio. Pediu-se, no que toca à omissão, a inclusão dos que não integram o novo regime nos reajustes salariais.

O STF entendeu que haveria possibilidade de pedidos subsidiários, um pedindo a extensão do benefício ao grupo não contemplado e o seguinte, a nulidade do diploma. O Relator esclareceu esse último fundamento nos seguintes termos: “O que varia, portanto, não é o fundamento do pedido, mas a consequência de seu eventual acolhimento. O

---

<sup>91</sup> ADI nº 875, p.17.

<sup>92</sup> ADI nº 4.079, Rel. Min. Roberto Barroso, j.26.02.2015.

objeto do controle e a alegada causa de sua inconstitucionalidade são os mesmos.”<sup>93</sup>

A ADI nº 875 foi citada posteriormente, na ADI nº 4.650 <sup>94</sup>, interpretando-a como se a Corte tivesse reconhecido a fungibilidade entre a ADI e a ADO. Na realidade, acredito que essa fungibilidade só foi aceita em algumas hipóteses definidas, sem prejuízo, é verdade, de novas serem reconhecidas a depender do caso concreto. De qualquer modo, não se trata de uma fungibilidade absoluta e irrestrita, mas que depende da superação do ônus argumentativo de cada caso.

---

<sup>93</sup> ADI nº 4079, p.31.

<sup>94</sup> Rel. Min. Luis Fux, j.17.09.2015.



## **4. Efeitos Jurídicos da ADO**

Esta seção pretende realizar uma descrição dos efeitos jurídicos que os Ministros atribuíram à ADO. No início, esses efeitos seguiam a literalidade do artigo 103, §2º<sup>95</sup> da Constituição para restringirem-se a dar ciência ao órgão omissor da mora inconstitucional.

Posteriormente, com o crescimento da insatisfação com a falta de efetividade das decisões do Tribunal, elas se tornaram mais concretistas. Essa postura concretista é a possibilidade de anulação de normas parcialmente omissas e, no limite, de transferir a competência normativa do órgão omissor para outro órgão público com pertinência temática para que a norma constitucionalmente obrigatória seja produzida.

### **4.1. Interpretação restritiva: cientificação da mora**

Já no primeiro caso de ADO cujo mérito foi julgado pelo Pleno da Corte, a MC ADI nº 361<sup>96</sup>, enfrentou-se a questão da possibilidade de suprimimento da norma omissa por provimento jurisdicional.

No caso, o proponente pediu que o STF declarasse a omissão do Executivo em regulamentar a Lei nº 8.001/90, que previa a compensação financeira do ente federado no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, conforme dever de normatizar do artigo 20, §1º da Constituição<sup>97</sup>. Até que a regulamentação da lei fosse efetivada, o proponente solicitou ao STF que concedesse uma liminar para antecipar os efeitos jurídicos da lei promulgada “para que não prospere no tempo o confronto institucional, uma vez que insiste o Chefe do Poder Executivo em não respeitar a vontade

---

<sup>95</sup> “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”.

<sup>96</sup> Rel. Min. Marco Aurélio, j.05.10.1990.

<sup>97</sup> “É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração”.

do Poder Legislativo, recompondo-se o quanto antes a ordem jurídica democrática”<sup>98</sup>.

Na realidade, tratava-se de uma situação relativamente restrita. Como o pedido havia sido feito em sede cautelar, não se precisaria refletir sobre a juridicidade da colmatação da lacuna inconstitucional em sede de mérito. Ainda assim, os Ministros sedimentaram unanimemente a impossibilidade do afastamento da omissão pelo Supremo justamente pelo fundamento de que tal afastamento seria juridicamente impossível para o mérito e, por consequência, também para a cautelar.

Outra reflexão dos Ministros, mesmo que marginal, foi a tentativa de definir os efeitos da ADO por contraste em relação ao MI. Como ambos são instrumentos de combate à omissão inconstitucional, os Tribunal observou que seria impossível que tivessem a mesma hipótese de incidência (a omissão) e os mesmo efeitos jurídicos. Se a Constituição restringiu o rol de legitimados para a ação de controle concentrado, tanto maior razão para que houvesse diferença nas consequências da ADO. Portanto, como o MI acarretaria o suprimento da norma faltante *inter partes*, a ADO, por ser *erga omnes*, deveria apenas indicar a existência de uma omissão inconstitucional.

É verdade que essa interpretação concretista do MI, de início, não foi adotada pelo STF. Entretanto, em um primeiro momento, a comparação com o MI era utilizada não para aproximar as regras concernentes a cada instituto, mas para buscar distinções que o texto constitucional supostamente teria estabelecido entre eles. De todo modo, consignou-se uma interpretação literal do art. 103, §2º, proibitiva de qualquer inovação que fugisse da declaração de ciência ao órgão competente pela purgação da mora inconstitucional, que perduraria por décadas.

Embora fosse pacífico que o suprimento da omissão pelo próprio Tribunal seria incabível, tanto em sede de liminar quanto em decisão definitiva, havia dúvida sobre a possibilidade de colmatar a lacuna após o

---

<sup>98</sup> MC ADI nº 361, p.3.

desrespeito de um prazo fixado pelo STF. Na MC ADI nº 529<sup>99</sup>, sobre a inconstitucionalidade por omissão parcial de um reajuste salarial para os militares, o Relator, o Ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu a possibilidade dessa discussão, no mérito, ao invés de entendê-la como juridicamente impossível de pronto. Isso porque, essa colmatação poderia ser uma espécie de sanção jurídica pelo desrespeito de uma ordem mandamental da Corte.

Considerando essa interpretação restritiva, parece haver inquietações quanto a uma possível baixa relevância jurídica da ADO, especialmente devido a pronunciamentos de Ministros preocupados com a possibilidade de flagrante descumprimento das decisões que remontam aos primeiros julgamentos no Pleno. Há pronunciamentos de alguns Ministros<sup>100</sup>, se lamentando da impossibilidade de fazer mais do que o envio da declaração de mora para o órgão competente, vislumbrando outras possibilidades de decisão que seriam tutelas jurídicas “mais efetivas e satisfatórias”<sup>101</sup>.

Uma hipótese de efeito para a ADO era o estabelecimento formal de um estado de omissão inconstitucional, que ensejaria o ajuizamento posterior de MIs, estes sim quiçá com possibilidade de colmatar a lacuna normativa posta. Esse entendimento se baliza na ideia de diferenciação constitucional dos institutos de combate à omissão inconstitucional, criando um sistema de suprimento da lacuna inconstitucional. A ADO constituiria a mora *erga omnes* e cada interessado, individualmente, poderia pleitear a satisfação de seu direito prejudicado pela ausência de norma regulamentadora, sem ter de provar novamente a situação de mora legislativa.

Outra decorrência dessa interpretação literal é o indeferimento de diversos pedidos de fixação de prazo ao Legislativo, por entender que essa fixação só seria possível em se tratando de órgão administrativo, no exercício de função administrativa. Mesmo ao Presidente da República, chefe da Administração, não se poderia determinar prazo para cumprimento

---

<sup>99</sup> Cf. seção 3.2.2. para os fatos do caso.

<sup>100</sup> Dentre eles, os Ministros Paulo Brossard e Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio na MC ADI nº 529.

<sup>101</sup> MC ADI nº 529, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.19.06.1991, p.19.

do dever de enviar projeto legislativo de sua competência privativa, pois se trata de atribuição legislativa, como delimitado na ADI nº 2.061<sup>102</sup>.

#### **4.2. Preocupações iniciais com a falta de eficácia dos pronunciamentos**

A preocupação com o descumprimento das decisões de ADO que geravam um dever de normatizar existe desde os primeiros julgamentos dessa temática, já em 1990. Isso pode ser observado na MC ADI nº 267<sup>103</sup>, em que houve polêmica acerca da concessão de uma liminar que suspenderia resolução do TSE com o objetivo de causar impasse para o Congresso.

Sinteticamente, o proponente apontou a necessidade de o Congresso corrigir a representação parlamentar por unidade da federação um ano antes das eleições, conforme o artigo 45, §1 da Constituição. Como não houve regramento novo, o TSE decidiu, para viabilizar a disputa eleitoral, emitir resolução reproduzindo as normas da eleição anterior. Durante o debate, nenhum Ministro questionou a omissão inconstitucional do Congresso; a controvérsia girou em torno da utilidade e correção de concessão do pedido liminar.

O Relator decidiu não suspender a resolução, pois esse provimento jurisdicional não geraria o resultado pretendido pelo proponente, isto é, o aumento do número de assentos no Parlamento para certos Estados. Para este, não estava em consideração o jogo político, o peso simbólico de determinada medida jurídica, mas tão somente a satisfação ou não do interesse jurídico do requerente.

Essa posição foi firmada mesmo em um contexto de alegada inércia intencional e política do Legislativo, patrocinada por Estados que, porque se beneficiavam da distorção de representação política, jamais permitiriam a emissão da lei complementar constitucionalmente exigida. Levada à última

---

<sup>102</sup> Rel. Min. Ilmar Galvão, j.25.04.2001, conferir 2.3 para fatos do caso.

<sup>103</sup> Rel. Min. Celso de Mello, j.25.10.1990.

hipótese, essa posição parece não dar solução jurídica alguma para a falta de edição de norma, quando essa falta decorre da própria intenção do legislador.

Em contrapartida, apontando para um evidente interesse dos atuais legisladores em nunca produzir essa correção, pois seriam os próprios beneficiários da distorção parlamentar, o Ministro Marco Aurélio levantou a possibilidade de concessão dessa liminar. Para ele, essa suspensão alteraria essa situação de comodismo dos deputados e senadores pois escancararia a omissão de um dever constitucional de legislar. Talvez com esse argumento, os representantes dos Estados subrepresentados pudessem constranger os outros parlamentares a aprovarem a medida constitucionalmente exigida. Esse provimento jurisdicional não extrapolaria os limites da competência do STF em sede de ADO, mas, ao mesmo tempo, pressionaria por uma ação do Legislativo. Seria uma forma de fazer suprir a omissão inconstitucional sem violar a separação de poderes.

Essa tese mais preocupada com prover efetividade ao pronunciamento do Tribunal não emplacou nesse caso. Acredito que uma primeira razão foi a divergência de concepção da função da ADO em relação ao legislador. A corrente dominante entendia a ADO com um objetivo puramente jurídico, tão somente de satisfazer a ordem jurídica objetiva ao notificar a mora inconstitucional. Já alguns outros Ministros vislumbravam adicionalmente um papel de incitar um diálogo institucional, às vezes criando problemas para o legislador para garantir o cumprimento dos mandamentos constitucionais.

Contudo, nesse caso, Ministros que costumavam manifestar receios de ignorância de suas decisões pelo legislador não se juntaram à corrente vencida, como os Ministros Carlos Velloso, Sydney Sanches e Paulo Brossard. Penso que isso se explicou por uma segunda razão, ligada ao caso concreto. Por se tratar de tema tão sensível quanto a realização de eleições em uma democracia bastante jovem, o peso de suspender o ato normativo que trazia segurança jurídica para o processo eleitoral era bastante alto. A preocupação com a ordem pública e a permanência da democracia podem

ter feito esses Ministros hesitarem em tomar uma decisão tão ousada. Esse receio se evidenciou por uma frase do Ministro Moreira Alves, debatendo com o Ministro Marco Aurélio: “Não podemos criar impasse pela liminar. A liminar existe para resolver impasse, não para cria-lo”<sup>104</sup>.

Esse desconforto com os efeitos jurídicos singelos da ADO transparece também em certos apelos aos líderes políticos feitos nos acórdãos. Destaca-se, como exemplo desses comentários, trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, na ADI nº 2.061<sup>105</sup>:

“Espero, porque confio no perfil democrático de Sua Excelência, que o Presidente da República, Professor Fernando Henrique Cardoso, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, do Órgão de cúpula do Poder Judiciário, certificando de forma clara, precisa, o ato omissivo, encaminhe o projeto, objetivando a revisão da remuneração dos servidores públicos. Com isso, as instituições demonstrarão à sociedade brasileira que estão funcionando, como é próprio no Estado Democrático de Direito”<sup>106</sup>.

Nota-se o reconhecimento da falta de coercitividade desse pronunciamento do Tribunal, já que a omissão apontada só seria sanada se o Presidente, por ato de livre e espontânea vontade, resolvesse fazê-lo. Há tentativa de revestir a decisão de um peso político de modo que, talvez pelo desenvolvimento de um costume de deferência para com o STF, se respeitasse as decisões em sede de ADO.

Portanto, em uma primeira fase de construção do instituto, os Ministros mostraram-se convictos do funcionamento dessa solução de compromisso, uma cooperação do Legislativo com o Executivo, inspirados por seu sucesso em outros países, notadamente a Alemanha.

---

<sup>104</sup> MC ADI nº 267, p.26.

<sup>105</sup> Rel. Min. Ilmar Galvão, j.25.04.2001.

<sup>106</sup> ADI nº 2.061, p.15.

### **4.3. Impossibilidade de liminar em ADO: construção jurisprudencial inconteste**

No estágio inicial de construção das primeiras teses sobre o instituto, o STF resistiu à ideia de pedido liminar em ADO. Isso porque como a consequência prevista pelo artigo 103, §2º é apenas a cientificação da mora ao Legislativo, não haveria quase qualquer possibilidade de provimento jurisdicional antecipado, pois eles extravasariam o próprio provimento de mérito. Segundo os Ministros, não se poderia aceitar que a tutela cautelar fosse mais gravosa que a decisão final. Tampouco seria possível a cientificação do órgão competente em sede de liminar, já que os efeitos declaratórios seriam antecipação indevida do provimento de mérito<sup>107</sup>.

Essa impossibilidade de concessão de liminar por um lado era considerada como vedação absoluta e, por outro, a impossibilidade era fundamentada conforme o caso concreto. Na maioria dos casos, a argumentação dos Ministros para não conceder a cautelar era bastante genérica, simplesmente citando julgados antigos e declarando não caber liminar em ADO. Apesar de uma tese jurídica de impossibilidade de liminar que identificava essa impossibilidade como essencialmente ligada com o instituto, o Tribunal cautelosamente considerava a hipótese de algum pedido cautelar não imaginado pelos Ministros ser pertinente.

Um comentário nesse sentido, feito de passagem nos debates da MC ADI nº 361<sup>108</sup> pelo Ministro Sepúlveda Pertence, foi a hipótese de tutela cautelar inibitória, como ocorre no MI. O Ministro disse o seguinte:

“Apenas deixo para exame, no momento adequado, a possibilidade de concessão de medidas cautelares inibitórias. No caso, realmente, o que se pretende é a antecipação de efeitos positivos da lei futura reclamada. Aí, como o eminente Relator, entendo-a inadmissível.”<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Cf. MC ADI nº 267 no item 2.2

<sup>108</sup> Rel. Min. Marco Aurélio, j.05.10.1990

<sup>109</sup> MC ADI nº 361, p.5

#### 4.3.1. Cumulação de pedidos em liminar

Outra hipótese controversa é a cumulação de pedidos de ADI por ação e ADO, com pedido de cautelar suspensiva de ato administrativo em desacordo com o dispositivo constitucional que contém um dever de normatizar. O caso concreto surgiu na MC ADI nº 267<sup>110</sup>, sobre o descumprimento do dever do Congresso de ajustar o número de deputados por Estado no ano anterior às eleições, segundo o art. 45, §1º da Constituição. Como havia um impasse eleitoral que precisava ser resolvido rapidamente, o Tribunal Superior Eleitoral emitiu ato administrativo que apenas mantinha o regramento da eleição anterior, que, segundo os proponentes, definiria uma proporção distorcida de parlamentares por unidade da federação.

Mesmo que a liminar tivesse sido feita em ADI por ação, arguindo o vício positivo da regulação do TSE, um contexto de omissão inconstitucional permeava o interesse jurídico do proponente. Isso porque tanto a cautelar suspensiva só se justificava com a constatação da omissão inconstitucional do Congresso quanto esse estado omissivo já havia sido declarado em um MI anterior<sup>111</sup>. Em decorrência dessa situação peculiar de omissão com pedido de inconstitucionalidade por comissão, duas posições formaram-se.

Entendimento dominante do Tribunal concluía pela não concessão da tutela provisória por ausência de interesse jurídico para isso. Se a finalidade da ação era corrigir a sub-representação parlamentar, o provimento cautelar seria inútil, pois a suspensão da resolução do TSE não teria correlação direta com esse pleito, que depende de lei complementar.

O Ministro Marco Aurélio divergiu, sustentando que haveria interesse jurídico para conceder a liminar em sede de ADI contra a Resolução para “revelar e ressaltar a omissão do Congresso Nacional”<sup>112</sup>. Em outras palavras, o Ministro vencido autorizou a concessão de liminar quando

---

<sup>110</sup> Rel. Min. Celso de Mello, j.25.10.1990

<sup>111</sup> MI nº 219, Rel. Min. Octavio Gallotti, j.22.08.1990

<sup>112</sup> MC ADI nº 267, p.20



verificada uma eficácia política, um peso simbólico que pudesse pressionar o legislador a satisfazer o direito jurídico pleiteado pelo proponente.

Essa impossibilidade jurisprudencial de liminar não foi apreciada outra vez desde 1999, ano de julgamento da última medida cautelar em ADO. Ocorre que, em 2009, sobreveio a Lei nº 12.063, que alterou a Lei nº 9.868/99 e previu expressamente a possibilidade de liminar em ADO na Seção II do Capítulo II-A.

#### **4.4. Medidas mais assertivas: anulação de norma para evitar omissão**

Em 2005, na ADI nº 3.276<sup>113</sup>, o Tribunal realizou medida mais assertiva do que jamais tinha feito em sede de ADO. No caso, o proponente questionava, em inconstitucionalidade por ação, duas normas da Constituição do Estado do Ceará relativas à composição do Tribunal de Contas do Estado. Elas permitiam que vagas que deveriam ser preenchidas por membro do Ministério Público de Contas e por auditor do TCE fossem escolhidas livremente pelo Governador, na hipótese de não haver nenhum funcionário dessas categorias. Ademais, uma omissão inconstitucional estaria configurada pelo TCE, que não encaminhava mensagem criando os respectivos cargos, favorecendo indevidamente o Governador. Essa inconstitucionalidade estaria também na lei orgânica do TCE e na Constituição do Estado, que não criava de imediato aqueles cargos.

Nessa ocasião, o STF determinou que é adequado anular normas transitórias, após passado tempo significativo, para “forçar o suprimento da omissão”<sup>114</sup> em emitir o regramento permanente pelo órgão legislativo competente. A Corte criou, assim, um impasse para que não persista situação inconstitucional. Essa tese leva em consideração uma interpretação teleológica da própria norma anulada uma vez que, em sua intenção de

---

<sup>113</sup> Rel. Min. Eros Grau, j.02.06.2005

<sup>114</sup> ADI nº 3.276, p.15

viger por período excepcional de duração reduzida, reside o fundamento jurídico para sua impugnação.

O Relator, em um primeiro momento, identificou a omissão absoluta, mas indeferiu o pedido de nulidade daquelas disposições. Importante ressaltar que ele não o fez segundo o argumento já consagrado pela Corte de lesão ao interesse jurídico objetivo esposado na própria norma constitucional que fundamenta a identificação da omissão<sup>115</sup>. Nesse caso, o fundamento utilizado foi a continuidade do serviço público de controle financeiro do TCE, balizando-se no princípio da segurança jurídica. O Relator rememorou a concepção já pronunciada em debates pretéritos do STF da desnecessidade de criar impasse por meio de controle de constitucionalidade omissivo. Portanto, ele se ateu ao modo tradicional de decisão da Corte, recorrendo a um apelo ao legislador para que a omissão fosse suprida.

Contudo, ao longo dos debates, formou-se corrente unânime entre os Ministros que identificou o tempo de duração da omissão inconstitucional e o reconhecimento de um conluio político cujo objetivo era a manutenção da situação transitória. Nessa linha, o Ministro Sepúlveda Pertence chamou atenção ao fato de que a Assembleia Legislativa optara por aprovar norma transitória da constituição estadual, procedimento mais complexo em termos de processo legislativo, do que a lei considerada faltante de criação dos cargos de auditor e procurador de contas.

Percebeu-se um interesse político dos deputados estaduais de eternizar os poderes amplos do Governador de indicar conselheiros ao TCE. Os Ministros entenderam que a única maneira de solucionar essa crise jurídica, essa violação da força normativa da Constituição, era por meio da atividade jurisdicional. Assim, optou-se por anular as normas da Constituição estadual, pois, conforme o Ministro Sepúlveda Pertence, “o legislador só costuma ouvir apelo quando se cria um problema”<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Cf. o desenvolvimento do critério do interesse objetivo no item 2.5

<sup>116</sup> ADI nº 3.276, p.16

Novamente, o posicionamento do Ministro Marco Aurélio é emblemático. Embora esse Ministro tivesse defendido, minoritariamente, anular normas para ressaltar a situação de omissão<sup>117</sup>, ele passou a manifestar adesão à tese do apelo ao legislador<sup>118</sup>. Nesse julgamento, contudo, ele fez o seguinte apontamento bastante crítico: “Fazer apelo, a esta altura? Não estamos na Suíça”<sup>119</sup>. O reconhecimento da insuficiência do apelo, se não justifica a ampliação dos poderes do Tribunal pelos próprios Ministros, pelo menos justifica a tomada de decisões mais assertivas, como a nulidade de norma transitória.

Essa perspectiva representou significativa quebra com o posicionamento anterior, fundado no apelo ao legislador, que enxergava a função da ADO como de cientificação dos poderes eminentemente políticos da necessidade de se produzir uma norma. Era uma tentativa quase de informar o debate político ou de persuadir os parlamentares usando o prestígio simbólico de um pronunciamento da Corte.

A medida tomada de anular uma norma transitória para pressionar o legislador a suprir a omissão inconstitucional não mais acredita na eficácia ou sequer no valor dessa atuação dialógica passiva; ela preconiza a tomada ativa de medidas impositivas pela Corte, que obriga os parlamentares a resolverem o impasse criado.

Esse julgado revela uma razão considerada pelos Ministros para mudar afastarem-se da concepção tradicional da ADO, que apenas cientificava o Legislativo da mora: a possibilidade de resolver crises jurídicas oriundas de incentivos fortes que as próprias forças políticas tenham para deixar de legislar.

Todavia, essa posição cética não autorizou a colmatação direta da omissão inconstitucional, já que isso era vedado sob o argumento da separação de poderes. Mesmo que o STF tentasse criar incentivos para fazer o órgão legislativo a legislar, os Ministros não cogitaram de emitir o

---

<sup>117</sup> Cf. a discussão da MC ADI nº267 no item 4.3.1

<sup>118</sup> Cf. o pronunciamento do Ministro Marco Aurélio na ADI 2061, discutida no item 4.2

<sup>119</sup> ADI nº 3.276, p.17

ato normativo eles próprios, junto à atividade jurisdicional, ou de transferir a competência para tanto para outro órgão do Poder Público.

#### **4.5. Prazo ao Legislativo**

Nesse contexto de progressiva assertividade das medidas do Tribunal, a primeira vez que se concedeu prazo ao Legislativo foi na ADI nº 3.682 em 2007, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Nessa ação, o requerente arguia o descumprimento do dever de legislar contido no art. 18, §4º<sup>120</sup>, relativo à criação de uma norma para a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, incluído pela Emenda Constitucional nº 15/96, que causava prejuízos às comunidades que desejavam emanciparem-se.

O STF não mencionou a extensa jurisprudência<sup>121</sup> que entendia isso ser incabível nem explicou porque decidiram incluir uma hipótese que não se encontrava na interpretação literal do art. 103, §2º, que não fala em prazo para dever de legislar, mas apenas para dever da Administração de emitir ato normativo.

O único argumento oferecido a título de fundamentação é trazido pelo Ministro Ayres Britto, não em seu voto, mas em um debate, sem haver concordância expressa por parte dos outros Ministros. Ele interpreta o artigo 103, §2º como restringindo ao órgão administrativo em mora não a possibilidade em si de ter prazo, mas a duração breve de 30 dias. Desse modo, para o órgão Legislativo, seria possível fixar prazo, desde que fosse superior a esses 30 dias.

---

<sup>120</sup> “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”.

<sup>121</sup> Exemplificativamente, MC ADI 529, ADI 2061 e Julgamento Conjunto das ADIs nº 2.512, 2.493, 2.491, 2.497, 2.520, 2.525, 2.517, 2.490, 2.481, 2.508, 2.486, 2.510, 2.492, 2.518, 2.516, 2.509, 2.496, 2.503, 2.524, 2.498, 2.511. Conferir item 4.1. para entender o contexto desse entendimento.

O Relator tomou bastante cautela em caracterizar esse prazo como um “prazo razoável”<sup>122</sup>. Interpretando essa expressão dentro do contexto do requisito para a omissão absoluta do prazo razoável<sup>123</sup> (decorso de tempo considerado suficiente desde a inclusão do dever de legislar incluído na Constituição), o Relator buscou fixar expressamente qual seria a quantidade temporal desse requisito, no caso de configuração de nova omissão absoluta.

É como uma indicação, uma sugestão do Tribunal sobre qual seria um tempo adequado para a deliberação do Legislativo, por isso não poderia gerar sanção em caso de descumprimento, mesmo que o Relator insista no caráter “mandamental”<sup>124</sup> do prazo. Essa questão é levantada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que levanta dúvidas no que toca às consequências jurídicas que poderão advir do descumprimento do prazo fixado<sup>125</sup>.

Com essa decisão, o Relator adotou uma postura mais proativa, propondo uma solução para o Legislativo, sem exigir seu cumprimento. Uma primeira razão para isso é um uso retórico com o objetivo de sinalizar para o legislador a relevância da edição dessa lei. Isso porque a ação *in concreto* tratava de dever de legislar norma que regulava a criação e desmembramento de Municípios. No mesmo dia, haviam sido julgadas ações que versavam sobre a nulidade de leis estaduais que criam ou desmembram Municípios na ausência dessa norma faltante. Assim, era um problema político de grandes proporções, que justificava uma tentativa mais ativa de persuadir o Congresso a legislar e que foi fundamental para a alteração da concepção de ADO por parte do STF.

Além disso, nessas ações sobre a nulidade de Municípios, o STF modulou os efeitos da decisão por 24 meses. Por isso, a fixação de um prazo razoável de 18 meses para que o Legislativo emita a lei complementar dialoga com aquela marcação temporal. O Relator fundamentou o número de 18 meses não por uma referência jurídico-

---

<sup>122</sup> ADI nº 3.682, p.35.

<sup>123</sup> Conferir item 2.2., em que se discute esse requisito da omissão inconstitucional absoluta.

<sup>124</sup> ADI nº 3.682, p.33.

<sup>125</sup> ADI nº 3.682, pp.44-45.

normativa, mas mencionou expressamente como parâmetro os 24 meses decididos nas ações julgadas anteriormente.

À luz dessa decisão em sede de ADO e outras em sede de MI (670, 708 e 712), o Tribunal relativizou a distinção de efeitos jurídicos entre ADI e ADO por omissão parcial no julgamento conjunto das ADIs nº 875, 2.727 e 3.243 e 1.987<sup>126</sup>. Anteriormente, a primeira era tida como necessariamente gerando a nulidade da norma atacada ou, no limite, de alguma interpretação corrente daquela norma, enquanto a segunda jamais poderia suspender o diploma impugnado<sup>127</sup>.

No caso, os proponentes afirmam que haveria omissão em regulamentar o disposto no art. 161, II<sup>128</sup> da Constituição já que os critérios da Lei Complementar nº 62/89, do Fundo de Participação dos Estados, não promoveriam o equilíbrio socioeconômico. As ações diretas por ação, por sua vez, atacam os coeficientes definidos pela lei, já que a permanência dos critérios de 1990 teria intenção apenas transitória, caso não sobreviesse lei que defina esses critérios objetivos de modo definitivo.

O STF entendeu, nesse contexto, que toda ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou por omissão, acarreta a suspensão do ato atacado. O Ministro Relator, ao apontar a relativa confusão entre a causa de pedir e os pedidos do caso concreto, expressou o seguinte entendimento quanto às ações diretas de inconstitucionalidade:

“A declaração de que o legislador não cumpriu, integralmente, dever constitucional de legislar contém, implícita, uma censura da própria normação positiva. A declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial do legislador (...) contém, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da própria lei. A imprecisa distinção entre ofensa constitucional por ação ou por omissão leva a uma relativização do

---

<sup>126</sup> Cf. item 2.6 para os fatos do caso.

<sup>127</sup> É verdade que, em alguns acórdãos, foi levantada incidentalmente uma hipótese de suspensão do ato atacado quando houvesse violação grave da isonomia. No entanto, essa hipótese nunca foi julgada ou discutida a fundo pela Corte, sendo considerada apenas *ad argumentandum*.

<sup>128</sup> “Cabe a lei complementar estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios”.

significado processual-constitucional desses instrumentos especiais (...)<sup>129</sup>.

Essa suspensão seria mitigada apenas em nome da segurança jurídica ou de algum interesse social, hipótese em que seria cabível a modulação de efeitos do artigo 27 da lei nº 9.869/99<sup>130</sup>, tanto para casos de ADI quanto de ADO. Dessa forma, embora a omissão parcial fosse mais sensível às hipóteses de modulação, não haveria óbice de invalidar uma norma por adimplemento parcial do dever constitucional de legislar, desde que superado o ônus argumentativo mais severo em termos de lesão à segurança jurídica para esse efeito jurídico.

Essa concepção separa, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade da nulidade do ato inconstitucional. Com efeito, as técnicas decisórias para cada tipo de ação não são mais estanques, mas um gradiente da ADO parcial menos lesiva ao ordenamento jurídico até a ADI na qual a preservação da norma praticamente não salvaguarda segurança jurídica ou interesse social de modo a decidir-se pela nulidade do dispositivo inconstitucional. O efeito comum da ADI e da ADO é a declaração de inconstitucionalidade; o diferente, maior incidência dos valores da segurança jurídica e interesse social para a segunda de modo que a anulação do ato atacado se justifica menos vezes.

Além disso, nesse julgamento, o STF novamente fixou prazo de 24 meses para a modulação de efeitos de uma decisão considerando o fato de ser ano eleitoral, que dificultaria a deliberação, e, por outro lado, de o Congresso já ter se organizado em questão de dias quando é de seu interesse. A data fixada foi pensada para conciliar com o ano fiscal, em razão da facilidade de se deliberar sobre a matéria em tela junto às disposições orçamentárias. Portanto, novamente razões políticas justificam

---

<sup>129</sup> ADI nº 875, p.16.

<sup>130</sup> “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

mudanças nas concepções acerca da ADO e questões específicas sobre a decisão da Corte.

Como mais uma mostra da preocupação com a inércia do Legislativo frente a decisões da Corte, o Ministro Cezar Peluso buscou consignar no dispositivo que, caso não se respeitasse o prazo para a modulação de 24 meses, a lei declarada inconstitucional ficaria sem efeito<sup>131</sup>. Segundo ele, isso aumentaria a pressão política à votação oportuna da nova lei. Os Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto, ainda apegados às soluções anteriores, indagaram se não seria mais adequado julgar a ação improcedente, mas apelando ao legislador quanto à necessidade de produzir nova lei. O Ministro Relator respondeu que os resultados até então desse apelo teriam sido insuficientes. Era o rechaço explícito à possibilidade de decisões meramente apelativas, sem qualquer força jurídica.

#### **4.6. Transferência de competência em caso de descumprimento de prazo pelo Legislativo**

O caso que trouxe novos desafios ao paradigma de decisões da Corte foi a ADI n 4.650<sup>132</sup>, em que se discutia a possibilidade de financiamento eleitoral por pessoas jurídicas. O proponente arguia a inconstitucionalidade das atuais regras de financiamento eleitoral, por violarem o princípio da isonomia na medida em que dão margem ao abuso de poder econômico.

Especificamente, foi determinado que, caso o Congresso não legislasse em 18 meses no que toca aos limites de financiamento de campanha de pessoa física, a competência para a produção do diploma normativo transferir-se-ia excepcionalmente ao TSE. A norma emitida pelo Tribunal seria invalidada tão logo sobreviesse lei federal.

O Relator enfrentou preliminar que sustentava a impossibilidade jurídica de tal pedido. Alegavam-se dois óbices à proposta: (i) o fato de se conferirem diretrizes materiais a serem seguidas pelo Congresso ao legislar

---

<sup>131</sup> ADI n° 875, p.78.

<sup>132</sup> Rel. Min. Luis Fux, j.17.09.2015.



e (ii) a delegação da competência normativa privativa do Legislativo para outro órgão.

Rebatendo a primeira crítica, ele afirmou que esse pedido configuraria “sentença aditiva de princípio”<sup>133</sup>, uma técnica utilizada em várias Cortes Constitucionais pela qual, além de dar prazo para legislar, já se indicam balizas normativas a serem seguidas pelo legislador. Mesmo que ela devesse ser utilizada com cautela frente à separação de poderes, não se poderia declará-la juridicamente impossível e fechar as portas para esse instrumento útil para a Corte em muitos casos. Segundo ele, essa técnica seria uma solução ideal para harmonizar a força normativa da Constituição com o princípio da separação de poderes. Haveria maior justificação para utilizar esse instituto quando a questão de fundo versasse sobre direitos fundamentais ou sobre o próprio processo de composição do Legislativo, como era o caso.

Quanto à transferência da competência para o TSE após o decurso do prazo, seria competência subsidiária e excepcional, que poderia ser revogada tão logo o Congresso decidisse legislar. Trata-se de uma matéria que tem “preferência de lei”<sup>134</sup>. Além disso, essa medida é um esforço para dotar de efetividade os pronunciamentos do STF, de modo que, idealmente, a competência excepcional sequer seria utilizada. Portanto, essa foi primeira vez em que o STF deferiu pedido de providência concreta na hipótese de descumprimento da mora legislativa identificada pela Corte.

Outra ação que utilizou a mesma técnica decisória foi a ADO nº 25<sup>135</sup>. O requerente sustentava que a lei complementar prevista pelo art. 91 do ADCT<sup>136</sup>, que definia os critérios de transferência dos recursos oriundos do ICMS para as Unidades da Federação, não teria sido promulgada, passados 13 anos de sua inclusão no texto constitucional, caracterizando omissão

---

<sup>133</sup> ADI 4650, p.29.

<sup>134</sup> ADI 4650, p.30.

<sup>135</sup> Rel. Min. Gilmar Mendes, j.30.11.2016.

<sup>136</sup> “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”.

inconstitucional. Essa omissão geraria prejuízos para os Estados exportadores porque houve ampla desoneração do ICMS para produtos destinados à exportação, sem a devida compensação prevista na lei complementar omissa.

O STF decidiu que houve omissão devido à perenização de um regramento transitório em detrimento do regramento definitivo definido por lei complementar. Decidiu-se não apenas pela cientificação da mora do Congresso Nacional, mas também pela fixação de um prazo de 12 meses para a purgação da mora e, caso esse prazo fosse descumprido, pela transferência da competência normativa para o Tribunal de Contas da União. A proposta foi adotada por uma maioria expressiva da Corte, vencidos apenas os Ministros Marco Aurélio, Carmen Lúcia e Teori Zavascki.

O Relator fundamentou sua decisão em instituto do Direito Constitucional alemão<sup>137</sup> segundo o qual a Corte Constitucional pode decidir acerca da execução de suas decisões. Nessas execuções, seria possível delegar competências de fiscalização ou de normatização para outros órgãos públicos, que, no exercício dessa atividade, representariam o próprio Tribunal Constitucional. Seria também permitido o estabelecimento de disposições transitórias diversas para normatizar a situação de inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal.

Apontou-se o uso dessa técnica em outras ações que não a ADO, tendo sido delegadas tarefas relativas à execução ao TRF-1 e ao CNJ<sup>138</sup> Isso seria a técnica apropriada para o *complex enforcement*, “o tipo de litígio no qual um segmento grande da realidade social é denunciado como ofensivo ao direito e transformado em ordens judiciais de fazer ou não fazer”<sup>139</sup>. Cabe ressaltar que a escolha do órgão para quem se delega tarefas nesse

---

<sup>137</sup> §35 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional alemão: “O *Bundesverfassungsgericht* pode estabelecer, em suas decisões, quem deve executá-las; também pode, no caso específico, definir o modo como será a execução”.

<sup>138</sup> Cf. QO ADI nº 4.357 e 4.425, Pet nº 3.388, RE nº 641.320, conforme citadas pelo Relator.

<sup>139</sup> SARGENTISCH, Lewis. *Complex Enforcement*, disponível em: [isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic1134127.files/March](https://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic1134127.files/March), citado pelo Ministro Gilmar Mendes na p.46 da ADO nº 25.

tipo de execução deve-se observar a pertinência temática da tarefa com as competências ordinárias desses órgãos.

Contudo, houve a formação de uma corrente divergente no Tribunal, acerca inclusive da compreensão da relação do STF com o Congresso, com destaque para o voto do Ministro Teori Zavascki. Para o Ministro, na deliberação de ADO, a Corte deve levar em consideração “as razões pelas quais o Parlamento não legislou a respeito”<sup>140</sup>. Ele entende que se deve respeitar a incapacidade de formar consensos imediatos para que se fomente o debate legislativo. Aduz que a fixação de prazo já com medida concretista, a transferência de competência, inibe esse debate, enquanto o prazo com posterior avaliação de qual é o desempenho do Congresso permite que não se imponha medida coercitiva se se entender razoável o andamento do projeto de lei. Em sua opinião, melhor seria esperar o eventual descumprimento de prazo pelo Legislativo para que, posteriormente, o Tribunal decidisse a melhor medida a ser tomada para dar efetividade a sua decisão.

Os Ministros também refletiram acerca da textualidade do artigo 103, §2º, fundamento principal para a interpretação restritiva dos efeitos da ADO adotada por bastantes anos anteriormente. O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a delegação extraordinária de competências normativas a um órgão violaria menos a textualidade do art. 103, §2º, do que a fixação de prazo ao Legislativo. Seria medida, a um só tempo, menos transgressora da literalidade constitucional e mais eficiente em termos de rapidez da promulgação da norma exigida.

Por outro lado, preocupado com a resistência textual à proposta concretista da Corte, o Ministro Roberto Barroso propõe, como critério para afastar a textualidade do artigo 103, §2º, sobre a fixação de prazo, a existência de violação a direito subjetivo em decorrência da omissão inconstitucional. Essas considerações, contudo, não foram adotadas na fundamentação da maior parte dos votos dos Ministros, de modo que o

---

<sup>140</sup> ADO 25, p.88.

argumento definitivo para interpretar a inconstitucionalidade por omissão fora da literalidade do art. 103, §2º, ainda não foi explicitado.

Finalmente, cabe pontuar a mudança de concepção dos Ministros em relação à interpretação sistemática do controle de constitucionalidade por omissão, a ADO e o MI. Nessas ações, os Ministros recorreram ao MI para aplicar soluções semelhantes à ADO, pois são institutos complementares e semelhantes. Eles fizeram isso na justificação da superação de uma interpretação literal para um conjunto de medidas decisórias criativas, fazendo alusão à possibilidade de MI de colmatar a lacuna inconstitucional por meio de liminar.

#### **4.7. Colmatação de lacuna imediata e interpretação conforme em ADO**

O mais recente julgado de ADO foi a ADO nº 26<sup>141</sup>, em que se discutiu a necessidade de tutela penal para a homofobia e transfobia, assim entendidos como crimes de ódio perpetrados contra integrantes da comunidade LGBT por sua orientação sexual ou identidade de gênero<sup>142</sup>.

O requerente, nessa ação direta, realizou dois apontamentos de omissão. A primeira foi a omissão absoluta do Congresso em produzir norma que tutelasse penalmente os crimes contra LGBTs, entendendo que isso violaria o dever de legislar contido no art. 5º, XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”).

A segunda foi a omissão parcial da Lei nº 7.716/89 que, ao estabelecer tutela penal para o conceito de racismo, deixou de fora os LGBTs. De acordo com o partido proponente, a noção de racismo não seria limitada às características biológicas ou étnicas de um grupo, conforme julgado da

---

<sup>141</sup> Rel. Min. Celso de Mello, j.13.06.2019.

<sup>142</sup> Ao consultar ao STF, no dia 15/10/2019, o inteiro teor do acórdão não havia sido publicado. Contudo, considerando que já houve publicação oficial do voto do Relator, da ementa e do dispositivo do acórdão e que, como consta deste documento, o Tribunal decidiu nos termos do voto do Relator, acredito que há substrato suficiente para analisar o caso. Cabe, todavia, fazer a ressalva de que não se está presente às diversas nuances e debates entre os Ministros, bem como não há a possibilidade de examinar os fundamentos da corrente vencida.

Corte<sup>143</sup>, mas englobaria também todo segmento social identificável que sofresse opressão, de modo que a exclusão dos LGBTs seria indevida quebra da isonomia.

Os pedidos visavam a solucionar ambas as crises jurídicas de uma só vez e estavam concatenados de modo subsidiário. Pediu-se, em primeiro lugar, a utilização da técnica da interpretação conforme à Constituição para incluir, nos tipos penais já existentes da Lei nº 7.716/89, as agressões contra LGBTs em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Em segundo lugar, requereu-se a produção jurisdicional de norma regulamentadora, com “superação, excepcionalmente, do princípio da anterioridade penal”<sup>144</sup> e da reserva de lei.

Há diferenças entre esses pedidos em termos de previsão legal do provimento jurisdicional. A técnica da interpretação conforme já é amplamente utilizada nas ações diretas por ação e declaratórias de constitucionalidade. Na Lei nº 9.868/99, há menção a ela no artigo 28 parágrafo único<sup>145</sup>, que também se aplica à ADO por força do artigo 12-H, §2º<sup>146</sup>. Embora sua utilização seja rara e inusitada para resolver crises jurídicas típicas de omissão inconstitucional, nada impediria a utilização dessa técnica decisória para esse tipo de ação, expressamente prevista na lei. Já a colmatação jurisdicional da norma faltante não possui qualquer permissão expressa em sede de ADO, apenas na lei do mandado de injunção, classe processual bastante diferente por não ser de controle abstrato de constitucionalidade.

Não por outra razão, o Relator já rechaçou esse último pedido nos primeiros capítulos do voto, analisando o pedido subsidiário antes do principal. Essa inversão da ordem lógica da fundamentação se justifica, possivelmente, pela importância atribuída pelo Relator em firmar posição

---

<sup>143</sup> Cf. o HC nº 82.424, o notório caso Ellwanger.

<sup>144</sup> Cf. p.6 do Voto do Relator na ADO 26.

<sup>145</sup> A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive **a interpretação conforme a Constituição** e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (grifo meu).

<sup>146</sup> “Aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei”.

contrária a esse tipo de técnica decisória. O Ministro Celso de Mello, a propósito, disse o seguinte:

“Isso significa, portanto, que somente lei interna pode qualificar-se, constitucionalmente, como a **única fonte formal direta** legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação penal, com a consequente exclusão de qualquer outra fonte formal, como os provimentos de índole jurisdicional”<sup>147</sup>

Para ele, é impossível a colmatação da norma faltante por via jurisdicional pelo argumento da violação à separação de poderes. Essa separação de poderes seria ainda mais violada pela reserva de lei que, em Direito Penal, é um valor ainda mais relevante. No conflito entre a tutela de direitos fundamentais, mesmo os ligados à própria manifestação da personalidade e à integridade física, e a separação de poderes em matéria penal, este valor constitucional deve prevalecer. Desse modo, o Relator considera que a função de legislador positivo é inadequada para o Judiciário, mesmo quando ele reconhece que se trata de situações-limite de grave lesão a direitos.

Ele proveu, na realidade, o pedido de interpretação conforme pelos fundamentos aduzidos pelo requerente. Para ele, essa técnica seria uma maneira de solucionar a falta de efetividade que as decisões que simplesmente cientificam a mora do Legislativo e fixam-lhe prazo, sem violar a repartição de competências constitucionais. Cabe citar passagem do voto em que se explicitou tal preocupação, já bastante comum na Corte:

“O mero apelo ao legislador, no entanto, nem sempre se tem demonstrado solução eficaz, quando não inócua, em razão da indiferença revelada pelo Poder Legislativo, que persiste, não obstante a decisão emanada desta Corte, em permanecer em estado de crônico e reiterado inadimplemento da prestação legislativa que lhe incumbe promover”<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Cf. p. 29 do Voto do Relator na ADO 26.

<sup>148</sup> Cf. pp.65-66 do Voto do Relator da ADO 26.

Ele fez questão de pontuar, em diversas passagens do voto, a diferença significativa entre o uso de técnicas interpretativas, mesmo a interpretação extensiva do tipo penal, da produção normativa propriamente dita. Inclusive, o Relator afastou expressamente a ideia de que essa decisão seria uma sentença aditiva de princípio.

Isso porque “um dos pressupostos para que seja legitimamente proferida uma decisão de perfil aditivo consiste na impossibilidade de o Tribunal resolver a controvérsia jurídica mediante emprego do método da interpretação conforme à Constituição”<sup>149</sup>. Há uma espécie de subsidiariedade ou proporcionalidade, na qual a medida mais concretista só é devida se não se puder prover tutela jurisdicional adequada por meios menos assertivos e excepcionais.

Todavia, apesar do uso da interpretação conforme, houve o condicionamento da eficácia da interpretação ao momento em que “sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos no art. 5º, LXI e LXII”<sup>150</sup>. Ora, se há uma subsunção interpretativa, se não há qualquer traço de criação normativa, não é possível que uma decisão declaratória tenha sua eficácia submetida a um evento futuro, pois aquele conteúdo normativo *já estava contido* na ordem jurídica.

Portanto, permitir que essa interpretação conforme tenha sua eficácia condicionada à produção de nova norma, aproxima-se da criação de uma nova norma jurídica mesmo sem o exercício de função legislativa positiva por meio de provimento jurisdicional.

---

<sup>149</sup> Cf. p. 100 do Voto do Relator na ADO 26.

<sup>150</sup> Cf. p.154 do Voto do Relator na ADO 26.

## **5. Considerações Finais**

Em termos de construção jurisprudencial da ADO, o STF se ateu aos critérios fixados nos primeiros julgados para definir os requisitos para a ocorrência da omissão inconstitucional. Ele adicionou a hipótese da inconstitucionalidade superveniente<sup>151</sup> para resolver problemas que só poderiam surgir após algumas décadas da promulgação da Constituição, mas sem contrariar os critérios jurisprudencialmente estabelecidos. Há, portanto, uma linha coerente da Corte, que foi consideravelmente aperfeiçoada sem abandonar as premissas principais. Identifico duas modalidades de omissão utilizadas pelo STF: a omissão absoluta ou total e a omissão relativa ou parcial.

Por outro lado, a construção jurisprudencial da Corte em relação aos efeitos jurídicos da ADO partiu de uma interpretação literal de mera cientificação da mora inconstitucional ao órgão competente para a produção da norma para a determinação de prazos próprios para o cumprimento do dever de normatizar sob pena da transferência daquela competência normativa para outro órgão público com pertinência temática àquela questão.

### **5.1. Omissão Absoluta**

Para a omissão absoluta, faz-se necessária a identificação de um dever de normatizar em um preceito constitucional de eficácia limitada, isto é, o mandamento constitucional de produção de um ato normativo específico. Esse mandamento pode vir acompanhado de exigências materiais mais restritivas, que delimitam o âmbito de ação do legislador, ou apenas exigir um ato normativo que verse sobre determinado tema, sem estabelecer qualquer orientação no trato da matéria.

Os dispositivos constitucionais de que o STF extrai esse dever são expressos, quando ele é atribuído ao legislador, contendo expressões como

---

<sup>151</sup> Cf. seção 2.6 desta monografia.



'a lei disporá', 'estabelecido por lei complementar' e 'nos termos da lei'. Assim, a mora legislativa inconstitucional, objeto mais frequente em sede de ADO, não pode observar a extração de deveres de legislar implícitos, conforme os argumentos proferidos pelos Ministros ao longo das ADOs, mesmo que suportados por uma argumentação principiológica<sup>152153</sup>.

No caso de avaliação da mora administrativa, admite-se a extração de deveres de normatizar de preceitos não expressos. Isso foi consignado na ADI nº 1.698, no controle de constitucionalidade por omissão de políticas públicas, em que, diante de uma meta programática constitucionalmente estabelecida, a Corte entendeu cabível examinar se há normas destinadas a atingir esse resultado e se essas normas estão sendo bem sucedidas. Assim, a omissão absoluta administrativa pode ser fundamentada tanto em um dispositivo constitucional explícito quanto em uma norma constitucional programática.

Além do dever de normatizar, deve-se verificar se há a efetiva ausência da norma constitucionalmente obrigatória. Mesmo que a norma não tenha sido produzida pelo órgão a que a Constituição dirige o comando normativo, o STF considera que outros regramentos, mesmo de entidades não estatais, podem suprir a omissão. Assim, não se trata de adotar uma perspectiva subjetiva, de descumprimento de um dever por parte de um órgão público, mas de analisar se há um vácuo normativo no ordenamento como um todo.

No início, não havia uma definição precisa de se a omissão, legislativa ou administrativa, se referia à existência de projetos de lei em trâmite no Legislativo ou à efetiva vigência do conteúdo normativo constitucionalmente requerido. O STF decidiu, na ADI nº 3.682 em 2007, que a excessiva

---

<sup>152</sup> Somente a ADI nº 4.650 desrespeitou essa vedação, retirando um dever de legislar preciso, inclusive com conteúdo material bastante restritivo, dos princípios indeterminados da soberania e da democracia. Contudo, especialmente considerando que nessa ação houve desrespeito a outros critérios utilizados pela Corte, essa postura não deve prevalecer nos julgados seguintes, como não foi utilizada no caso posterior à ADI nº 4.650, a ADO nº 26. Neste último caso, o STF balizou-se em dois artigos expressos, os artigos 5º, XLI e XLII.

demora na deliberação e discussão dos projetos, a *inertia deliberandi*, também é causa para a omissão absoluta. Desse modo, salvo naquelas hipóteses em que o dever constitucional refere-se apenas ao envio do projeto pelo Chefe do Executivo, a omissão só se sana com a aprovação da norma que a Constituição demanda.

Um terceiro elemento para a configuração da omissão absoluta é o decurso de certo prazo a contar da promulgação da norma constitucional que contenha o dever de normatizar. Em caso de emendas constitucionais, esse prazo será reiniciado se houver alteração substancial em um dever de normatizar preexistente no texto constitucional. Desse modo, a omissão inconstitucional não se opera de pleno direito, no momento imediato em que surge o dever de normatizar.

Quando não há um prazo certo estabelecido pela Constituição, o STF recorre a um prazo razoável para avaliar a existência da omissão absoluta. Além do tempo transposto desde a inclusão da norma constitucional que contenha o dever de legislar, o Tribunal considerou outros fatores que exigem a normatização em um tempo mais exíguo. Eles foram tanto a lesão a direito subjetivo decorrente da falta de norma constitucionalmente obrigatória quanto a ocorrência de vontade deliberada de não produzir essa norma, normalmente oriunda de interesses político-partidários. Nesses casos, haverá menor tolerância com a demora em produzir certa norma.

Em suma, a omissão absoluta ou total é a inconstitucionalidade que ocorre quando há um dever de normatizar extraído de um dispositivo constitucional, expresso no caso de lei, cuja norma exigida ainda não está vigente no ordenamento, mesmo após a passagem de um prazo, fixado pela Constituição ou considerado razoável para a deliberação sobre a matéria.

## **5.2. Omissão Relativa**

Já a omissão relativa ou parcial pressupõe um dever de normatizar constitucional e, ao invés do vácuo normativo da omissão total, a existência

de um ato normativo que cumpra parcialmente esse dever. O STF entendeu que esse cumprimento parcial é aferido por meio da identificação do interesse jurídico objetivo, um valor jurídico ínsito a cada dever de normatizar. Assim, a omissão parcial é aferida pela constatação de que a lei parcialmente omissa fomenta esse valor, mesmo que não de maneira plenamente adequada.

Com essa definição, o STF distinguiu a inconstitucionalidade omissiva parcial da inconstitucionalidade comissiva. Se o ato normativo em tela favorece a consecução desse interesse jurídico objetivo em comparação ao regime normativo que vigorava antes de sua promulgação, ele deve ser considerado parcialmente omissivo. Por outro lado, se ele fere ou contraria esse interesse, haverá inconstitucionalidade comissiva.

Com base nesses parâmetros, o STF deparou-se com casos frequentes de omissão parcial, que constituem modalidades da concepção mais ampla de norma que favoreça um interesse jurídico objetivo de maneira imperfeita. A primeira é a omissão por insuficiência, ou seja, a previsão de valor demasiado pequeno para a realização do que ele se destina, seja benefício previdenciário, seja salário-mínimo. Assim, norma que pretenda concretizar as prestações positivas do Estado deve fazer-lo prevendo montante suficiente sob pena de inconstitucionalidade omissiva.

Outra forma típica de omissão parcial é a omissão por quebra da isonomia, que ocorre quando determinado grupo de pessoas é indevidamente excluído do âmbito de incidência de determinada norma. Toda diferenciação na aplicação de regimes jurídicos gera um ônus argumentativo passível de ser avaliado pelo STF, já que a regra geral do sistema jurídico é a igualdade de tratamento em todo diploma legislativo.

Finalmente, a Corte desenvolveu a noção de inconstitucionalidade superveniente, na qual uma norma que era constitucional no momento de promulgação se torna inconstitucional com a passagem do tempo.

Essa inconstitucionalização da norma pode ocorrer porque essa norma tinha intenção de vigor apenas transitoriamente e está se

perenizando, impedindo que o regramento definitivo sobrevenha. Assim, passado um prazo razoável, a manutenção dessa norma transitória já não é inteiramente conforme com o interesse jurídico objetivo tutelado pelo dever de normatizar, pois ele pretendia que houvesse outro regramento com conteúdo distinto, a saber, a norma definitiva.

A segunda possibilidade de inconstitucionalidade superveniente é a incompatibilidade entre a norma e a situação social que ela pretende regular devido à alteração das circunstâncias fáticas dessa relação social. Nesse caso, o dever de normatizar conteria, implícito a ele, um comando de atualização constante do regramento que ele preconiza a fim de permitir a consecução de seu interesse jurídico objetivo. Isso ocorre, por exemplo, no caso de leis que fixam critérios para transferência de recursos públicos visando a diminuir desigualdades regionais, já que, passadas décadas de sua promulgação, os Estados mais necessitados poderão já não ser os mesmos.

Portanto, a omissão relativa ou parcial é a insuficiente ou desigual realização do interesse jurídico objetivo ínsito a um dever de normatizar constitucional, que, apesar disso, favorece em porção superior a consecução desse interesse em comparação ao regime jurídico anterior.

### **5.3. Efeitos Jurídicos da omissão inconstitucional**

Desde o início, os Ministros depararam-se com o dilema entre a efetividade das decisões em sede de ação direta de omissão e o respeito à arquitetura institucional da separação de poderes. Esse desconforto com o desrespeito das decisões que simplesmente constituíam em mora por parte dos legisladores foi essencial para a concepção de que cabia ao Tribunal postura mais assertiva para fazer valer a força normativa da Constituição.

Em um primeiro momento, o STF conferia como consequência para o provimento da ADO, para omissão absoluta e relativa, a cientificação de mora do poder competente, com atribuição de prazo de 30 dias apenas se o órgão em mora fosse administrativo.

A compreensão institucional da Corte que fundamentava essa interpretação era a crença na deferência dos legisladores para com o STF. Apesar de algumas considerações críticas, os Ministros acreditavam de modo geral que a decisão simbólica da ADO seria suficiente para provocar os parlamentares a cumprirem o mandamento constitucional, mesmo com a ausência de qualquer sanção no caso de desrespeito.

A adoção de posturas mais proativas por parte do STF realizou-se quando o tribunal teve de enfrentar problemas marcados por fortes interesses políticos. Em um primeiro julgado<sup>154</sup>, os Ministros reconheceram uma intenção deliberada dos deputados estaduais em manterem um regramento provisório e, assim, jamais cumprirem o dever de normatizar relativo à norma definitiva. Diante desse impasse, foi decidido que anular aquela norma provisória seria a única maneira de provocar aqueles parlamentares a cumprirem os mandamentos constitucionais.

A prática de atribuir prazo para o Legislativo cumprir a decisão da Corte também surgiu na solução de controvérsia de cunho político. Com a demora do Congresso Nacional em produzir norma que permitiria a criação e fusão de Municípios, foi superado o entendimento de que a Constituição só autorizaria a determinação de prazo para a mora administrativa<sup>155</sup>. Esse prazo, por ora, foi entendido apenas como uma determinação do que seria o prazo razoável para essa matéria, não como um período depois do qual seria cominada uma sanção ao órgão competente pela edição da norma devida.

Posteriormente, entendeu-se pela possibilidade de anulação da norma não apenas em caso de inconstitucionalidade positiva, como estava consolidado na jurisprudência, mas também no caso de inconstitucionalidade omissiva. Isso porque, com o advento da modulação de efeitos, toda norma inconstitucional passou a ter a possibilidade de manutenção de sua vigência, desde que isso fosse produtivo para a segurança jurídica ou o interesse social. Esse instituto contrasta com os

---

<sup>154</sup> ADI nº 3.276, Rel. Min. Eros Grau, j.02.06.2005, cf. seção 4.4 para os fatos do caso.

<sup>155</sup> ADI nº 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, j.09.05.2007, cf. seção 4.5. para os fatos do caso.

efeitos jurídicos anteriores, segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade comissiva gerava necessariamente a declaração de nulidade daquela norma, enquanto a inconstitucionalidade omissiva nunca poderia acarretar a anulação do ato omissivo.

Assim, com essa nova compreensão, a norma parcialmente omissa normalmente teria sua vigência mantida não porque havia uma peculiaridade ontológica desse tipo de inconstitucionalidade, mas porque, considerando o interesse jurídico objetivo subjacente ao dever de normatizar em discussão, essa manutenção resguardaria valores constitucionais. Nada obstaría, entretanto, que, em um caso concreto, a omissão fosse tão gravosa que justificasse a imediata nulidade do ato normativo em questão. A principal alteração desse entendimento está em afastar a possibilidade de declarações de inconstitucionalidade sem força jurídica, o que ocorria anteriormente com a omissão inconstitucional sem a alternativa da sanção de nulidade para o diploma impugnado.

Finalmente, a última mudança no que toca aos efeitos jurídicos da ADO foi tornar aquele prazo ao Legislativo acompanhado de uma sanção por seu descumprimento. Isso foi realizado segundo a técnica de transferência de competência, isto é, a atribuição de competência excepcional e precária a um outro órgão público que tenha pertinência temática com a matéria a ser normatizada. Desse modo, no próprio dispositivo do acórdão que declara a inconstitucionalidade por omissão, já se indica o órgão que poderá emitir a norma devida em caso de desrespeito do prazo determinado pela Corte.

Um exemplo dessa técnica de transferência de competência ocorreu na ADO nº 25 em 2016. O STF declarou a mora do Congresso em emitir a lei complementar referida pelo artigo 94 do ADCT, fixando um prazo de 12 meses para o suprimento da omissão pelo Legislativo. A Corte determinou, além disso, que, em caso de desrespeito desse prazo, o TCU teria a competência normativa para emitir a norma faltante, até que sobreviesse a lei complementar, revogando a norma produzida pela Corte de Contas.

O STF entendeu que essa seria a solução mais harmônica entre a defesa da Constituição e a separação de poderes, pois, mesmo que essa competência extraordinária tenha sido usada, a norma produzida pelo órgão competente revogaria a norma produzida em sede de transferência. Portanto, não haveria usurpação de competência, mas apenas a existência de um regramento provisório, porque constitucionalmente obrigatório. Essa medida concretista, inclusive, teve sua natureza subsidiária reconhecida, ou seja, ela só é devida quando nenhum outro provimento jurisdicional menos gravoso puder resolver a crise jurídica em discussão.

Ao contrário da evolução jurisprudencial do MI, o STF jamais reconheceu a possibilidade de colmatação jurisdicional da norma faltante no controle de constitucionalidade abstrato. Nem mesmo na ADO nº 26, que reconheceu a criminalização da homofobia sem constar expressamente de lei penal, houve a criação de norma pelo Judiciário.

Esse provimento jurisdicional seria agir como legislador positivo, algo inadequado no nosso modelo de separação de poderes. Portanto, ao longo da construção jurisprudencial da ADO, houve uma recompreensão do sentido jurídico da separação de poderes, que, em controle abstrato de constitucionalidade, autoriza a transferência de competência e a nulidade do ato impugnado, mas não se coaduna com o suprimento da norma faltante, quer *inter partes*, quer *erga omnes*.

## Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 312-314.

BATOCHIO, Ligia Lamana. *A Interpretação do STF quanto aos Efeitos da Decisão no Mandado de Injunção*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2007. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/publication/a-interpretacao-do-stf-quanto-aos-efeitos-da-decisao-no-mandado-de-injuncao/> . Acesso em:13.10.2019

CHAN, William Guang Yu Lopes. *O Reconhecimento da Omissão Legislativa Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal: a atuação do STF em relação ao instituto do Mandado de Injunção*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2009. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/publication/o-reconhecimento-da-omissao-legislativa-inconstitucional-pelo-supremo-tribunal-federal-a-atuacao-do-stf-em-relacao-ao-instituto-do-mandado-de-injuncao/>. Acesso em: 13.10.2019

DENARI, Karina. *Democracia e Diálogo Institucional*. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

DIMOULIS, Dmitri. *Curso de Processo Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 139

ESTEVES, Bruna de Bem. *O que Mudou no Entendimento do STF a Respeito dos Efeitos do Mandado de Injunção? Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2009. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/publication/o-que-mudou-no-entendimento-do-stf-a-respeito-dos-efeitos-do-mandado-de-injuncao-uma-analise-dos-casos-de-aposentadoria-especial-e-greve-dos-servidores-publicos-frente-ao-estabelecido-no-mi-107-qo/>. Acesso em: 13.10.2019



FERREIRA FILHO, Manoel. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.204.

IOTTI, Paulo. O Mandado de Injunção e a Criminalização de Condutas, *Consultor Jurídico*, 20 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>. Acesso em: 19.08.2019

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.1293-1295; p.1297

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 833.

SILVA, Gabriela; JUNIOR, Dirley da Cunha. 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*, n. 8, p. 395 – 418, jan./abr. 2018. p. 410.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 50-51.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 19/Origem Inexistente, Rel. Min. Aldir Passarinho, j.23/02/1989, p.7

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MC ADI nº 1.441/DF, Rel. Min. Octavio Galloti, j. 28.06.1996, p.10

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MC ADI nº 267/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j.25.10.1990, p.3, 20, 26, 54-55

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 1.458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j.23/06/1996 p.7, 16, 24

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 1.439/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j.22/06/1996 p.42

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 1.698/DF, Rel. Min. Carmen Lucia, j.25/02/2010, p.14, 19, 20, 22-23

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº4.650/DF, Rel. Min. Luis Fux, j.17/09/2015, p. 29, 30, 189,349

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 875/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j.24/02/2010, p. 15, 16, 17, 78

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 4.079/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j.26/02/2015, p.31

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MC ADI nº 361/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05/10/1990, p.3, 5

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MC ADI nº 529/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.19/06/1991, p.19

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2.061/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j.25/04/2001, p. 15

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 3.276/DF, Rel. Min. Eros Grau, j.02/06/2005, p. 15, 16, 17

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 3.682/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j.09/05/2007, p. 33, 35, 44-45

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADO nº 25/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30/11/2016, p. 88

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Voto do Relator na ADO nº26, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/06/2019, p.6, 29, 65-66, 100, 154

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988 Vinte Anos Depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira", *Revista de Direito GV- São Paulo*, n.2, p. 407-440, jul.-dez./2008.

## Apêndice – Fichamento dos acórdãos

ADI 19 (23/02/1989), Rel. Min. Aldir Passarinho

**Proponente:** Governador de Alagoas

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 37, XI - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito; XI - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo

**Fatos do Caso:** O proponente considera que os vencimentos criados pela Assembleia Legislativa seriam excessivos, ultrapassando o teto constitucional. Diante da afronta ao texto constitucional, esse Legislativo teria se omitido. Pedese a declaração de ciência ao Legislativo como ‘medida moralizadora’.

**Questões relevantes:** A inércia do Poder Legislativo diante de situação inconstitucional é inconstitucionalidade por omissão?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. O objetivo declarado do proponente é que a Assembleia Legislativa ajuste o pagamento dos funcionários. 2. A ADO só é cabível se houver falta de *norma* para tornar efetivo preceito constitucional.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Negado seguimento à ADO. 2. Unanimidade

**Julgados citados:**

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. A omissão não é entendida no sentido de falta de ato concreto. Ela se refere à falta de *norma* que torne efetiva norma constitucional. Difere, assim, de outros ramos do Direito.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

QO ADI 23 (09/08/1989), Rel. Min. Sydney Sanches

**Proponente:** Associação dos Delegados de Polícia do Brasil

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 103, §3 - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

**Fatos do Caso:** A Advogada-Geral da União suscitou questão de ordem no sentido de não reconhecer a competência da AGU para defender norma impugnada estadual, mas restringi-las às normas federais.

**Questões relevantes:** Deve a AGU pronunciar-se quando se julga omissão inconstitucional?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. A norma do art. 103, §3 refere-se a leis ou ato normativos *já existentes*. Assim, ADOs não há necessidade de pronunciamento da AGU pois não ato normativo sobre o qual se manifestar.

**Fundamento principal da corrente concorrente:** 1. O Ministro Sepúlveda Pertence entendeu como fundamento para o não pronunciamento da AGU o fato de a omissão ser contra ente federado, de modo que a norma faltante seria estadual.

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Acolhe-se a questão de ordem, por unanimidade.

**Julgados citados:**

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):**

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:** 1. Quando não há ato normativo ou lei impugnado, não há necessidade de manifestação da AGU.

MC ADI 361 (05/10/1990), Rel. Min. Marco Aurélio

**Proponente:** Partido Socialista Brasileiro

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 20, §1 - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

**Fatos do Caso:** Congresso emitiu lei que previa a compensação financeira pela participação do ente federado no resultado de exploração de petróleo ou gás natural. Após vetos do Presidente da República e recusa em regulamentar o requerido pela lei aprovada, argumenta-se que se está inviabilizando o ganho por parte de cada ente federado. Pede-se ato que implique o afastamento da omissão presidencial.

**Questões relevantes:** Pode o Tribunal conferir efeitos jurídicos aditivos em sede de liminar?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** O pedido é juridicamente impossível à luz da interpretação do artigo 103, §2, até para o mérito, portanto também o é em sede de liminar.

**Fundamento principal da corrente concorrente:** 1. O Ministro Sepúlveda Pertence considera que não é *prima facie* inadmissível a concessão de liminar em ADO, já que, como no MI, poder-se-ia tratar de uma tutela inibitória. Nesse caso, haveria maior plausibilidade jurídica, ainda que ele também não se pronuncie em favor de seu cabimento.

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Indefere-se o pedido liminar. 2. Unanimidade

**Julgados citados:**

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):**  
**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**  
**Comentários sobre o comportamento do legislador:**  
**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):** 1. É juridicamente impossível a antecipação de efeitos jurídicos de uma lei futura que indevidamente não foi promulgada.  
**Comparação com o MI:** 1. Utiliza-se o regramento dado ao MI para refletir sobre a possibilidade de tutela cautelar em ADO.  
**Outros comentários relevantes:**

MC ADI 267 (25/10/1990), Rel. Min. Celso de Mello

**Proponente:** Governador do Estado de São Paulo  
**Dispositivos constitucionais aplicados:** 45, §1 – O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas Unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados  
**Fatos do Caso:** Objetiva-se a ‘imediata elevação do Estado de São Paulo para 70 deputados, produzindo efeitos já na atual Legislatura’. Isso segundo duas teses jurídicas: a omissão do Congresso em realizar os ajustes eleitorais do art. 45, §1, e a inconstitucionalidade por ação da Resolução 16336/90 do TSE. Pede-se liminar para suspensão desta.  
**Questões relevantes:** Cabe liminar em ADO? Cabe liminar em ADI cumulada com ADO que suspenda ato administrativo em desacordo com algum dispositivo constitucional que contenha dever de legislar, mesmo que não seja possível emitir essa lei de ofício?  
**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Não cabe liminar em ADO. 2. Quanto à ADI, o dispositivo constitucional não é autoaplicável, mas depende da emissão de lei complementar, sobre a qual, dentro de limites numéricos, há liberdade do legislador. 3. Por isso, o provimento cautelar será inútil, pois, ainda que se suspenda a Resolução do TSE, não haverá auto aplicabilidade do dispositivo constitucional para dar 70 cadeiras ao Estado de São Paulo.  
**Fundamento principal da corrente concorrente:** 1. O Ministro Sydney Sanches deriva dos artigos 4º e 5º do ADCT a competência do TSE para manter o número de deputados por Resolução. Isso porque ele não pode reduzir o número de cadeiras e deve editar normas para organizar a próxima eleição, conforme a legislação vigente.  
**Fundamento principal da corrente vencida:** 1. Verifica-se o interesse jurídico para conceder a liminar em sede de ADI contra a Resolução para ‘evidenciar a omissão do Legislativo’. 2. A Resolução conflitou com as balizas da norma constitucional do art. 45, §1. 3. Há questionamento de se a Resolução seria ato genérico e abstrato, suscetível de ADI. O Ministro vencido considera que, apesar de a norma atacada não alterar o número de cadeiras parlamentares, ela mantém o regramento anterior, o que também constitui comando normativo.  
**Dispositivo:** 1. Indefere-se a cautelar da ADI por ação, vencido o Ministro Marco Aurélio.

**Julgados citados:** 1. MC ADI 361 – não cabe liminar em ADO; 2. MI 219 – citado pelo autor para afirmar a sub-representação da bancada parlamentar paulista e pelo Relator para afirmar a eficácia limitada do art. 45, §1.

**Critérios que configuram Omissão (total ou parcial):**

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:** 1. O Ministro Marco Aurélio entende cabível, em ADI por ação, conceder liminar suspensiva para escancarar a omissão de um dever constitucional de legislar. Assim, parece entender a ADO com uma conotação puramente simbólica e política, que seria fomentada pela suspensão liminar específica. 2. Em debate, outros Ministros, como Moreira Alves, não reconhecem essa ‘eficácia política’, entendendo que a ADO têm um objetivo puramente jurídico, de satisfazer a ordem jurídica objetiva ao notificar a mora inconstitucional. 3. O Ministro Relator, inclusive, demonstra sua perplexidade diretamente, ao apontar que não há correlação direta entre a suspensão da Resolução e a emissão da lei complementar que aumenta o número de cadeiras. Para este, não está em consideração o jogo político, o peso simbólico de determinada medida jurídica. 4. ‘Não podemos criar impasse pela liminar. A liminar existe para resolver impasse, não para cria-lo’ (p. 26).

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):** 1. A suspensão cautelar é incabível em ADO, de modo que o autor sequer pede esse provimento. 2. Menciona-se a interpretação literal do art. 103, §2 (‘ é inequívoco o sentido ...’). 3. Há desconforto, manifestado por diversos Ministros, como Paulo Brossard e Sydney Sanches, com a impossibilidade de prover uma tutela jurídica efetiva. Isso porque a omissão do Congresso já havia sido declarada em uma MI anterior e, novamente, o tema chega à Corte, com o grave problema político da sub-representação parlamentar. Contudo, os Ministros balizam-se na interpretação literal do art. 103, §2, afirmando que é incabível outra interpretação. 3. [Parece que a única função prática da ADO seria o estabelecimento de um estado de omissão inconstitucional, que ensejaria o ajuizamento posterior de MIs, estes sim quiçá com possibilidade de colmatar a lacuna normativa].

**Comparação com o MI:** 1. O Ministro Marco Aurélio utiliza a existência do MI para definir os efeitos jurídicos da ADO. Isso porque não haveria sentido de que a Constituição desse a mesma eficácia para dois institutos. 2. Os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso entendem que a solução prática para o caso viria de conferir efeitos concretistas ao MI, pois o dispositivo foi considerado de eficácia limitada e a ADO não tem a consequência jurídica concretista. 3. O Ministro Moreira Alves afirma, em meio a provocações, que quem defende o efeito concretista do MI não vislumbra como um de seus requisitos a mora irrazoável, mas já seria imediatamente passível de concessão.

**Outros comentários relevantes:** 1. O Ministro Moreira Alves aponta a contradição entre a cumulação dos pedidos de ADI e ADO. Isso porque o primeiro depende de o art. 45, §1 ser autoaplicável para declarar a nulidade da Resolução, enquanto o segundo de não ser autoaplicável, daí haver necessidade de legislar e cabimento de ação direta de omissão. 2. A isso, o Ministro Marco Aurélio propõe que, como a liminar em ADO é incabível e sequer foi pedida, na MC se analise apenas a ação sob a ótica de uma ADI por ação.

MC ADI 529 (19/06/1991), Rel. Min. Sepúlveda Pertence

**Proponente:** Partido dos Trabalhadores

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 37, X – a revisão geral da remuneração de servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data; 39, §1 – a lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local do trabalho

**Fatos do Caso:** No contexto inflacionário do governo Collor, a Presidência edita uma Medida Provisória que altera a remuneração de funcionários civis e militares. Segundo o Presidente, a medida tinha a intenção de ‘corrigir desequilíbrios’ existentes entre essas categorias. Argui o proponente que há inconstitucionalidade decorrente de desigualdade em relação ao valor do reajuste salarial tanto entre servidores públicos civis do Executivo de função assemelhada, quanto entre os civis e os militares. Pede concessão de medida liminar que fixe prazo ao Executivo para editar nova MP ou enviar projeto de lei ao Congresso que corrija essas desigualdades, vez que é matéria de iniciativa privativa do Executivo.

**Questões relevantes:** 1. Norma que ofende a isonomia é inconstitucionalidade por ação ou inconstitucionalidade por omissão parcial (p.18)? 2. É possível o pedido liminar de concessão de prazo ao Executivo, quando a norma atacada é uma Medida Provisória?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Não há posicionamento definitivo sobre a compatibilidade da teoria da omissão parcial no ordenamento brasileiro, que deve ser discutido em julgamento de mérito (p. 21, Item 11). 2. Concentrando-se na excepcionalidade do poder cautelar e na precariedade da Medida Provisória, dependente de ratificação pelo Congresso, não se consideram preenchidos os requisitos para a concessão de liminar.

**Fundamento principal da corrente concorrente:** 1. O Ministro Carlos Velloso firma posição quanto ao enquadramento do caso como inconstitucionalidade por ação. Entende que a ‘Constituição incluiu a inconstitucionalidade por omissão como um plus’, pois obtém-se ‘muito menos’ que no caso da ADI por ação. 2. Afirma, sem esclarecer o porquê, que a ADI por omissão poderia ‘inviabilizar, até, o controle difuso’.

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Indefere-se o pedido liminar. 2. Determina-se o apensamento dos processos que impugnam a mesma norma, um sob o prisma da inconstitucionalidade por ação, outro da omissão parcial. Isso porque o primeiro pedido é a nulidade da norma enquanto o segundo, a comunicação ao Congresso para suprir a omissão, podendo gerar prejudicialidade. 3. Unanimidade

**Julgados citados:** 1. MI 2835 para fundamentar a possibilidade jurídica do pedido pelo proponente; 2. MC ADI 361 para confirmar a impossibilidade de decisão extensiva para suprir a omissão pelo Tribunal

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. Discute-se se a omissão parcial seria a melhor alternativa teórica para enquadrar casos em que se confere um benefício lícito a um grupo, mas se deixa de fora outros grupos mercedores do mesmo amparo. O Relator sustenta que, ao contrário da inconstitucionalidade por omissão, não haveria consequência de nulidade do ato impugnado, gerando injustiça para com aqueles grupos corretamente beneficiados. 2. A omissão parcial, construída

originalmente na Alemanha, poderia enfrentar problemas quanto à sua adoção no sistema judicial brasileiro, em que há controle de constitucionalidade concentrado e difuso. 3. Comenta-se, de passagem, que a omissão absoluta só se configura após um ‘juízo concreto de razoabilidade da conduta omissiva questionada’. Em outras palavras, o legislador teria que dispor de um tempo razoável para cumprir os mandamentos constitucionais. 4. A omissão parcial é um ‘fazer diverso do que constitucionalmente devido’. 5. A diferença entre ADI por ação e por omissão é, a todo momento, utilizada pelos Ministros como critério de comparação, especialmente para criticar ou defender a adequação do efeito jurídico mais brando da omissão parcial nesse caso concreto.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente:** 1. O Relator reconhece que a possibilidade de alargar os efeitos jurídicos do ato normativo anti-isonômico seria uma tutela jurídica mais efetiva e satisfatória. Mas, interpretando literalmente o art. 103, §2, afirma que o Tribunal ‘há de cingir-se a comunicá-la [a omissão] ao órgão legislativo competente, para que a supra’. 2. Não seria cabível pedido de antecipação cautelar em inconstitucionalidade por omissão parcial, já que os efeitos declaratórios seriam o próprio provimento de mérito. 3. O suprimento da omissão pelo próprio Tribunal seria incabível, tanto em sede de liminar quanto em sentença definitiva. 4. Reconhece o Relator a possibilidade de discussão, **no mérito**, do pedido específico pois, à diferença da ADI 361, não se pede o suprimento imediato da omissão, mas a concessão de prazo e, em caso de desrespeito a ele, o suprimento pelo Tribunal.

**Comparação com o MI:** 1. O partido proponente utiliza um MI para fundamentar o cabimento de seu pedido, considerando que a adoção de prazo naquela feita permitiria a adoção de medidas concretistas após o desrespeito de tal prazo em sede de ADO. Trecho nas páginas 14-15;

**Outros comentários relevantes:**

MC ADI 986 (10/02/1994), Rel. Min. Néri da Silveira

**Proponente:** Associação Nacional de Jornais

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 150, VI, ‘d’ – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, aos Distrito Federal e aos Municípios: instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão

**Fatos do Caso:** Ataca-se Portaria 699/93 do Ministério da Fazenda, que isenta ‘a aquisição do papel destinado à livros e jornais’ da incidência do IPMF. A autora sustenta que, ao não englobar na situação de imunidade tributária as operações financeiras destinadas a fornecedores, mão de obra e demais atividades econômicas do jornal, haveria desrespeito comissivo ao art. 150, VI, d. Realiza-se o referendo de uma decisão monocrática sobre a liminar suspensiva requerida.

**Questões relevantes:** É possível converter ADI em ADO?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. A autora não objetivava a impugnação da norma atacada, mas a extensão de seus efeitos para outras hipótese de incidência. 2. É, assim, hipótese típica da ADO. Não se pode, portanto, conhecer da



ADI por ação. 3. Sequer há necessidade de analisar o mérito da liminar, pois não se conhece da ação.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Não se conhece da ação e se julga prejudicado o referendo. 2. Unanimidade

**Julgados citados:**

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):**

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

ADI 889 (16/03/1994), Rel. Min. Marco Aurélio

**Proponente:** PGR

**Dispositivos constitucionais aplicados:** ADCT 23 – Até que se indique a regulamentação do artigo 21, XVI [Compete à União exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão], da Constituição, os atuais ocupantes do cargo de censor federal continuarão exercendo funções com este compatíveis no Departamento da Polícia Federal, observadas as disposições constitucionais. Parágrafo Único: a lei referida disporá sobre o aproveitamento dos censores federais nos termos deste artigo.

**Fatos do Caso:** Promulgou-se a lei 8069/90 (ECA), que dispunha sobre critérios indicativos para entretenimento, a lei 8490/92, sobre a estrutura da pasta ministerial da Justiça, e o decreto 761/93, regulamentando esta lei. Aponta-se a **omissão parcial** nos diplomas, por desrespeito ao parágrafo único do art. 23 do ADCT, já que não há menção ao aproveitamento dos censores. A Presidência sustenta que não há omissão porque as normas não poderiam dispor sobre os vencimentos dos servidores. A primeira por se tratar de matéria de iniciativa exclusiva do Executivo enquanto o ECA foi de iniciativa de um parlamentar, enquanto o decreto regulamenta lei estranha ao tema. Assim, segundo a Presidência, não haveria prazo determinado para promulgação da norma apontada como omissa, devendo ser promulgada ‘segundo conveniência e oportunidade’.

**Questões relevantes:** O dever de legislar deve ser feito segundo conveniência e oportunidade ou há prazo razoável a ser definido? A omissão só se configura quando a matéria poderia constar de determinado diploma promulgado, mas não consta; ou quando não se disciplina a matéria constitucionalmente exigida?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. A norma do ADCT excepcionou a competência privativa do Executivo para tratar especificamente do aproveitamento de censores federais quando houvesse norma sobre os critérios indicativos de entretenimento, mesmo que de iniciativa parlamentar. 2. Ainda que essa exceção não existisse, o Executivo deveria enviar projeto autônomo, tão logo fosse promulgada a

norma do entretenimento. 3. Pontuou-se a presença desse encaminhamento dentro dos trâmites do Executivo, que foi retirada após pronunciamento do Consultor Jurídico da Secretária de Administração Federal sobre sua suposta inconstitucionalidade.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Dar ciência ao Executivo de sua omissão de encaminhamento de projeto de lei ‘a fim de que sejam adotadas as providências necessárias’. 2. Unanimidade

**Julgados citados:**

**Critérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. A omissão verifica-se ainda que determinada matéria não possa ser incluída no diploma legislativo por questões de processo legislativo (no caso em espécie, por suposta iniciativa privativa). Nesse caso, deve-se encaminhar projeto logo após a promulgação daquele diploma, constando a matéria constitucionalmente obrigatória. 2. De certa forma, parece que a omissão é objetivamente considerada, independentemente de se o agente podia ou não suprir a omissão naquele instante, por questões de competência. Se a ordem jurídica constitucional determinou que a norma A seria acompanhada da matéria X, então há omissão tão logo haja norma A sem X. 3. Nota-se uma ênfase no **encaminhamento** do projeto para verificar a omissão, quando se afirma que há ‘omissão no encaminhamento do projeto’ (p.8), que o Executivo devia ter encaminhado tão logo a norma fosse promulgada. Não se fala na efetiva aprovação da norma pelo Legislativo.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

ADI 480 (13/10/1994), Rel. Min. Paulo Brossard

**Proponente:** PT

**Dispositivos constitucionais aplicados:** ADCT, 59 - Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los

**Fatos do Caso:** Cumulam-se dois pedidos: declaração de omissão absoluta de prever organização da seguridade social e declaração de auto-aplicabilidade de outro dispositivo constitucional.

**Questões relevantes:**

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Não se pode conhecer de pedido de declaração de eficácia de determinado dispositivo constitucional em sede de ação direta. 2. Sobreveio a legislação apontada como faltante.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Julga-se prejudicada a ADO, por unanimidade

**Julgados citados:**

**Critérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. Considera-se afastada a

omissão quando sobrevém legislação apontada como faltante.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

MC ADI 1146 (07/06/1995), Rel. Min. Moreira Alves

**Proponente:** PGR

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 48, X – Cabe ao Congresso Nacional (...) dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas.

**Fatos do Caso:** Emitiu-se lei criando cargos no Tribunal Regional do Trabalho sem fixar os vencimentos do cargo em comissão de Distribuidor. Diante dessa ausência, houve resolução administrativa desse Tribunal fixando o valor do proveito. Sustenta-se a inconstitucionalidade daquela lei por omissão, já que faltaria a norma relativa ao salário dos funcionários distribuidores, e, por vício formal, as resoluções administrativas. Demonstrou-se que o TST participara na confecção do projeto de lei encaminhado pelo Presidente que criava cargos no Judiciário. Pede-se liminar para que se suspendam os efeitos de todo ato administrativo do TRT que aumente vencimentos ou crie cargos em comissão.

**Questões relevantes:** Lei que omite elemento normativo essencial para sua aplicação é inconstitucional por omissão?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Não há *periculum in mora* para concessão da liminar, que causaria maiores problemas para a Justiça do Trabalho. 2. A arguição de inconstitucionalidade sequer ataca as resoluções administrativas, o que enfraquece o pedido cautelar.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Indefere-se o pedido de liminar. 2. Unanimidade

**Julgados citados:**

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. Saber se a lei que cria cargo sem fixar-lhe os vencimentos é apenas ineficaz ou inconstitucional por faltar-lhe elemento essencial é matéria a ser discutida em ação de inconstitucionalidade por ação (p. 15). [Aparentemente, esse tratamento deve ter ligação com o efeito da ADI de declarar a nulidade do ato atacado, enquanto na ADO, não haveria essa possibilidade segundo interpretação corrente da corte.]

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

ADI 877 (05/10/1995), Rel. Min. Ilmar Galvão

**Proponente:** PGR

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 203, V - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei; 204, I e II - As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I- descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II- participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. ADCT 59 - Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los.

**Fatos do Caso:** Sustenta-se a mora do Congresso em deliberar no prazo do art. 59 do ADCT em até seis meses sobre a criação de benefício mensal à pessoa deficiente ou idosa que comprove não possui meios para prover a própria manutenção ou da família. Mesmo com o encaminhamento de projetos de lei, a Constituição teria demandado a aprovação específica.

**Questões relevantes:** O envio de projetos de lei basta para sanar a omissão?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Houve mora legislativa no momento de ajuizamento da ação, mas foi promulgada norma posterior sete meses após a proposição da ação.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Julga-se prejudicada a ADO por perda do objeto, por unanimidade.

**Julgados citados:**

**Crerios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. O envio de diversos projetos de lei parece não ser suficiente para sanar a omissão apenas porque havia determinação de prazo constitucional também para deliberar segundo o art. 59 do ADCT, para o caso concreto. *A contrariu sensu*, se esse dever específico de promulgação inexistisse, a apresentação de proposta bastaria para sanar a omissão.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

MC ADI 1387 (06/03/1996), Rel. Min. Carlos Velloso

**Proponente:** Confederação dos Servidores Públicos do Brasil

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 39, §1 - A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou

assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local do trabalho

**Fatos do Caso:** Ataca-se a MP 870/95, que cria a ‘gratificação de desempenho e fiscalização’ para alguns cargos públicos do Ministério da Agricultura. A autora sustenta a quebra de isonomia porque cargos semelhantes não teriam recebido essa gratificação, tratando-se de omissão parcial. Pede-se, em razão da urgência, a concessão de liminar para declarar a omissão inconstitucional e dar prazo de 30 dias para sanar a irregularidade, sob pena de responsabilidade.

**Questões relevantes:** Pode haver liminar quando se trata de omissão parcial por quebra da isonomia? Quais as consequências do desrespeito do prazo de 30 dias em caso de mora?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Não cabe liminar em ADO.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Não se conhece do pedido liminar. 2. Unanimidade

**Julgados citados:** 1. ADI 529 – trazido pela parte para sustentar o efeito jurídico de dar ciência ao poder competente;

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. Trata-se de ADI por omissão parcial quando há quebra de isonomia de alguma medida que, em si, não é inconstitucional.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

ADI 297 (25/04/1996), Rel. Min. Octavio Galloti

**Proponente:** PDT

**Dispositivos constitucionais aplicados:** ADCT, 20 - Dentro de cento e oitenta dias, proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição.

**Fatos do Caso:** A ausência de providência administrativa desrespeita o comando do artigo 20 do ADCT. Argui o Presidente que não é de sua imediata competência a determinação do reajuste, mas de outro órgão do Executivo, de modo que não teria legitimidade passiva.

**Questões relevantes:** O Presidente tem legitimidade passiva para ADO de qualquer providência administrativa da União? É possível configurar omissão em caso concreto quando há prazo constitucional?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Apenas a falta de texto normativo afigura a omissão, não medida concreta. É, portanto, causa de não conhecimento da ação.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Não se conhece da ação, por unanimidade.

**Julgados citados:**

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. A omissão só se verifica com a ausência de texto normativo, quer legal quer administrativo. Não se configura quando o objeto é medida administrativa concreta, mesmo que haja prazo para isso na Constituição.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

MC ADI (por ação) 1439 (22/06/1996) e MC ADI (por omissão) 1458 (23/06/1996), Rel. Min. Celso de Mello

**Proponente:** PDT, PT, PSB e PC do B/ Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 7º, IV – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades básicas e vitais e às de sua família com moradia, alimentação, educação, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim

**Fatos do Caso:** A MP 1415/96 fixou o novo valor do salário mínimo, utilizando como valor de reajuste um índice de 12%. Segundo os demandantes, esse índice está abaixo de outras estatísticas oficiais, desrespeitando o dever constitucional de preservação do poder aquisitivo do salário mínimo. Os partidos políticos pedem, cautelarmente, que se suspendam os efeitos da MP e, no mérito, a inconstitucionalidade por ação. Já a confederação autora aponta a inconstitucionalidade por omissão, exigindo, em sede de liminar, também a suspensão dos efeitos e, no mérito, a ‘determinação imediata do reajuste do salário mínimo por índice’ adequado ou pelo índice aplicado à Previdência Social àquele ano.

**Questões relevantes:** O adimplemento insuficiente de determinado dever constitucional configura inconstitucionalidade por ação ou por omissão parcial?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Identifica-se, no dispositivo constitucional do art. 7º, IV, um autêntico dever de legislar, que impõe, quanto ao conteúdo, que essa lei (i) satisfaça necessidades do trabalhador e (ii) conserve o poder aquisitivo do valor inicial. 2. Portanto, o pedido de nulidade da norma atacada não pode ser conhecido, já que essa seria a consequência de uma inconstitucionalidade por ação, não por omissão parcial. Isso porque seria mais prejudicial aplicar uma norma anterior, ainda mais insuficiente que o salário mínimo da MP atacada, do que manter o texto parcialmente omissivo.

**Fundamento principal da corrente concorrente:** 1. O Ministro Moreira Alves pronunciou-se contra a concessão de liminar que suspendesse o ato impugnado e restaurasse eficácia para o ato normativo anterior. Isso porque haveria uma violação antijurídica de um *interesse objetivo* do ordenamento, qual seja, a manutenção do poder aquisitivo do salário mínimo, com a restauração de um ato normativo que tutela esse

interesse em porção menor. 2. Segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, é ADO porque a ‘inconstitucionalidade não está no que pouco que se deu, mas no muito que não se deu’ (p. 42).

**Fundamento principal da corrente vencida:** 1. O Ministro Marco Aurélio considerou que o caso é de inconstitucionalidade por ação, visto que se viola um direito subjetivo a ter o reajuste do salário mínimo. Trata-se de ‘tudo ou nada’, ao contrário de normas que ‘regulamntam’ o texto constitucional, aí sim passíveis de adimplemento parcial.

**Dispositivo:** 1. Não se conhece a ADI por ação, vencido o Ministro Marco Aurélio. 2. Julga-se improcedente o pedido liminar da ADO, por unanimidade.

**Julgados citados:** 1. ADI 267 – não se pode conhecer pedido cautelar em ADO pois se tratar de pedido de antecipação do mérito, cujo provimento é meramente declaratório. 2. ADI 986 – impossibilidade de conversão de ADI para ADO

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. A identificação de uma inconstitucionalidade por omissão passa pela identificação de um ‘dever de legislar’ (pp. 10 e 11), com ou sem comando constitucional sobre o conteúdo dessa norma. 2. Diferencia-se entre um ‘fazer’ que ofende os princípios constitucionais e um ‘deixar de fazer’ o necessário para cumprir o comando constitucional, respectivamente inconstitucionalidade por ação e por omissão. 3. A omissão parcial é a ‘insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política’ (pp. 19-20). 4. A omissão inconstitucional existe para evitar que a Constituição seja letra morta e que seus comandos sejam ignorados ou mal aplicados, a chamada erosão da consciência constitucional. 5. O Ministro Marco Aurélio divergiu do entendimento dominante de que seria caso de omissão parcial, apontando que houve ato positivo intencional, ‘sem descuido’, do Presidente que conflita com a norma constitucional. Além disso, como o art. 7º, IV, não fixa termo para que se promulgue determinada norma, não se pode cogitar de omissão. Por fim, a ADO seria destinada a impugnar atos que visassem a ‘regulamentar’ a Constituição, inexistindo inovação de conteúdo na MP atacada, que simplesmente não respeitou o direito ao reajuste. [Pelo debate entre os Ministros Relator e Marco Aurélio, percebe-se que a distinção entre inconstitucionalidade por ação e por omissão é muito mais sutil e complexa que a mera identificação de um ato positivo ou negativo, como é em outras áreas do Direito. Trata-se de inquirição acerca da intenção do ato atacado e da natureza do comando constitucional, dentre outras coisas.] 6. O Ministro Moreira Alves, concorrendo com o Relator, utiliza o critério da impossibilidade de se poder violar um interesse jurídico objetivo em sede de ADI. Essa violação ocorreria caso fosse possível nulificar um ato que tutela parcialmente esse interesse para um que o fizesse em proporção menor. Por isso, impõe-se a identificação do caso como omissão inconstitucional parcial, sem nulidade do texto.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):** 1. A ADI e a ADO têm consequências distintas: enquanto a primeira confere ao Tribunal o poder de ‘legislador negativo’, excluindo uma norma do ordenamento jurídico, a segunda tem como única consequência um ‘apelo ao legislador’ para que ele adimpla a obrigação normativa de que se absteve (p.26). 2. Outra diferença é que a ADI admite pedido cautelar que suspende o ato impugnado e restaura a aplicabilidade da regra revogada pela norma em ataque. Essa restauração não seria cabível em sede de ADO

por omissão parcial, porque se estaria substituindo uma situação insuficiente por outra ainda mais distante do perfeito adimplemento normativo constitucional (pp.27-28). 3. A liminar é incabível nas ADOs em geral pois ela, ao suspender o ato atacado, teria força maior que o provimento de mérito, meramente declaratório da mora do Poder Público. 4. Há menção à interpretação literal do art. 103, §2 ('é inequívoco o sentido').

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:** 1. Em decorrência das diferenças entre ADI e ADO quanto ao poder do Tribunal, à finalidade e à possibilidade de liminar, é inadequado converter a primeira na segunda, quando aquela pede, no mérito, a nulidade do ato impugnado.

MC ADI 1441 (28/06/1996), Rel. Min. Octavio Galloti

**Proponente:** PT e outros

**Dispositivos constitucionais aplicados:** **40, §6** – As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei; **195, §6** – As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

**Fatos do Caso:** Ataca-se dispositivo da MP 1415/96 que institui a contribuição social para a previdência social também para os servidores inativos da União. Sustenta-se que há um conjunto de vícios: tentativa de fraudar a proibição de rediscussão de projeto de lei rejeitado do art. 67; a impossibilidade de onerar inativos decorrente do art. 40, §6; o princípio da irredutibilidade dos benefícios, vez que a cobrança de tributo equivaleria à redução do benefício; e o desrespeito da anterioridade tributária. A inconstitucionalidade por omissão estaria na vigência imediata da norma tributária, ao contrário do intervalo de 90 dias que ocorrera em normas anteriores do mesmo tipo. Pede-se, cautelarmente, a suspensão da norma, pois haveria grave prejuízo aos servidores onerados.

**Questões relevantes:** Há inconstitucionalidade por omissão de norma que não reitera expressamente um comando constitucional?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Não há probabilidade do direito alegado pelo proponente para a concessão da liminar. 2. Há justificativa *prima facie* para instituição de cobrança de servidor inativo pois, ao contrário da iniciativa privada, a estes também são estendidos os benefícios concedidos aos servidores ativos. Logo, deve haver simetria entre extensão dos vencimentos e dos ônus. 3. Não há inconstitucionalidade por omissão de 'diploma que haja julgado dispensável tornar expressa a recomendação de dar-se cumprimento à Constituição'. Como o artigo atacado não é diretamente contrário ao comando constitucional, ele apenas deve ser aplicado considerando-se também o art. 195, §6, mesmo que ele não esteja reproduzido na MP.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:** 1. Não pode uma MP, que vigora por apenas 30 dias, conter norma cuja eficácia só ocorrerá após 90 dias.

**Dispositivo:** 1. Indefere-se a cautelar, vencido o Ministro Marco Aurélio.

**Julgados citados:**

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. Não se configura omissão



quando diploma legal não reproduz preceito constitucional expressamente, desde que não haja contrariedade com esse preceito. Nesse caso, apenas a aplicação do dispositivo legal que fuja dos ditames constitucionais será inconstitucional, não a lei em si.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

ADI 23 (02/04/1998), Rel. Min. Ilmar Galvão

**Proponente:** ADEPOL

**Dispositivos constitucionais aplicados:**

**Fatos do Caso:** ILEGITIMIDADE ATIVA, PURAMENTE PROCEDIMENTAL, IRRELEVANTE PARA A PESQUISA

**Questões relevantes:**

**Fundamento Principal da corrente vencedora:**

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:**

**Julgados citados:**

**Critérios que configuram Omissão (total ou parcial):**

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

ADI 1810 (08/06/1998), Rel. Min. Moreira Alves

**Proponente:**

**Dispositivos constitucionais aplicados:**

**Fatos do Caso:** ILEGITIMIDADE ATIVA, IRRELEVANTE PARA OS PROPÓSITOS DESSA PESQUISA

**Questões relevantes:**

**Fundamento Principal da corrente vencedora:**

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:**

**Julgados citados:**

**Critérios que configuram Omissão (total ou parcial):**

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**  
**Comparação com o MI:**  
**Outros comentários relevantes:**

QO ADI 1836 (18/06/1998)

**Proponente:** PGR  
**Dispositivos constitucionais aplicados:**  
**Fatos do Caso:**  
**Questões relevantes:** Pedese a declaração de mora do Executivo com base na redação do artigo 241 da Constituição. Ocorre que esse artigo foi revogado pela Emenda Constitucional n° 19.  
**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. A revogação da norma constitucional que criava o dever de legislar prejudica a ADO.  
**Fundamento principal da corrente concorrente:**  
**Fundamento principal da corrente vencida:**  
**Dispositivo:** 1. Julga-se prejudicada por perda de objeto, por unanimidade  
**Julgados citados:**  
**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. A omissão descaracteriza-se quando há a revogação da norma constitucional que criava o dever de legislar.  
**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**  
**Comentários sobre o comportamento do legislador:**  
**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**  
**Comparação com o MI:**  
**Outros comentários relevantes:**

MC ADI 1996 (16/06/1999), Rel. Min. Ilmar Galvão

**Proponente:** PT, PDT, PSB, e PCB  
**Dispositivos constitucionais aplicados:** 7º, IV – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades básicas e vitais e às de sua família com moradia, alimentação, educação, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim  
**Fatos do Caso:** Fixou-se valor de salário mínimo por meio da MP 1824/99. Cumula-se pedido de inconstitucionalidade por ação, pela impossibilidade de interferir no direito ao salário mínimo por meio de Medida Provisória, e de omissão parcial, por insuficiente cumprimento do dever constitucional de reajuste do salário mínimo. Pedese liminar para suspender a eficácia dos dispositivos atacados e para determinar que o Congresso discipline o salário mínimo.  
**Questões relevantes:** Pedido liminar em ADO?  
**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Apesar da relação de prejudicialidade, quando só se julgaria o pedido por omissão no indeferimento do primeiro, o deferimento da ADI por ação seria prejudicial ao interesse jurídico dos tutelados ('um interesse jurídico objetivo', p.17), por isso ilógico. Logo, não se

conhece da ADI por ação.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:** 1. Admite-se a cumulação de pedido de inconstitucionalidade por ação e por omissão pois o segundo só será analisado na hipótese de indeferimento do primeiro. Estão, assim, vinculados por uma relação de prejudicialidade. 2. A tese da omissão inconstitucional é plausível juridicamente, mas esse pedido específico é incabível em sede de ADO. 3. Para o Ministro Carlos Velloso, não se deve perquirir se a nulidade da norma que ofende a Constituição seria prejudicial à comunidade. Trata-se de defesa objetiva da comunidade. 4. Não se conhece da liminar [em contrariedade aos julgados citados, em que ela é indeferida].

**Dispositivo:** 1. Não se conhece da ADI por ação, vencidos os Ministros Ilmar Galvão e Carlos Velloso. 2. Não se conhece da liminar da ADO, por unanimidade.

**Julgados citados:** 1. ADI 361, 267 e 1459(sic), pelo Relator vencido para fundamentar o não cabimento da medida liminar em sede de ADO

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. A fórmula da inconstitucionalidade por omissão parcial tem a ver com a conduta exigida. Se se deu X, mas se busca não-X, trata-se de inconstitucionalidade por ação. Porém, se se deu X, mas se busca X + algo, é inconstitucionalidade por omissão.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:** 1. Há divergências quanto ao critério para delimitar o conhecimento por ADI por ação ou por ADO. A corrente predominante defende a tese do ‘interesse jurídico objetivo’, isto é, se a nulidade da norma atacada violar mais algum interesse constitucionalmente protegido do que sua manutenção, a ADI por ação não pode ser conhecido, mesmo que haja de fato um vício inconstitucional. Seria o caso de uma omissão parcial inconstitucional, cujo efeito jurídico é a manutenção do ato inconstitucional e ciência ao Poder respectivo para emissão do novo ato. O Ministro Carlos Velloso rejeita essa tese, sustentando que a existência objetiva do vício já basta para a ADI por ação, sem considerações de interesse jurídico. 2. Prestar atenção em que ponto passa-se a **não conhecer** as liminares, ao invés de **indeferi-las**.

QO ADI 2162 (04/05/2000), Rel. Min. Moreira Alves

**Proponente:** PT e PDT

**Dispositivos constitucionais aplicados:**

**Fatos do Caso:** Apontou-se a omissão parcial de MP que fixava disposições sobre o salário mínimo. Ocorre que com o decurso do prazo para conversão em lei da referida MP, houve duas reedições. Não houve aditamento da petição inicial para englobar as novas MPs.

**Questões relevantes:**

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Por aplicação analógica de entendimento referente à prejudicialidade de ADI por ação quando não há aditamento da inicial com reedição de MP, deve-se julgar prejudicada a ADO.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Julga-se prejudicada a ADO, por unanimidade

**Julgados citados:**

**Critérios que configuram Omissão (total ou parcial):**

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:** 1. A ADO por omissão parcial e a ADI devem ter o mesmo tratamento no que toca à necessidade de aditamento da inicial quando há reedição de MP impugnada.

ADI 2061 (25/04/2001), Rel. Min. Ilmar Galvão

**Proponente:** PDT e PT

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 37, X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

**Fatos do Caso:** Após um ano de edição da emenda constitucional 19, que imporia um dever ao Presidente de enviar projeto de lei para revisão da remuneração dos servidores da União, há a inconstitucionalidade por omissão total. A Presidência afirma que, além de não se ter completado um ano daquela EC quando do ajuizamento da ADO, denotando falta de interesse jurídico, só há o dever de envio da proposta legislativa se houver real inflação. Pede-se tanto a delimitação de prazo para o envio da proposta pelo Presidente quanto a ciência do dever de fazê-lo a cada doze meses.

**Questões relevantes:** Ajuizamento de ADO por omissão total antes do decurso do prazo para enviar projeto de lei é cabível? Há dever de envio periódico de projeto de lei sobre reajuste geral dos servidores públicos segundo o art. 37, X?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Não há de se falar em falta de interesse de agir, mesmo que o prazo para cumprimento do dever de legislar não tivesse acabado. Isso porque se prestigia o caráter objetivo do controle concentrado. 2. Houve emenda constitucional que alterou o 37, X, acentuando a tônica da periodicidade do envio do projeto de lei. Por isso, há dever de legislar ao Presidente, que não foi cumprido. 3. O prazo de que trata o art. 103, §2, só é cabível em se tratando de órgão administrativo. Como o envio de projeto de lei é atribuição legislativa do Presidente, não é possível conceder prazo.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Defere-se a notificação ao Executivo de sua mora de encaminhar o projeto de lei da revisão dos vencimentos dos servidores. 2. Indefere-se o pedido para fixação de prazo para esse envio. 3. Unanimidade

**Julgados citados:** 1. MS 22.439 – usado pelo Relator para observar que a Corte não havia entendido o dever de periodicidade do envio da proposta legislativa, mas que sobreveio emenda constitucional que explicitou ainda mais esse dever.

**Critérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. Embora o dispositivo constitucional afirme que é ‘assegurada a revisão anual’ da remuneração de servidores da União, a discussão do acórdão é travada em termos apenas do envio do PL pelo

Presidente. Parece, assim, que somente com o envio, já estaria sanada a omissão, independentemente de se há aprovação da norma exigida pela Constituição.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:** 1. O Ministro Marco Aurélio menciona expressamente, citando aporte doutrinário de José Afonso da Silva, que a Constituição teria sido tímida nos efeitos da ADO. Pois a certificação pela Corte da mora do Presidente não teria efeito se este, por livre vontade, resolvesse saná-la. Há uma espécie de apelo ao Presidente Fernando Henrique: ‘Espero, porque confio no perfil democrático de Sua Excelência, que o Presidente da República, Professor Fernando Henrique Cardoso, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, do Órgão de cúpula do Poder Judiciário, certificando de forma clara, precisa, o ato omissivo, encaminhe o projeto, objetivando a revisão da remuneração dos servidores públicos. Com isso, as instituições demonstrarão à sociedade brasileira que estão funcionando, como é próprio no Estado Democrático de Direito (p.15)

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):** 1. A fixação de prazo só é possível para órgão administrativo, de modo que não pode ocorrer relativamente ao dever do Presidente de enviar projeto de lei.

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:** 1. Não há óbice em ajuizar ADO antes do decurso do prazo do dever de legislar. Só deve-se observar se aquele prazo terminou à época do julgamento.

Julgamento Conjunto 1: ADIs 2512, 2493, 2491, 2497, 2520, 2525, 2517, 2490, 2481, 2508, 2486, 2510, 2492, 2518, 2516, 2509, 2496, 2503, 2524, 2498, 2511 (19/12/2001), Rel. Min. Ilmar Galvão

**Proponente:** PSL, PDT, PL e outros

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 37, X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

**Fatos do Caso:** Trata-se de conjunto de ADOs ajuizadas em face do chefe do Executivo de 20 Estados brasileiros e do Distrito Federal por desrespeito ao encaminhamento previsto no art. 37, X. Pede-se a constituição da mora legislativa e a fixação de prazo para o envio do projeto.

**Questões relevantes:** Há dever de envio periódico de projeto de lei sobre reajuste geral dos servidores públicos segundo o art. 37, X?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. O dever de envio de projeto de reajuste geral dos servidores estende-se aos Governadores do Estado. 2. A concessão de aumento de vencimentos para determinadas categorias não afasta a mora legislativa, pois não se subsume ao termo ‘revisão geral’ do comando constitucional.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Defere-se a notificação ao Executivo de sua mora de encaminhar o projeto de lei da revisão dos vencimentos dos servidores. 2. Indefere-se o pedido para fixação de prazo para esse envio. 3. Unanimidade

**Julgados citados:** 1. ADI 766 e 2115 – trazidas pelo Relator para demonstrar firme

jurisprudência do STF de reconhecer as normas básicas do processo legislativo da Constituição como obrigatórias ao Estado; 2. ADI 2061 – caso análogo ao atual, mas no nível federal

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** Embora o dispositivo constitucional afirme que é ‘assegurada a revisão anual’ da remuneração de servidores da União, a discussão do acórdão é travada em termos apenas do envio do PL pelo Governador. Parece, assim, que somente com o envio, já estaria sanada a omissão, independentemente de se há aprovação da norma exigida pela Constituição.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):** 1. A fixação de prazo só é possível para órgão administrativo, de modo que não pode ocorrer relativamente ao dever do Presidente de enviar projeto de lei.

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

Julgamento Conjunto 2: ADIs 2519, 2504, 2506 e 2507 (18/03/2002)

**Proponente:** PSL

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 37, X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

**Fatos do Caso:** Trata-se de conjunto de ADOs ajuizadas em face do chefe do Executivo de 20 Estados brasileiros e do Distrito Federal por desrespeito ao encaminhamento previsto no art. 37, X. Pede-se a constituição da mora legislativa e a fixação de prazo para o envio do projeto.

**Questões relevantes:** Há dever de envio periódico de projeto de lei sobre reajuste geral dos servidores públicos segundo o art. 37, X?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. O dever de envio de projeto de reajuste geral dos servidores estende-se aos Governadores do Estado. 2. A concessão de aumento de vencimentos para determinadas categorias não afasta a mora legislativa, pois não se subsume ao termo ‘revisão geral’ do comando constitucional.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Defere-se a notificação ao Executivo de sua mora de encaminhar o projeto de lei da revisão dos vencimentos dos servidores. 2. Indefere-se o pedido para fixação de prazo para esse envio. 3. Unanimidade

**Julgados citados:** 1. ADI 766 e 2115 – trazidas pelo Relator para demonstrar firme jurisprudência do STF de reconhecer as normas básicas do processo legislativo da Constituição como obrigatórias ao Estado; 2. ADI 2061 – caso análogo ao atual, mas no nível federal

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** Embora o dispositivo constitucional afirme que é ‘assegurada a revisão anual’ da remuneração de servidores da União, a discussão do acórdão é travada em termos apenas do envio do PL pelo

Governador. Parece, assim, que somente com o envio, já estaria sanada a omissão, independentemente de se há aprovação da norma exigida pela Constituição.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):** 1. A fixação de prazo só é possível para órgão administrativo, de modo que não pode ocorrer relativamente ao dever do Presidente de enviar projeto de lei.

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:** 1. Acórdão quase idêntico ao anterior

ADI 2495 (02/05/2002), Rel. Min. Ilmar Galvão

**Proponente:** PSL

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 37, X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

**Fatos do Caso:** Ação ajuizada em face do Governador de Santa Catarina para envio do projeto legislativo de revisão da remuneração dos servidores públicos.

**Questões relevantes:** Quando não se comprova a omissão, é caso de indeferimento ou prejudicialidade da ADO?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Diante de prova nos autos de que o diploma legislativo apontado como faltante existia, julga-se prejudicada a ADO

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Julga-se prejudicada a ADO, por unanimidade

**Julgados citados:**

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. A prova objetiva da existência do diploma legislativo apontado como faltante é causa para prejudicialidade do pedido, não para seu indeferimento.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

ADI 1830 (12/06/2002)

**Proponente:**

**Dispositivos constitucionais aplicados:**

**Fatos do Caso:** MESMA QUESTÃO QUE QO ADI 2162 INCLUSIVE CITADA EXPRESSAMENTE; NÃO ADITAMENTO DA INICIAL EM CASO DE NÃO CONVERSÃO DA PROVISÓRIA EM LEI E SUA REEDIÇÃO

**Questões relevantes:**

**Fundamento Principal da corrente vencedora:**

<p><b>Fundamento principal da corrente concorrente:</b>  <b>Fundamento principal da corrente vencida:</b>  <b>Dispositivo:</b>  <b>Julgados citados:</b></p>
<p><b>Critérios que configuram Omissão (total ou parcial):</b>  <b>Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):</b>  <b>Comentários sobre o comportamento do legislador:</b>  <b>Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):</b>  <b>Comparação com o MI:</b>  <b>Outros comentários relevantes:</b></p>

ADI 2076 (15/08/2002), Rel. Min. Carlos Velloso

<p><b>Proponente:</b> PSL</p> <p><b>Dispositivos constitucionais aplicados:</b> 25 - Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição; <b>ADCT, 11</b> – Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.</p> <p><b>Fatos do Caso:</b> Alega o proponente que houve omissão inconstitucional na supressão da expressão ‘sob a proteção de Deus’ na Constituição do Acre. Essa expressão seria de absorção obrigatória pelas Constituições estaduais por tratar-se de ‘ato normativo de supremo princípio básico com conteúdo programático’ decorrente do Preâmbulo constitucional.</p> <p><b>Questões relevantes:</b> A não inclusão de expressão do Preâmbulo da Constituição da República no texto das Constituições estaduais gera inconstitucionalidade por omissão?</p> <p><b>Fundamento Principal da corrente vencedora:</b> 1. As chamadas ‘normas centrais da Constituição’ devem ser reproduzidas pelo texto constitucional estadual, por serem os princípios basilares da estrutura institucional desenhada pela Constituição da República. 2. O Preâmbulo da Constituição não é, ele próprio, norma central. Apenas contém enunciação de princípios que, desde que presentes no texto propriamente jurídico, devem ser reproduzidos. 3. A expressão ‘sob a proteção de Deus’ não é princípio jurídico presente no texto, já que, inclusive, há a ideia de laicidade do Estado.</p> <p><b>Fundamento principal da corrente concorrente:</b>  <b>Fundamento principal da corrente vencida:</b>  <b>Dispositivo:</b> 1. Julga-se improcedente a ação, por unanimidade.</p> <p><b>Julgados citados:</b> 1. Reclamações 383 e 370 – trazidas pelo Relator para fundamentar este critério para exigência da reprodução de norma da Constituição da República nas constituições estaduais: só se exige a reprodução se a ausência dessa norma não acarretar a sua não incidência na ordem jurídica local. Se a incidência puder ocorrer diretamente do texto constitucional federal, então a reprodução é obrigatória, pois seria uma ‘norma central’ da Constituição e teria de constar da constituição estadual para que dali derive sua eficácia. O que consta é ‘a norma federal reproduzida’.</p> <p><b>Critérios que configuram Omissão (total ou parcial):</b> 1. Difícil enquadramento do caso concreto nas categorias de omissão total ou parcial. O que fazer quando se deveria</p>
---



conter uma expressão na norma que não tem relação com quebra da isonomia ou com adimplemento insuficiente de comando constitucional ('inconstitucionalidade não no pouco que se deu, mas no muito que não se deu'), casos já consagrados de omissão parcial. Também difere do dever de emitir ato normativo puro e simples, como nas normas constitucionais de eficácia limitada que dependem 'da forma da lei'. 2. Conheceu-se de ação, porém, sem pronunciar-se sobre essa categorização.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

ADI 1442 (03/11/2004), Rel. Min. Celso de Mello

**Proponente:** CONTAG

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 7º, IV – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades básicas e vitais e às de sua família com moradia, alimentação, educação, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim

**Fatos do Caso:** Ajuíza-se ação contra MP que reajustava o salário mínimo e os benefícios da Previdência Social. Considera-se que há a comissão inconstitucional em cumprir o dever de conservação do poder aquisitivo desses valores. Pede-se a suspensão cautelar dos referidos artigos e sua declaração de inconstitucionalidade, em sede de ADI por ação.

**Questões relevantes:**

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. O caso é de omissão parcial, já que excluir a norma do mundo jurídico agravaria a lesão ao interesse jurídico tutelado pelo texto constitucional. 2. É impossível a conversão de ADI em ADO. 3. Em outra assentada do Tribunal, julgou-se prejudicada por perda do objeto.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Julga-se prejudicada a ADO, por unanimidade.

**Julgados citados:** 1. ADI 986 – é impossível a conversão de ADI para ADO

**Critérios que configuram Omissão (total ou parcial):**

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:** 1. O não cabimento do pronunciamento da AGU nos casos de ADO é mais uma razão trazida para a impossibilidade de conversão de ADI para ADO

ADI 3276 (02/06/2005), Rel. Min. Eros Grau *Leading case*

**Proponente:** PDT

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 73, §2 - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; II - dois terços pelo Congresso Nacional. 75 - As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

**Fatos do Caso:** Questionam-se, em inconstitucionalidade por ação, duas normas da Constituição do Estado do Ceará relativas à composição do Tribunal de Contas do Estado. Elas permitem que vagas que deveriam ser preenchidas por membro do Ministério Público de Contas e por auditor do TCE sejam escolhidas livremente pelo Governador, na hipótese de não haver nenhum funcionário dessas categorias. Ademais, uma omissão inconstitucional ocorreria pelo TCE que não encaminha mensagem criando os respectivos cargos, favorecendo indevidamente o Governador. Estaria também na lei orgânica do TCE e na Constituição do Estado, que não cria de imediato aqueles cargos.

**Questões relevantes:** Pode-se cumular pedidos de ADI e ADO?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. O Tribunal de Contas do Estado deve reproduzir os critérios de composição de seus Conselheiros, segundo art. 75 da Constituição. 2. Assim, há omissão inconstitucional na Lei Orgânica desse Tribunal, ao não criar os cargos de auditor e membro do Ministério Público Especial, para serem indicados a Conselheiros. 3. A norma transitória da Constituição estadual atacada pereniza uma situação de omissão, por isso, deve ser declarada nula.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Julga-se procedente a declaração de omissão inconstitucional da Lei Orgânica do TCE. 2. Declara-se inconstitucional a norma transitória da Constituição estadual. 3. Unanimidade

**Julgados citados:**

**Critérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. Mesmo com a notícia de que o projeto de lei já havia sido enviado na Assembleia, não se cogitou de desconsiderar a omissão. Parece que a ênfase no encaminhamento do projeto, que se verificou em acórdãos, ou se alterou para se privilegiar a efetiva promulgação da norma, ou não se tinha toda aquela importância no mero envio do projeto.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:** 1. O Ministro Sepúlveda Pertence chama atenção ao fato de que a Assembleia Legislativa optou por aprovar norma transitória da constituição estadual, procedimento mais complexo do que a lei de criação dos cargos de auditor e procurador de contas. Insinua-se um interesse político dos deputados estaduais de eternizar os poderes amplos do Governador de indicar conselheiros ao TCE. 2. O Ministro Eros Grau e outros defendem que o caso deveria ser resolvido com o chamado 'apelo ao legislador', medida que não anula nenhuma norma jurídica, mas recomenda à Assembleia a edição da norma devida. 3. O Ministro Sepúlveda Pertence: 'o legislador só costuma ouvir apelo quando se cria um problema'. 4. O próprio Ministro Marco Aurélio, que anteriormente havia expressamente

consagrado a tese do apelo ao se referir ao cumprimento de dever de legislar do Presidente da República, comenta: ‘Fazer apelo, a esta altura? Não estamos na Suíça.’ [Parece que o **tempo** de duração da omissão inconstitucional juntamente com o reconhecimento de um **conluio político** minam a tese do apelo ao legislador.]

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):** 1. É adequado anular normas para ‘forçar o suprimento da omissão’ pelo órgão legislativo competente. Cria-se, assim, um impasse para que não persista situação inconstitucional. [Dessa perspectiva para a colmatação direta da omissão inconstitucional, só resta o argumento da separação de poderes expresso. Isso porque essa ação do STF é, indiretamente, tentar chantagear o órgão legislativo a legislar. Por que não realizar a ação diretamente?]

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:** 1. A inconstitucionalidade por omissão pode servir como fundamento para a inconstitucionalidade por ação de uma norma transitória. Isso porque se a norma transitória servir para perenizar uma situação de omissão inconstitucional, ela deve ser declarada nula.

ADI 3303 (27/09/2006), Rel. Min. Ayres Britto

**Proponente:** PSDB

**Dispositivos constitucionais aplicados:** **37, X** – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

**Fatos do Caso:** O proponente sustenta a mora no envio do projeto legislativo por parte do Presidente, em janeiro de 2004.

**Questões relevantes:**

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Com a edição da lei 10331/2001, o reajuste dos servidores deve ser feito em janeiro do ano subsequente. 2. Desse modo, o envio do projeto de reajuste pelo Chefe do Executivo deve ser feito até janeiro. 3. A ADO foi ajuizada prematuramente, em 15/09/2004, quando ainda restavam 3 meses ao Presidente. Logo, julga-se improcedente a ADO.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Indefere-se a ação, por unanimidade

**Julgados citados:**

**Critérios que configuram Omissão (total ou parcial):**

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:** 1. Altera-se o que foi decidido na ADI 2061, quando se consignou que não há óbice ao ajuizamento da ADO antes do decurso do prazo para o dever de legislar.

ADI 3682 (09/05/2007), Rel. Min. Gilmar Mendes

**Proponente:** Assembleia Legislativa do Mato Grosso

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 18, §4 - 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.

**Fatos do Caso:** Argui-se que o comando de legislar contido na emenda constitucional nº15/96 está sendo descumprido pelo Presidente e pelo Congresso, causando prejuízo a diversas comunidades locais que desejam emanciparem-se.

**Questões relevantes:**

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Demonstra-se o efetivo prejuízo na não edição da lei, que obsta qualquer tentativa de criação ou desmembramento de Município, e o decurso de prazo considerável, de 10 anos. 2. O Ministro Relator aponta para uma suposta jurisprudência da Corte, sem citar nenhum julgado, que consideraria livre de omissão o mero desencadeamento do processo legislativo, não a efetiva aprovação da norma. Ele considera que, ao contrário, também a conduta morosa no que toca à discussão do legislador, a *inertia deliberandi*, deve ser considerada omissiva. 3. Sem explicação jurídica, o Relator fixa ‘prazo razoável’ de 18 meses para que o Legislativo emita a lei complementar. Menciona como parâmetro decisão em ADIs anteriores julgadas no mesmo dia, que permitia a vigência por 24 meses de Municípios criados ou alterados por lei estadual, mesmo sem a referida lei complementar federal.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:** 1. Baseando-se na jurisprudência firmada da Corte, o Ministro Marco Aurélio não fixa prazo ao Legislativo.

**Dispositivo:** 1. Reconhece-se a mora do Congresso Nacional em editar a lei complementar do art. 18, §4 por unanimidade. 2. Fixa-se prazo razoável de 18 meses para o cumprimento desse dever, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

**Julgados citados:** 1. 3689, 3489, 3316 e 2240 – ADIs que versam sobre a nulidade de leis estaduais que criam ou desmembram Municípios na ausência da lei complementar do art. 18, §4. Foram julgadas no mesmo dia e houve modulação de efeitos dessa nulidade por 24 meses. Utilizado esse período como parâmetro para fixação do prazo ao Congresso, para que ele edite a lei complementar antes da anulação de todos esses Municípios.

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. A *inertia deliberandi*, ou seja, excessiva demora ou negligência durante as fases de discussão e deliberação do processo legislativo, também pode configurar omissão inconstitucional. Assim, a simples existência de projetos de lei em trâmite no Legislativo não sana a omissão.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:** 1. O Ministro Gilmar Mendes parece incluir um prazo definido no dispositivo do acórdão não para que se acarrete sanção em caso de descumprimento, mas como uma maneira de sinalizar para o legislador a relevância da edição dessa lei, tendo em vista a quantidade de Municípios que só vigem devido à modulação de efeitos de decisão do Supremo nas ADIs 3689, 3489, 3316 e 2240.

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):** 1. O Relator fixa, pela primeira vez, prazo a órgão legislativo. Não se menciona a extensa

jurisprudência que entendia isso ser incabível nem se trazem fundamentos jurídicos, mesmo principiológicos, para ir contra a interpretação literal do art. 103, §2, que não fala em prazo para dever de legislar. 2. O Ministro Sepúlveda Pertence levanta dúvidas no que toca ‘às consequências jurídicas que poderão advir do descumprimento do prazo’ fixado. 3. O Ministro Ayres Britto interpreta o 103, §2 como restringindo ao órgão administrativo em mora não a possibilidade em si de ter prazo, mas a duração breve de 30 dias. Desse modo, para o órgão Legislativo, seria possível fixar prazo maior.

**Comparação com o MI:** 1. Refere-se ao MI 107 para ressaltar a impossibilidade da colmatação da omissão inconstitucional devido ao princípio da separação dos poderes.

**Outros comentários relevantes:**

J3: ADIs 875, 1987 (única por omissão), 2727 e 3243 (24/02/2010), Rel. Min. Gilmar Mendes

**Proponente:** Governador do RS e outros

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 161, II – Cabe a lei complementar estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios

**Fatos do Caso:** Os proponentes afirmam que há omissão em regulamentar o disposto no art. 161, II, já que os critérios da Lei Complementar 62/89, do Fundo de Participação dos Estados, não promoveriam o ‘equilíbrio socioeconômico’. Isso porque esses critérios não teriam sido desenvolvidos segundo dados objetivos do IBGE, mas por acordo político. Mais, eles teriam o intuito de durar somente por um ano até que fossem coletados os dados objetivos para a partilha dos recursos. As ações diretas por ação, por sua vez, atacam os coeficientes definidos pela lei, já que esta deveria ter definido critérios, segundo os quais o TCU definiria os coeficientes, e a permanência dos critérios de 1990 caso não sobrevenha lei que defina esses critérios objetivos.

**Questões relevantes:** São fungíveis a ADI e a ADO por omissão parcial? É constitucional uma norma com o intuito de transitoriedade tornar-se perene? A omissão parcial gera a nulidade da norma atacada, que pode ser mitigada pelo art. 27 da lei 9868/99, ou a inconstitucionalidade sem nulidade do texto?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Há relativa fungibilidade entre ADI e ADO pois, excluindo-se a omissão total, ambos avaliam a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude. 2. A técnica da modulação de efeitos do art. 27 da lei 9868/99 permite a declaração de inconstitucionalidade sem a nulidade da norma. Essa solução se mostra adequada para casos de omissão parcial e de ação, acabando com essa distinção algo artificial. 3. O comando constitucional de preservação do equilíbrio socioeconômico entre Estados exige que, dentre os critérios usados pelo FPE, estejam dados estatísticos objetivos apurados periodicamente. A mudança desse status quo de desigualdade envolve reconhecer a exata medida dessas vantagens e a possibilidade de que os coeficientes sejam revistos a cada ano. Portanto, critérios alteráveis e objetivos são decorrência direta da exigência constitucional de equilíbrio socioeconômico. 4. A simples manutenção de coeficientes de distribuição com base em médias históricas, sem retratar a efetiva e atual realidade socioeconômica, já é motivo para a inconstitucionalidade da medida. Justamente para permitir alguma flexibilidade conforme se altere a realidade fática, a lei deveria fixar os parâmetros para

distribuição dos recursos, não a distribuição em si. 5. Em suma, a lei do FPE não nasceu inconstitucional, mas inconstitucionalizou-se na medida em que seus critérios não foram se alterando para refletir a realidade.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Julga-se procedente a ação direta por omissão e as ações diretas por ação, vencido o Ministro Marco Aurélio, que só provia aquela. 2. Aplica-se a modulação de efeitos até o fim de 2012, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não a aplicava.

**Julgados citados:** 1. ADI 986 e 1442 – trazidos pelo Relator para enfrentar orientação do Pleno que entendeu incabível a conversão de ADI em ADO; 2. ADI 3682 – trazido para mostrar um avanço em termos de decisão em sede de ADO, quando se fixou prazo para o Legislativo. 3. MI 670 – usado pelo Relator para mostrar as sentenças de perfil aditivo propaladas pela Corte, já expedindo regulação provisória em caso de omissão inconstitucional.

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. A omissão parcial e a inconstitucionalidade superveniente aproximam-se de alguns vícios por ação ao censurar norma incompleta ou insuficiente. 2. Resta a tentativa de distinguir entre ADO e ADI a partir da adequada tutela jurisdicional, se a certificação do estado de mora ou a nulidade do ato atacado. Na realidade, os pedidos não seriam tão distintos assim, pois ambos pedem a ‘declaração de inconstitucionalidade da norma’, ainda que a causa da inconstitucionalidade possa residir na sua incompletude. Permanece, contudo, a impropriedade de declarar a nulidade do ato atacado em caso de omissão parcial, pois isso agravaria o estado de omissão. 3. Com a técnica de modulação de efeitos, útil tanto na ADI quando em algumas ADOs, não permanece nenhuma distinção prática entre essas duas classes processuais. 4. A omissão parcial deve conter norma constitucional que crie dever de legislar e edição de lei que confira tratamento aquém do esperado à matéria. 5. A omissão não está na concepção original de transitoriedade da norma atacada, mas no efetivo inadimplemento do dever constitucional de promover o equilíbrio socioeconômico. 6. Se houver alteração dos dispositivos constitucionais que balizaram o ajuizamento de determinada ADO, ainda se pode julgar se essa alteração tiver sido ‘substancial’.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):** 1. A manutenção de coeficientes de distribuição calculados com base em uma média histórica já é suficiente para tornar a referida lei inconstitucional. Isso porque diante da alteração das relações fáticas, o crescimento e mudança dos Estados, que se reflete nos seus indicadores socioeconômicos, o diploma legal não mais cumpre o comando constitucional de promoção do equilíbrio de recursos. 2. Associa-se o cabimento da fixação dos coeficientes diretamente pela lei à ‘absurda hipótese segundo a qual os dados atinentes à população, renda per capita, produção, receita e despesa se mantivessem constantes’. 3. Percebo que o Ministro Relator busca demonstrar não só a existência do **dever de legislar em si** e de algum **comando adicional** que importe **restrição de conteúdo** dessa lei, como toda omissão parcial. Ele também busca provar que essa restrição de conteúdo tem a ver com um **requisito de atualização constante**, tendo como base informações do mundo real (no caso, arguindo que equilíbrio socioeconômico só se obtém por meio de distribuição relacionada aos indicadores sociais do IBGE). 4. Mais, parece que esse tipo de inconstitucionalidade se verifica se, além desses três requisitos supracitados, houver uma **probabilidade de mudança** nas

relações fáticas.

**Comentários sobre o comportamento do legislador:** 1. A discussão quanto ao prazo de vigência da norma é permeada por considerações da possibilidade do Congresso de legislar no prazo de 24 meses. Menciona-se o fato de ser ano eleitoral e, por outro lado, de o Congresso já ter se organizado em questão de dias quando é de seu interesse. 2. A Corte acaba por optar em considerar o ano fiscal, não um número de meses, tanto pela conveniência por se tratar de matéria financeira quanto para dar mais alguns meses ao legislador. 3. O Ministro Cezar Peluso busca consignar no dispositivo que, caso não se respeite o prazo para a modulação de 24 meses, a lei ficará sem efeito. Segundo ele, isso aumentaria a pressão política à votação oportuna da nova lei.

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):** 1. A diferença entre ADI e ADO parcial está na escolha da técnica de decisão adequada para superar as situações de omissão legislativa inconstitucional. 2. O Ministro Relator afirma que, apesar de a omissão parcial acarretar a suspensão do ato atacado, em alguns casos, ela pode exigir a aplicação da lei inconstitucional para evitar maior omissão. Parece-me que essa segunda consequência é não a exceção, mas a regra do tratamento da omissão inconstitucional. Contudo, ele parece exigir a aplicação excepcional e com quórum qualificado do art. 27 da lei 9868/99 para que a omissão parcial não suspenda o ato atacado. 3. O Relator aplica o art. 27 da lei 9868/99, tanto nas ADIs quanto nas ADOs, para que o diploma valha até o fim de 2012. Não há qualquer fundamentação quanto à escolha dessa data. 4. Os Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto, fugindo da aplicação da modulação de efeitos, indagam se não seria mais adequado julgar a ação improcedente, mas apelando ao legislador quanto à necessidade de produzir nova lei. O Ministro Relator responde que os resultados até então desse apelo teriam sido insuficientes.

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:** 1. O Relator argumenta como as ações possuem causas de pedir muito próximas, mesmo umas se tratando de ADI e outra de ADO. Isso porque o mal cumprimento de um dever constitucional, como promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados, pode ser tanto omissão parcial quanto vício de ação. 2. Além disso, a não inclusão de determinado conteúdo na norma, como os critérios para o FPE, foi considerado vício por ação, quando pode ser omissão. 3. Isso porque após certo tempo de promulgação da Constituição, poucos serão os casos de omissão total, predominando a omissão parcial ou a inconstitucionalidade superveniente.

ADI 1698 (25/02/2010), Rel. Min. Carmen Lúcia

**Proponente:** PT, PC do B e PDT

**Dispositivos constitucionais aplicados:** **208, I** – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos que a ela não tiveram acesso na idade própria; **214, I** - A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I- erradicação do

analfabetismo

**Fatos do Caso:** Os autores alegam, em 1997, que o Presidente não tem feito esforços no sentido de cumprir os mandamentos dos artigos 208, I e 214, I, permitindo que 6 milhões de crianças estejam fora do ensino e 32 milhões de cidadãos permaneçam iletrados. Pede-se o reconhecimento da omissão administrativa do Presidente e a fixação de prazo de 30 dias para que se apresentem medidas destinadas a sanar tal omissão.

**Questões relevantes:** É possível o controle de constitucionalidade por omissão de políticas públicas? Nesse caso, a omissão ocorre com a inércia do Poder Público ou com a incapacidade de obter o resultado constitucionalmente obrigatório?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Os elementos factuais trazidos nos autos não permitem reconhecer uma omissão normativa em buscar universalizar o ensino básico e erradicar o analfabetismo. 2. Ressaltam-se tanto iniciativas legislativas quanto programas da Administração, que buscam atacar esse problema.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:** 1. O Ministro Marco Aurélio afirma que os avanços na educação são demasiado curtos, especialmente considerando a porcentagem de recursos investidos nesse setor pelo Estado. 2. Para ele, cumprir o piso constitucional sem o pleno adimplemento do dever posto pela Constituição seria causa de omissão, já que se poderia ‘fazer um pouco mais’.

**Dispositivo:** 1. Julga-se improcedente a ação por omissão, vencido o Ministro Marco Aurélio.

**Julgados citados:** 1. ADI 19 – trazido pela Relatora para afirmar que a verificação da omissão não é a falta de qualquer ação (omissão naturalística), mas de ações normativamente exigidas (omissão normativa).

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. Mesmo sem o pleno cumprimento de um dever constitucional (erradicação do analfabetismo), a omissão só se configura com a **inércia**, resolvendo-se se se comprovar programas que impliquem tentativas e progresso nos índices. 2. É possível o controle de constitucionalidade por omissão no âmbito de políticas públicas no campo dos direitos sociais. 3. O Ministro Ayres Britto menciona se há prova do contingenciamento de despesas, para posteriormente acompanhar a relatora. 4. Para o Ministro Marco Aurélio, haveria omissão mesmo com o cumprimento da despesa mínima constitucional, se ainda persistisse o analfabetismo. Ele entende que o gasto mínimo só é aceitável se, com ele, já se puder cumprir todos os deveres constitucionais. ‘Se se tem a observância desses percentuais mínimos, simplesmente se diz que tudo vem sendo feito para se erradicar o analfabetismo no Brasil?’/Min. Ayres Britto: eu acho que não cabe à Relatora dizer que tudo está sendo feito’ (p. 23). 5. A Ministra Relatora distingue entre **insuficiência** do gasto em realizar a promessa constitucional e **inércia** do Poder Público. 6. O Ministro Gilmar Mendes consagra que, em caso de norma programática, a omissão deve ser julgada a partir não da satisfação completa da tarefa constitucional, mas da aproximação de sua consecução.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):** 1. A omissão só seria reconhecida se fosse possível indicar medida administrativa a ser tomada pelo Executivo que fosse solucionar o problema, por exemplo, a liberação de



recursos contingenciados.

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

ADO 6 (11/02/2015), Rel. Min. Ricardo Lewandowski

**Proponente:** DEM

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 39, §4 - O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI; 128, §5, I, c - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: as seguintes garantias: irredutibilidade de subsídio; 135 - Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º; 144, §9 - A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39.

**Fatos do Caso:** O partido proponente ajuizou ADO em face do Governador do Estado no que toca ao envio do projeto legislativo de sua competência privativa sobre remuneração de militares e bombeiros. Pediu a constituição em mora e a definição de prazo.

**Questões relevantes:**

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Não se conhece da ação no que toca ao MP, pois a iniciativa legislativa não é do Governador. 2. Julga-se prejudicada por perda superveniente do objeto.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Prejudicada, por unanimidade

**Julgados citados:**

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):**

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

ADI 4079 (26/02/2015), Rel. Min. Roberto Barroso

**Proponente:** Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação

**Dispositivos constitucionais aplicados:**

**Fatos do Caso:** Ataca-se lei que altera a remuneração dos professores estaduais do Espírito Santo do modelo de vencimentos para de subsídio, permitindo-se aos já contratados optarem pela troca de regime. O proponente argui, dentre pedidos de inconstitucionalidade por ação relativos a direito adquirido, irredutibilidade de

remuneração e outros, a omissão parcial por quebra da isonomia. Isso porque os optantes pelo regime antigo estariam excluídos dos aumentos salariais previstos para o regime de subsídio. Pede-se, no que toca à omissão, a inclusão dos que não integrarem o novo regime nos reajustes salariais.

**Questões relevantes:** É possível cumular pedidos de inconstitucionalidade por ação e por omissão quando eles forem incompatíveis entre si (um quer a nulidade do dispositivo, outro a extensão do dispositivo)?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Como o servidor público pode, por ato de vontade, entrar no novo regime de pagamentos, não se configuram os vícios de quebra de direito adquirido ou de isonomia apontados. 2. Como o direito à opção não tem limitação temporal, no momento que não mais for interessante ao servidor público, ele pode adentrar no regime de subsídios.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Julga-se improcedente a ação, na parte conhecida, por unanimidade.

**Julgados citados:** 1. ADI 875 – trazida pelo Relator para fundamentar a possibilidade de cumular pedidos de ADI e ADO, quando há hipóteses de fungibilidade. Aqui, ele afirma tratar-se de uma nova hipótese.

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):**

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:** 1. Na ADI 875, reconheceu-se a fungibilidade entre ADI e ADO porque a técnica de decisão para prover tutela adequada aos pedidos seria a mesma, a inconstitucionalidade sem nulidade do art. 27 da lei 9868/99. 2. Nesse caso, impugnação do artigo 3º por quebra da isonomia poderia levar à extensão do reajuste salarial a todos os servidores, hipótese de omissão parcial, ou, subsidiariamente, à sua exclusão do mundo jurídico. Por isso, parece que a omissão parcial por violação da igualdade é também fungível com a ação direta por ação. 3. ‘O que varia, portanto, não é o fundamento do pedido, mas a consequência de seu eventual acolhimento. O objeto do controle e a alegada causa de sua inconstitucionalidade são os mesmos.(p.31)’

ADO 28 (16/04/2015), Rel. Min. Carmen Lúcia

**Proponente:** Conselho Federal da OAB

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 40, §1 (para mostrar que, na Constituição, mulheres contribuem por tempo menor), 40, §4, II e III - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: que exerçam atividades de risco; cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física

**Fatos do Caso:** O autor alega mora legislativa do Governador e da Assembleia Legislativa de São Paulo em criar norma que defina os critérios diferenciados para aposentadoria de policiais civis e militares do sexo feminino. Atualmente, independentemente do sexo, todos os policiais cumpriram o mesmo tempo de serviço,

o que violaria o regramento constitucional. Pede a declaração da omissão legislativa com prazo para seu cumprimento e a aplicação analógica da legislação de outros Estados, para assegurar às policiais mulheres aposentadoria com 5 anos a menos que aos homens.

**Questões relevantes:**

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Sobreveio lei complementar federal que tratou da aposentadoria da policial civil que consagrava o menor tempo de contribuição para aposentadoria, de modo que nesse ponto não pode haver omissão. Norma geral federal suspende eficácia da norma geral estadual no modelo de competência concorrente. 2. Não se aplica aos policiais militares o disposto no art. 40, §4 por força do artigo 42, §1 da Constituição. Isso se verifica segundo firme jurisprudência do Supremo, em uma gama de temas envolvendo os policiais.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:** 1. O Ministro Marco Aurélio entende ser obrigatório o tratamento diferenciado conforme o gênero para qualquer aposentadoria.

**Dispositivo:** 1. Julga-se improcedente a ação, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não a conhecia e, no mérito, a provia.

**Julgados citados:**

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):**

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):**

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:** 1. O fato de a lei federal das policiais civis ter sido editada antes do ajuizamento da ADO faz que não haja prejudicialidade nesse ponto, mas improcedência.

ADO 22 (22/04/2015), Rel. Min. Carmen Lúcia

**Proponente:** PGR

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 220, §4 - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

**Fatos do Caso:** Aponta-se a omissão parcial na lei que regulamenta a propaganda de bebidas alcoólicas, pois são excluídas de seu âmbito de incidência as de teor alcóolico inferior a 13 GL. Pede que seja declarada a mora legislativa e que se estenda o regramento da referida lei a todas as bebidas até que seja suprida a lacuna legislativa.

**Questões relevantes:** Pode o STF suprir a eventual omissão inconstitucional? A omissão inconstitucional subsiste se a norma for suprida por controle exercido por autorregulação da sociedade civil? Uma omissão deliberada do legislador, após debates e audiências públicas, retira o caráter omissivo da conduta?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Não é possível suprir a omissão parcial em sede jurisdicional, mas apenas cientificar o legislador de sua mora. 2. Já há autorregulamentação do CONAR, que disciplina bem a propaganda de bebidas alcoólicas inferior a 13 GL. 3. Subsidiariamente, ao olhar os debates parlamentares,

percebe-se que esse teor alcóolico não foi arbitrariamente imposto, mas resultado de debates e interlocução com a sociedade. 4. Tratar-se-ia, então, de analisar a conveniência política da lei, algo impossível para o Supremo. 5. Há longo trecho no voto, com citação de inúmeros julgados do Tribunal, sedimentando a impossibilidade de atuação como legislador positivo por violação da separação de poderes.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Conhece-se da ação, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a conhecia em parte. 2. Julga-se improcedente, por unanimidade.

**Julgados citados:** 1. ADI 1755: ação com o mesmo objeto pela via da inconstitucionalidade positiva, trazida pelo autor para mostrar que não foi conhecida pois seria hipótese de omissão parcial. Segundo o relator desta ação, a tutela almejada não seria obtida pela via da ação. 2. ADI 1439 e outras – trazida pela Relatora para justificar a impossibilidade de suprir a omissão parcial, se ela existir.

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. Inexiste omissão inconstitucional se regramento outro que a lei federal, no caso autorregulamentação do CONAR, possuir o conteúdo normativo requerido pela Constituição. 2. A constatação de que determinada hipótese de incidência da norma foi deixada de fora pelo legislador intencionalmente, após debates parlamentares, é elemento subsidiário que indica a ausência de omissão.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:**

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):** 1. É jurisprudência pacífica do STF a impossibilidade de criar norma geral e abstrata em sede jurisdicional, agindo como legislador positivo. 2. Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio levantou a hipótese de não conhecimento da ação no pedido sobre a extensão da norma, por impossibilidade jurídica do pedido. Ao que não foi acompanhado pelos outros colegas.

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**

ADI 4650 (17/09/2015), Rel. Min. Luis Fux

**Proponente:** Conselho Federal da OAB

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 5º, caput; 14, 1º [princípios republicano, da isonomia e democrático]

**Fatos do Caso:** Argui-se a inconstitucionalidade das atuais regras de financiamento eleitoral, por violarem o princípio da isonomia na medida em que dão margem ao abuso de poder econômico. Em meio a uma série de pedidos de inconstitucionalidade por ação, pede-se a declaração de mora do Congresso em editar uma lei estabelecendo limite per capita para doações de pessoas naturais, fixando prazo de 18 meses, sob pena de transferir-se ao TSE a prerrogativa de emitir a norma.

**Questões relevantes:** É possível derivar um dever de legislar de uma disposição não direta, que não menciona expressões como ‘na forma da lei’ ou equivalentes, mas de um conjunto abstrato de princípios? É possível instar o legislador a legislar, já delimitando um conteúdo legislativo obrigatório? É possível transferir a competência de editar a norma para outro órgão do Poder Público quando há desrespeito do prazo

dado ao Legislativo? É possível que o STF declare a nulidade de diploma legislativo e, ato contínuo, declare a mora inconstitucional sobre matéria que era versada por esse mesmo diploma?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Apesar de não estabelecer regramento específico ao financiamento eleitoral, a Constituição estabeleceu uma moldura normativa, por meio de princípios gerais (democrático, isonômico, pluralismo), que reduzem o espaço de liberdade do legislador.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:** 1. O Ministro Teori Zavascki, Gilmar Mendes e o Ministro Marco Aurélio entendem que instar o Congresso a legislar com um conteúdo determinado e com a ameaça de transferir a competência ao TSE seria incompatível com o âmbito da ADO. 2. Não seria possível anular a norma apontada como omissa pois, ainda que imperfeitamente, ela prevê um limite às doações de pessoas naturais, de modo que sua anulação agravaria a quebra de isonomia.

**Dispositivo:**

**Julgados citados:** 1. ADI 875 – trazido pelo Relator para afirmar que, ainda que houvesse cumulação de pedidos de ADI e ADO, ela seria cabível pois a Corte teria reconhecido a fungibilidade entre essas ações. Na realidade, essa fungibilidade só foi aceita em algumas hipóteses definidas, sem prejuízo, é verdade, de novas serem reconhecidas a depender do caso concreto. De qualquer modo, não se trata de uma fungibilidade absoluta e irrestrita.

**Crerios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. A identificação da omissão foi feita, ao contrário dos outros acórdãos, com base em princípios genericamente presentes na Constituição, não um dispositivo específico.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:** 1. O Ministro Joaquim Barbosa afirma que, como a ação foi ajuizada em 2011, não se justifica a modulação de efeitos porque o Congresso, ao ter conhecimento dessa ação, poderia ter regulado a matéria em tempo hábil. 2. Ele afirma ainda que a técnica de sentença aditiva de princípio desmoraliza o Tribunal, pois o Congresso simplesmente não respeita a diretriz da Corte.

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):** 1. Novamente, o Tribunal não reconheceu a impossibilidade jurídica do pedido de instar o Congresso a legislar mediante prazo e com conteúdo específico (limite para doações eleitorais). 2. O Relator afirma que esse pedido configuraria ‘sentença aditiva de princípio’, uma técnica utilizada em várias Cortes Constitucionais pela qual, além de dar prazo para legislar, já se indicam diretrizes a serem seguidas. Mesmo que ela deva ser utilizada com cautela frente à separação de poderes, não se poderia declará-la juridicamente impossível e fechar as portas para esse instrumento útil para a Corte em muitos casos. Segundo ele, essa técnica é a solução ideal que harmoniza a força normativa da Constituição e o princípio da separação de poderes. 3. Quanto à transferência da competência para o TSE após o decurso do prazo, seria atuação subsidiária e excepcional, que poderia ser revogada tão logo o Congresso decidisse legislar. Trata-se de uma matéria que tem ‘preferência de lei’. Além disso, essa medida é um esforço para dotar de efetividade aos pronunciamentos do STF.

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:** 1. Pedido julgado procedente que consta do voto do

Relator: para recomendar ao Congresso Nacional a edição de um novo marco normativo de financiamento de campanhas, dentro do prazo razoável de 24 (vinte e quatro) meses, tomando os seguintes parâmetros: a) o limite a ser fixado para doações a campanha eleitoral ou a partidos políticos por pessoa natural, deve ser uniforme e em patamares que não comprometam a igualdade de oportunidades entre os candidatos nas eleições; b) idêntica orientação deve nortear a atividade legiferante na regulamentação para o uso de recursos próprios pelos candidatos, e c) em caso de não elaboração da norma pelo Congresso Nacional, no prazo de 18 (dezoito) meses, outorgar ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a competência para regular, em bases excepcionais, a matéria 2. Sobreveio lei do Congresso regulando a matéria, de modo que esse pedido ficou prejudicado (p. 189). Consta, assim, da ata final do julgamento: ‘Com relação às pessoas físicas, as contribuições ficam reguladas pela lei em vigor’.

ADO 25 (30/11/2016), Rel. Min. Gilmar Mendes

**Proponente:** Governador do Pará

**Dispositivos constitucionais aplicados:** ADCT, 91, caput - 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. §2 - A entrega de recursos prevista neste artigo perdurará, conforme definido em lei complementar, até que o imposto a que se refere o art. 155, II, tenha o produto de sua arrecadação destinado predominantemente, em proporção não inferior a oitenta por cento, ao Estado onde ocorrer o consumo das mercadorias, bens ou serviços.

**Fatos do Caso:** O requerente sustenta que a lei complementar prevista pelo art. 91 do ADCT não teria sido promulgada, passados 13 anos de sua inclusão no texto constitucional, caracterizando omissão inconstitucional. Essa omissão geraria prejuízos para os Estados exportadores porque houve ampla desoneração do ICMS para produtos destinados à exportação, sem a devida compensação prevista na lei complementar omissa. Pede-se declaração de omissão e fixação de prazo razoável para colmatação da lacuna.

**Questões relevantes:** É possível configurar omissão quando o dispositivo constitucional já prevê a aplicação de um regramento provisório enquanto não houver emissão da norma devida?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. A emenda constitucional 42/2003 elevou ao plano constitucional tanto a desoneração do ICMS dos produtos exportados quanto a compensação aos Estados do montante perdido por essa desoneração. 2. A mera existência de projetos de lei destinados a suprir a omissão não a afasta, considerando-se *inertia deliberandi*. Esclarece-se os critérios para aferição dessa inércia: longo período de ausência de lei (mais de 10 anos) e prejuízos materiais relevantes. 3. O fato de a emenda ter trazido critérios provisórios não afasta a omissão, pois ela ocorre justamente quando há perenização de regras pretensamente transitórias. 4. Seguindo a técnica da delegação da execução de decisões em casos de *complex enforcement*, na hipótese de decurso do prazo, delega-se ao TCU, anualmente, definir os montantes a serem transferidos segundo o *caput* o art. 91 do ADCT. 5. Já a

distribuição de recursos entre cada Estado e seus Municípios, estabelece-se as condições do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que devem ser seguidas pelo TCU. 6. Esses órgãos foram eleitos devido a sua pertinência temática e competência analógica, constitucionalmente atribuída no caso do TCU para definir os critérios do FPE e do FPM.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:** 1. O Ministro Marco Aurélio diverge quanto à decisão. Afirma ‘manter-se fiel aos princípios’ para simplesmente assentar a mora do Legislativo. 2. Já o Ministro Teori Zavascki, ao reconhecer que se está construindo o instituto da inconstitucionalidade por omissão, opta por fixar prazo, mas não delegar ao TCU. Na hipótese de desrespeito ao prazo, ele sugere que o Tribunal se reúna novamente para decidir meios para executar sua decisão.

**Dispositivo:** 1. Certifica-se a mora do Congresso em emitir a lei complementar referida pelo artigo 94 do ADCT, por unanimidade. 2. Fixa-se prazo de 12 meses para que o Legislativo supra essa omissão, vencido o Ministro Marco Aurélio. 3. Determina-se que, no desrespeito do prazo, caberá ao TCU determinar o valor e a distribuição dos montantes compensatórios, vencidos os Ministros Teori Zavascki e Carmen Lúcia, que entendiam haver necessidade de nova assentada do Tribunal para decidir o que fazer se o prazo fosse desrespeitado, e o Ministro Marco Aurélio, que sequer concedia prazo.

**Julgados citados:** 1. ADI 2495 – ação julgada prejudicada, trazida pelo Relator, para mostrar que, no passado, se considerava sanada a omissão apenas com o envio do projeto. 2. ADI 3682 – trazida pelo Relator para mostrar a aplicação do conceito de *inertia deliberandi*. 3. ADI 875 – trazida pelo Relator para mostrar a semelhança com o presente caso, que se trata de uma ‘inconstitucionalidade superveniente’.

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. Não obstante a previsão de um regramento provisório pelo próprio preceito constitucional, não se afasta o estado de omissão já que ele decorre justamente da perenização de regras pretensamente transitórias.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):** 1. A vigência de um regramento provisório por longos períodos de tempo gera a inconstitucionalidade desse regramento, mesmo que estiver previsto em norma constitucional. Isso porque a intenção de transitoriedade prevalece, fazendo que se caduque norma por demais longeva.

**Comentários sobre o comportamento do legislador:** 1. O Ministro Teori Zavascki, ao defender sua posição intermediária quanto à decisão, argumenta que a Corte deve levar em consideração ‘as razões pelas quais o Parlamento não legislou a respeito’. Ele entende que se deve respeitar a incapacidade de formar consensos imediatos para que se fomente o debate legislativo. Entende que a fixação de prazo já com medida alternativa inibe esse debate, enquanto o prazo com posterior avaliação de qual é o desempenho do Congresso permite que não se imponha medida coercitiva se se entender razoável o andamento do projeto de lei.

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):** 1. O Relator demonstra grande preocupação com o *enforcement* de obrigações de fazer ao Poder Público, inclusive de prazo para legislar. 2. Ele menciona instituto do Direito alemão segundo o qual o Tribunal Constitucional pode decidir os meios de execução de suas decisões, inclusive delegando a execução para outros órgãos, com maior ou menor discricionariedade. Essa solução já teria sido feita pelo STF, que já delegou tarefas ao CNJ e ao TRF-1. 3. Fundamenta-se, assim, a adoção de técnica semelhante, na hipótese

de decurso do prazo. Atente-se que o critério para escolha dos órgãos a que se delega deve ser de aplicação analógica das competências que esses órgãos já possuem. 4. O Ministro Roberto Barroso propõe, como critério para afastar a textualidade do artigo 103, §2, sobre a fixação de prazo, a existência de violação a direito subjetivo em decorrência da omissão inconstitucional. 5. O Ministro Ricardo Lewandowski afirma que a delegação imediata ao TCU violaria menos a textualidade do art. 103, §2, do que a fixação de prazo. Além disso, afirma que seria mais eficiente em termos de rapidez da promulgação da norma exigida, ainda que diminua o diálogo institucional.

**Comparação com o MI:** 1. A Ministra Carmen Lúcia compara a construção jurisprudencial da ADO que se faz nesse momento com a que se fez no MI. Afirma que se superou uma interpretação mais textual da Constituição para responder a necessidades do mundo da vida. 2. Segundo o Ministro Relator, os institutos do MI e da ADO têm de ser vistos de forma complementar, com efeitos semelhantes. 3. O Ministro Teori Zavascki relembra que a Lei 9868/99 permite colmatar a lacuna provisoriamente em sede de liminar, o que indica a permissão também para o julgamento definitivo. O Relator complementa ainda dizendo que essa lei manda aplicar as técnicas de decisão da ADI à ADO.

**Outros comentários relevantes:**

ADO 26 (13/06/2019) Voto do Relator Celso de Mello e ementa e acórdão da ADO

**Proponente:** PPS

**Dispositivos constitucionais aplicados:** 5º, **XLI** - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; **XLII** - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

**Fatos do Caso:** Pede-se a declaração de mora por omissão absoluta em emitir lei penal no que toca à proteção das pessoas LGBT, conforme mandamento do artigo 5º, **XLI** Acentua-se a lesão ao direito subjetivo da comunidade LGBT em razão dessa mora. Além disso, aponta a omissão parcial da lei de racismo, que não prevê a a gressão homofóbica ou transfóbica, especialmente do conceito amplo sedimentado no caso Ellwanger. Pede-se a colmatação jurisdicional da lacuna por meio da interpretação conforme para inclusão de crimes cometidos contra os LGBT em razão de sua condição nos tipos penais de racismo ou, subsidiariamente, da produção de norma regulamentadora pelo próprio Tribunal. Pede ainda a responsabilidade civil do Estado em razão dessa omissão, considerada como negligente, pelo dano moral e material experimentado por LGBTs. O Senado apresentou defesa, mostrando a existência de projetos de lei em trâmite que contemplam o conteúdo pedido pelo requerente.

**Questões relevantes:** Pode-se pedir interpretação conforme em caso de omissão parcial? A omissão legislativa acarreta a responsabilidade civil do Estado pelos danos que dela decorrem?

**Fundamento Principal da corrente vencedora:** 1. Em controle concentrado de constitucionalidade não cabe pedido de natureza condenatória de responsabilidade civil, pois é processo objetivo que não discute interesses subjetivos. 2. Segue-se analisando a possibilidade do pedido subsidiário de *tipificar penalmente* a homofobia e transfobia, superando o princípio da legalidade penal. Isso é considerado improcedente por (i) violação à separação de poderes e (ii) violação descabida ao princípio reserva de lei em matéria penal. 3. O Relator reconhece empiricamente uma opressão contra LGBTs, tanto historicamente construída, quanto atualmente constatável por notícias e



crimes extremamente violentos. 4. Reconhece-se o (i) dever constitucional de legislar imposto pelos artigos 5º, XLI e XLII e (ii) a inércia do Legislativo para reconhecer a omissão. 5. Com esses requisitos preenchidos, o Relator passa a analisar a possibilidade de (i) cientificar a mora do Congresso e (ii) reconhecer a homofobia e transfobia no conceito de racismo da lei 7716/89 para fins de tutela penal. Por razões de mérito dogmático, reconhece a procedência de ambos os pedidos.

**Fundamento principal da corrente concorrente:**

**Fundamento principal da corrente vencida:**

**Dispositivo:** 1. Conhecimento parcial da ADO, não conhecendo pedido de condenação com base em responsabilidade civil do Estado, por unanimidade. 2. Declarar a existência de mora inconstitucional do Legislativo com prazo de 12 meses, vencido o Ministro Marco Aurélio. 3. Dar interpretação conforme à Constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia no conceito de racismo, inclusive para tipos penais, na Lei 7716/89, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. 4. Modular os efeitos da interpretação conforme para após a conclusão do julgamento, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

**Julgados citados:** HC 82.424 – trazido para fundamentar uma interpretação ampla de racismo. ADI 3682 – para fundamentar a possibilidade de *inertia deliberandi*, já amplamente consagrada nos julgados da Corte e de prazo legislativo. ADI 3112 – trazido pelo Relator para mostrar a aplicação do princípio da vedação à proteção deficiente e a tutela penal contida no artigo 5º, XLI.

**Crítérios que configuram Omissão (total ou parcial):** 1. Reiteram-se as teses consagradas para reconhecimento da omissão: dever de legislar, excessiva demora do Legislativo (prazo razoável), *inertia deliberandi*, erosão da consciência constitucional como consequência da perduração da omissão inconstitucional.

**Inconstitucionalidade superveniente (conjunto de casos que formam esse paradigma):**

**Comentários sobre o comportamento do legislador:** 1. “O mero apelo ao legislador, no entanto, nem sempre se tem demonstrado solução eficaz, quando não inócua, em razão da indiferença revelada pelo Poder Legislativo, que persiste, não obstante a decisão emanada desta Corte, em permanecer em estado de crônico e reiterado inadimplemento da prestação legislativa que lhe incumbe promover.”

**Cabimento de determinado efeito jurídico da sentença procedente (em tese):** 1. Não é possível formular pedido de responsabilidade civil do Estado pelos danos causados em decorrência de omissão normativa, mesmo que ela for reconhecida pelo Tribunal e se tratar de direitos transindividuais. (Isso pode ser analisado pelas vias processuais ordinárias). 2. É impossível a colmatação da norma faltante por via jurisdicional pela separação de poderes. Essa separação de poderes é ainda mais violada pela reserva de lei que, em Direito Penal, é um valor ainda mais relevante. Isso seria o exercício de função absolutamente atípica ao Judiciário, qual seja, a função de legislador **positivo**. 3. Para o Relator, o prazo ao legislativo não tem caráter mandamental, mas apenas ‘fixação de um prazo temporal razoável.’ Ele cita o primeiro julgado em que há prazo ao Legislativo (ADI 3682), sobre o qual, em minha visão, já houve superação dessa concepção com as medidas concretistas de transferência de competência em caso de descumprimento do prazo. Depois, contraditoriamente, ele afirma que, em caso de desrespeito de um prazo ‘não mandamental’, há possibilidade de o STF formular uma solução jurisdicional que viabilize a aplicação da norma constitucional de eficácia limitada. Para ele, inclusive, a falta de efetividade do prazo

legislativo *justifica* a adoção imediata da técnica de interpretação conforme. 4. O Relator faz questão de pontuar a diferença entre a produção normativa e a interpretação extensiva do tipo penal. Somente essa segunda seria autorizada à luz do princípio da separação de poderes. 5. Inclusive, afasta-se expressamente a ideia de que essa decisão seria uma ‘sentença aditiva’, rótulo que foi apropriado por outras decisões recentes da Corte (ADI 4650). Isso porque ‘um dos pressupostos para que seja legitimamente proferida uma decisão de perfil aditivo consiste na impossibilidade de o Tribunal resolver a controvérsia jurídica mediante emprego do método da interpretação conforme à Constituição’. 6. Estranho o fato de o Relator condicionar a eficácia da interpretação conforme até ‘que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos no art. 5º, LXI e LXII’. Ora, se há uma subsunção interpretativa, se não há qualquer traço de criação normativa, não é possível que uma decisão declaratória tenha sua eficácia submetida a um evento futuro. O magistrado, ao descobrir o Direito e interpretar o dispositivo, declara que determinada hipótese fática *já estava contida* na norma abstratamente construída. É, portanto, totalmente irrazoável permitir que essa interpretação conforme tenha sua eficácia condicionada; isso só seria juridicamente lógico se o Relator assumisse o caráter criativo, produtor de sua decisão. [DÚVIDA JURÍDICA: pode uma interpretação conforme estar condicionada a um evento futuro? Isso já ocorreu?]

**Comparação com o MI:**

**Outros comentários relevantes:**