

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS

BRENDA DE LA TORRE BARROS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N° 25:
implicações no combate à celeuma das omissões inconstitucionais e
repercussões no redesenho do pacto federativo nacional

SANTA RITA
2017

BRENDA DE LA TORRE BARROS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N° 25:
implicações no combate à celeuma das omissões inconstitucionais e
repercussões no redesenho do pacto federativo nacional

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de Santa Rita do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como exigência
parcial da obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Me. Ulisses da Silveira
Job

SANTA RITA

2017

Barros, Brenda De La Torre.

B277a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº25: implicações no combate à celeuma das omissões inconstitucionais e repercussões no redesenho do pacto federativo nacional / Brenda De La Torre Barros – Santa Rita, 2017.

64f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba.
Departamento de Ciências Jurídicas, Santa Rita, 2017.

Orientador: Profº. Me. Ulisses da Silveira Job.

1. ADO. 2. Omissão. 3. Inefetividade. 4. Inconstitucionalidade. 5. Ativismo. I. Job, Ulisses da Silveira. II. Título.

BRENDA DE LA TORRE BARROS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N° 25:
implicações no combate à celeuma das omissões inconstitucionais e
repercussões no redesenho do pacto federativo nacional

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de Santa Rita do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como exigência
parcial da obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Me. Ulisses da Silveira
Job

Banca Examinadora:

Data da aprovação: _____

Profº. Me. Ulisses da Silveira Job (Orientador)

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, eu gostaria de agradecer a Deus, pois sem Ele nada disso seria possível, agradecer, sobretudo, a sua infinita bondade e à toda luz que me foi dirigida e que me conduziu durante esses cinco anos de graduação. Agradeço aos meus pais, France e Flávio, pelo amparo, incentivo e educação que me foram transmitidos e que refletem no meu caráter. Agradeço, também, aos meus irmãos, Daphne e Kevin, por toda compreensão e paciência, assim como por me fazerem rir em momentos angustiantes. Em especial, reforço os agradecimentos a minha amada irmã Daphne que me acompanha, de Rouland a Wambier, em leituras incansáveis e não mede esforços para me ajudar e me ver feliz. A Rodolfo Torres, meus mais estimados agradecimentos, por toda companhia, por toda crença, todo estímulo e todo amor que me deu durante esses quatro anos de namoro. Agradeço a minha amiga Juliana Letícia, por todas as vezes que demonstrou o mais sincero sentimento de amizade. A meu orientador, Ulisses Job, quem primeiramente me apresentou o Direito Constitucional e, sem dúvida alguma, influenciou na minha estima pela matéria e agradeço por toda dedicação que despendeu a esse presente trabalho. Finalmente, agradeço ao professor Waldemar Neto pela ajuda que me concedeu, mesmo diante de tantas ocupações, e pelo exemplo de docente e pessoa.

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso versa sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 25 (ADO), evidenciando-se a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgá-la, bem como demonstrando as consequências decorrentes de seu julgamento no cenário das omissões inconstitucionais. Ressaltou-se que a partir do enrobustecimento do neoconstitucionalismo, os dispositivos constitucionais ganharam força normativa, saindo da completa ineficácia para a eficácia. O modelo do neoconstitucionalismo surgiu no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988. Com a sua promulgação, advieram os direitos individuais, difusos, sociais e políticos, todos dotados de aplicabilidade imediata. As normas constitucionais passaram a ser dotadas de imperatividade, de modo a se prezar por seu efetivo cumprimento. Contudo, a Constituição da República é repleta de normas que, para produzirem seus efeitos máximos, dependem de regulamentação posterior do legislador ordinário (normas constitucionais de eficácia limitada). Face à não regulamentação desses dispositivos, surge o problema da inefetividade das normas constitucionais. A Suprema Corte, ao julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, restringia-se a declarar a mora do órgão omissor e a cientificá-lo, apenas. Houve, assim, a caracterização da corrente não concretista, que, por sua vez, não produzia efeitos práticos, no que atine ao combate das omissões inconstitucionais. A posteriori, a Corte Constitucional adotou a corrente concretista intermediária, por meio da qual resta fixado prazo para que a lacuna normativa seja suprida. Em que pese todo o avanço jurisprudencial, a problemática das omissões inconstitucionais persiste. À vista disso, a Suprema Corte adotou posição inovadora, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 25, proposta face à ausência de lei complementar que regulamentasse o ressarcimento aos estados e ao Distrito Federal pela desoneração do ICMS. Deixou-se ajustado o prazo de doze meses para que o Congresso Nacional legisle, a fim de conceder plena efetividade ao dispositivo constitucional. Contudo, expirado esse prazo, a tarefa de regulamentar a matéria será atribuída ao Tribunal de Contas da União. O objetivo desta pesquisa, portanto, é o de evidenciar o avanço jurisprudencial dos julgamentos do STF, concretizando, enfim, a vontade do constituinte e salvaguardando a supremacia do texto constitucional, esclarecendo que a decisão prolatada não se confunde com ativismo judicial.

Palavras-chave: ADO. Omissão. Inefetividade. Inconstitucionalidade. Ativismo.

ABSTRACT

The present paper describes the Unconstitutionality Direct Action via Omission 25 (ADO), showing the position adopted by the Federal Supreme Court upon judging it, demonstrating as well the consequences of the Court's ruling along a scenario of unconstitutional omissions. It should be stressed that, as a result of the enactment of the neo-constitutionalism, the constitutional norms gained normative power, changing from inefficiency to efficiency. The neo-constitutionalism model emerged in Brazil as a result of the Federal Constitution of 1988. With the promulgation of the new constitution, the individual, diffuse, social and political rights were avowed; all endowed with immediate applicability. The constitutional norms became, therefore, imperative, securing their effective enforcement. Conversely, the Republic Constitution comprises a set of norms that, in order to produce their maximum effects, they should depend on subsequent regulation as those rendered by an ordinary legislator (constitutional rules of limited effectiveness). As a result of these devices' non-regulation, there arises the problem of the constitutional norms' ineffectiveness. The Supreme Court, upon judging the Unconstitutionality Direct Action via Omission 25, restricts itself to declaring the fault of the organ's omission, restricting itself to notifying it. One sees here a characterization of the non-concrete current, which has no practical effect, in that it addresses the battle against unconstitutional omissions. Consequently, the Constitutional Court adopts the intermediate concrete current, by which a deadline for solving normative breach will be established. Despite jurisprudential progress, the problem of unconstitutional omissions persists. In view of this, the Supreme Court has adopted an innovative position when judging the Unconstitutionality Direct Action via Omission 25, as proposed in the absence of a complementary law to regulate the reimbursement to the States and the Federal District of ICMS (value added tax) exemption. A period of twelve months is established for the National Congress to make the constitutional provision operative; however, once this period expires, the assignment will be sent to the Brazilian Court of Audit. The aim of the present research is to highlight the jurisprudential progress of the STF (the Superior Federal Tribunal), satisfying in this way the will of the National Assembly, safeguarding the supremacy of the constitutional text, expounding that a proclaimed decision should not be taken for judicial activism.

Keywords: ADO. Omission. Ineffectiveness. Unconstitutionality. Activism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 EFETIVIDADE E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	12
2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO.....	14
2.2 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	16
2.3 SEPARAÇÃO ENTRE OS TRÊS PODERES.....	20
3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	24
3.1 O CONCEITO DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....	25
3.2 DAS SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A PROBLEMÁTICA DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS	31
3.3 EFEITOS DAS DECISÕES DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	34
4 IMPLICAÇÕES PONTUAIS DO JULGAMENTO DA ADO 25.....	40
4.1 IMPACTOS DECURSIVOS DA DESONERAÇÃO DO ICMS.....	40
4.2 DA DECISÃO DA ADO 25	47
4.3 O SUPOSTO ATIVISMO JUDICIAL EM SEDE DE JULGAMENTO DA ADO 25	52
5 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem por escopo o estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 25, analisando seus principais aspectos e consequências no cenário da omissão inconstitucional, bem como evidenciando o papel jurisdicional do Estado no sentido de suprir a referida omissão, garantindo, assim, a efetividade dos direitos constitucionais previstos, tal como preservando a supremacia da Constituição.

Neste ponto, mostra-se de suma importância, no campo do Direito Constitucional contemporâneo, a discussão relativa à omissão inconstitucional e a efetividade das normas constitucionais, pois, ainda que a Lei Maior venha a completar 29 anos em outubro de 2017, existe uma parcela significativa de direitos e princípios nela inseridos que continuam inaplicáveis. Em relação a alguns desses, o STF já identificou e atestou a existência de omissão inconstitucional.

Como notório, a Constituição Federal de 1988 caracteriza-se, quanto à extensão, por ser analítica, ou seja, trata-se de uma Constituição extensa, prolixa, que dispõe acerca dos mais variados assuntos tidos como relevantes para a estruturação e funcionamento do Estado.

Já no que diz respeito à finalidade, a Lei Maior apresenta-se como dirigente. Por tal, a nossa Constituição é composta por uma série de normas sociais, bem como projetos e programas que visam à concretização das pretensões políticas.

Normalmente, as Constituições dirigentes são, por consequência, Constituições analíticas, confirmando, assim, a grande quantidade de dispositivos normativos. A combinação de ambas as situações por vezes justifica a identificação da denominada síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

Observa-se, então, que a nossa Constituição está repleta de normas que, conforme a consagrada terminologia tricotômica de José Afonso da Silva,¹ são

¹ José Afonso da Silva, com precisão, classifica: “Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias: I – normas constitucionais de eficácia plena; II – normas constitucionais de eficácia contida; III – normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia

classificadas como de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada. Atentando-se para as normas constitucionais de eficácia limitada.

A síndrome da inefetividade consiste em uma consequência da omissão legislativa em regulamentar direitos constitucionais previamente previstos, mas que carecem da regulamentação de uma norma para que se tornem eficazes e postos a gozo e fruição. Entretanto, a elaboração e a expedição dessas normas regulamentadoras, em sua grande maioria, se dá em tempo e modo desarrazoáveis. Aham-se os titulares de tais direitos, por conseguinte, desamparados, face a inércia do Poder Legislativo.

Em virtude disso, o constituinte ao promulgar a Constituição Federal de 1988 promoveu a criação de dois instrumentos judiciais com o objetivo de conferir efetividade às normas constitucionais, quais sejam, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

O trabalho, em comento, consiste em analisar os aspectos da ADO n.º 25, visto as significativas alterações que foram trazidas à baila com seu julgamento.

A finalidade do presente trabalho é o de oportunizar a discussão acerca da omissão inconstitucional, principalmente no tocante ao art. 91, caput do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias² (ADCT) de nossa Constituição Federal.

O mencionado artigo, incluído no ADCT pela Emenda Constitucional 42/2003, determina que a definição dos critérios, prazos e condições para ressarcimento aos estados pela renúncia à tributação dos produtos e serviços designados à exportação com o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e

contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado" (Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82 – 83).

² Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a. (Incluído pela Emenda Constitucional 42, de 19/12/2003. § 3º Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o caput, em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto o, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar no 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar no 115, de 26 de dezembro de 2002. (Incluído pela Emenda Constitucional 42, de 19/12/2003).

Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) seria realizado por meio de lei complementar. Contudo, transcorridos treze anos da promulgação da EC 42/2003, a exigida lei não foi editada pelo Congresso Nacional.

A inoperância do Congresso Nacional em promover a elaboração da lei complementar tem ocasionado uma série de prejuízos aos estados que possuem na exportação de produtos a atividade principal para angariação de capital. Tais entes estariam, portanto, sofrendo com os repasses insuficientes para ressarcir os custos da desoneração.

Como resultado do julgamento da ADO nº. 25, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a omissão inconstitucional do Congresso Nacional, em virtude da não elaboração da lei complementar, e mais, restou fixado pela Suprema Corte o prazo de 12 (doze) meses para que o parlamento edite a referida lei, conforme impõe o art. 91 do ADCT. Entretanto, se o mencionado prazo transcorrer in albis, será atribuído ao Tribunal de Contas da União (TCU), enquanto persistir a mora do legislador, a competência para estipular anualmente o montante que deverá ser transferido aos estados e ao Distrito Federal, nos termos do art. 91 do ADCT.

Nesse contexto, há de se ressaltar a posição inovadora adotada pelo STF em sede de ADO, qual seja, a concretista intermediária que, por sua vez, será objeto de estudo do segundo Capítulo do presente Trabalho; se abstendo, pois, de tão somente declarar a mora do órgão regulamentador.

Nessa conjectura, o STF tem sido, por vezes, criticado, sob o pretexto de estar desrespeitando e intervindo na competência delegada ao Poder Legislativo a partir do momento que profere decisões em situação de inércia do Poder competente. Em contrapartida, é importante salientar que cabe à Suprema Corte garantir e promover a fiel execução dos preceitos constitucionais.

Dessa forma, o presente Trabalho de Conclusão de Curso depara-se com alguns problemas, dentre eles: quais seriam os prováveis impactos e repercussões da posição adotada pelo STF ao julgar a ADO nº. 25? A adoção da posição concretista intermediária, em sede de ADO, representa ativismo judicial? O ativismo judicial é condizente com o Estado Democrático de Direito? Promove contribuições para a efetivação dos direitos previstos em nossa Constituição? Até que ponto esse ativismo judicial não ultrapassa a separação de poderes, ferindo o sistema de freios e contrapesos?

O método de abordagem utilizado, de forma preponderante, foi o hipotético-dedutivo, visto que há uma diversidade de entendimentos acessíveis acerca do assunto das omissões constitucionais, especificamente em relação aos efeitos da ADO, incorrendo, assim, na formação de um problema. Logo, a fundamentação será pautada na elaboração de hipóteses que serão debatidas. As consequências, produto desse debate, serão validadas ou falseadas.³

No que diz respeito ao tipo de pesquisa, temos que a presente se enquadra na bibliográfica e documental, já que será desenvolvida a partir de diversas fontes bibliográficas, contando com a contribuição de diversos autores acerca do tema delimitado, valendo-se, também, da utilização de documentos públicos, a exemplo das decisões judiciais, em sede de ADO.

Quanto ao objetivo da pesquisa, tem-se que esta apresenta natureza exploratória, de modo que será pautada, conforme indicado anteriormente, na análise bibliográfica e documental.

O trabalho foi desenvolvido em três capítulos. O primeiro deles tece importantes informações acerca do neoconstitucionalismo, tratando do Estado Democrático de Direito e abordando a força normativa da Constituição. Não deixa de mencionar o princípio da separação de poderes, indicando as funções, típicas e atípicas, de cada um dos Poderes e explicando o sistema de freios e contrapesos.

Já o segundo capítulo trata da própria ação direta de inconstitucionalidade por omissão, trazendo o conceito da omissão inconstitucional, bem como delineando todo o histórico da ADO. Além de evidenciar as possíveis soluções para o presente e recorrente problema das omissões inconstitucionais.

O terceiro e último capítulo, abordou de forma específica a ADO nº. 25, objeto da referente pesquisa, trazendo à tona os motivos para a sua propositura, nesse ponto mencionou-se questões atinentes ao federalismo fiscal e a desoneração do ICMS. No mais, restou pormenorizado o seu julgamento, refletindo, assim, acerca da postura inédita adotada pelo STF. Versou-se, também, acerca do ativismo judicial, introduzindo seu conceito e características principais, bem como destacando a posição do STF nesse cenário. Ainda, foi sobrepesado até que ponto as decisões proferidas em virtude de ajuizamento das ações para controle de

³ GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 12-13.

inconstitucionalidade por omissão representam ativismo judicial e as consequências desse ativismo judicial no sentido de criar judicialmente direitos.

Ao fim, na conclusão, frisou-se os principais pontos aprofundados ao longo desse Trabalho de Conclusão de Curso, restando consignada a relevância da temática abordada e evidenciando a atual postura do Supremo Tribunal Federal. Ressaltou-se que não se trata de uma superabundância de ativismo judicial, tampouco de ofensa ao princípio da separação de poderes, consagrado em nossa Carta Magna, mas sim em garantir a efetividade dos direitos ali previstos, lhe concedendo máxima efetividade e fazendo jus a sua supremacia em nosso ordenamento jurídico.

2 EFETIVIDADE E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O presente capítulo trata da efetividade e aplicabilidade das normas constitucionais, traçando um histórico do entendimento que se tinha das mesmas, até o presente momento.

Neste sentido, faz-se importante explicar que desde os gregos e romanos a noção de Constituição já se fazia presente na civilização. Aristóteles, primeiramente, promoveu a distinção entre normas tidas como de organização, e que se prestavam a organizar e fixar os fundamentos do Estado, e aquelas consideradas como comuns, que seriam as regras elaboradas em concordância com as primeiras.

A partir do século XVIII, com o desenvolvimento do movimento intitulado de constitucionalismo, a distinção das normas promovida por Aristóteles ganhou importância. E então, o termo Constituição foi utilizado para indicar um complexo de normas que promovem a organização fundamental do Estado. O constitucionalismo buscava, assim, a criação de constituições escritas, que confirmassem os direitos fundamentais e a separação dos Poderes. A indispensabilidade da Constituição ganhou maior pertinência com as revoluções dos séculos XVIII e XIX.⁴

Durante o constitucionalismo antigo, vigorou a compreensão de que a Constituição se limitava a estabelecer a organização política dos Estados e delimitar determinados órgãos do poder estatal. Nesse ínterim, o Parlamento, era tido como absoluto, motivo pelo qual não se submetia às normas constitucionais. Por conseguinte, não se falava em controle de constitucionalidade dos atos emanados pelos parlamentares. Além do que, o Parlamento detinha poder para alterar, pelos meios ordinários, a Constituição.⁵

Sobre essa perspectiva:

Até meados do século XX, quando ainda vigorava o positivismo, prevalecia a ideia de que as Constituições eram documentos políticos importantes, todavia, não eram normas jurídicas dotadas de eficácia direta, de modo que não podiam ser aplicadas de forma imediata aos casos concretos, nem

⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade teoria e prática. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 26-27.

⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade teoria e prática. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 28.

geravam direitos subjetivos para os cidadãos. Somente as leis editadas pelo parlamento gozavam de eficácia normativa.⁶

Outrossim, é possível afirmar que constitucionalismo moderno está veementemente associado à Constituição dos Estados Unidos da América, a da França. Nesse paradigma, a Constituição ganha um importante viés, vez que passa a criar regramentos para vincular e regular os órgãos do Poder Público.

Sob essa nova formação, a Constituição é, então, estruturada como um documento rígido, exteriorizando-se como norma suprema e fundamental. Adquirindo superioridade frente às demais normas que integram o ordenamento, e, em virtude disso, os preceitos constitucionais passam a servir como parâmetro de controle de constitucionalidade das demais normas. Figurando, assim, como fundamento de validade das mesmas.

Outra alteração importante diz respeito a previsibilidade de modificação das disposições constitucionais, que agora não mais podem ser modificadas pelas vias ordinárias, mas, tão somente, através de um procedimento especial e solene estipulado em seus próprios dispositivos. Devendo o Parlamento sub-rogar-se a essas regras.

Ante esse panorama, importante são os dizeres de Luís Roberto Barroso:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.⁷

Essa mudança no entendimento da aplicabilidade das normas constitucionais, saindo da completa ineficácia para a eficácia, se deu a partir do enrobustecimento do neoconstitucionalismo. A teoria do neoconstitucionalismo será objeto de estudo do capítulo que a seguir se desdobra.

⁶ DOUGLAS, William; ARAÚJO, Eugênio Rosa; CHAVES, André Luiz Maluf. Omissão inconstitucional e revisão geral anual dos servidores públicos. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 32.

⁷ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 13 set. 2017.

2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO

Primordialmente, é importante delinear o surgimento do neoconstitucionalismo. Como sabido, o neoconstitucionalismo ganhou forças com o fim da Segunda Guerra Mundial, se concentrando inicialmente nos países da Europa Ocidental e, em momento posterior, foi se alastrando para os países do Terceiro Mundo, dentre eles o Brasil, com o advento da Constituição de 1988, que foi, sem sombra de dúvidas, o marco histórico deste novo modelo em nosso Estado.

O término da Segunda Guerra Mundial, como dito anteriormente, promoveu alterações tanto no campo social como no campo jurídico. O constitucionalismo, paulatinamente, foi ganhando amplitude. Os seus ideais foram se atrelando à noção que se tinha de democracia, dando formação ao Estado democrático de direito e, conseqüentemente, fomentando a Constituição, lhe garantindo supremacia.⁸

Até a promulgação da Carta Magna de 1988, as Constituições brasileiras não eram consideradas como normas jurídicas. Na verdade, as constituições eram constituídas por diversos direitos, mas tais direitos dependiam do impulso dos governantes para que pudessem ser concretizados, o que, por óbvio, quase nunca acontecia.

O advento da Constituição Federal de 1988 reestruturou o Estado, em si, promovendo a alteração de seu regime, com a substituição do sistema autoritário pelo espaço democrático, originando o denominado Estado democrático de direito; bem como reestruturou o sentido e a aplicabilidade das normas constitucionais, visto que nela foram implementados direitos subjetivos, quais sejam, os direitos individuais, difusos, sociais, políticos (esses direitos fundamentais apresentam aplicabilidade imediata).⁹

Algumas conseqüências surgem da atribuição do caráter jurídico às normas constitucionais, conforme ensinamento de Luís Roberto Barroso:

a) a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla, inclusive e notadamente as referentes à proteção e promoção

⁸ DOUGLAS, William; ARAÚJO, Eugênio Rosa; CHAVES, André Luiz Maluf. Omissão inconstitucional e revisão geral anual dos servidores públicos. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 32.

⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata [...]”

dos direitos fundamentais. Isso significa que as normas constitucionais passam a ter um papel decisivo na postulação de direitos e na fundamentação de decisões judiciais;

b) a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis. A maior parte das democracias ocidentais possui supremas cortes ou tribunais constitucionais que exercem o poder de declarar leis e atos normativos inconstitucionais;

c) os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida.¹⁰

Sendo assim, além da atribuição normativa à Constituição, o neoconstitucionalismo garantiu a ampliação da jurisdição constitucional, do mesmo modo que promoveu o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional,¹¹ os quais serão tratados em seguida.

A partir de então, as normas constitucionais passam a deter imperatividade, assim como se dava com as normas jurídicas editadas pelo parlamento. Como consequência da imperatividade conferida, o eventual descumprimento das normas suscitaria a utilização dos instrumentos de coação, garantindo, assim, o cumprimento forçado dos ditames constitucionais.

Ao mesmo tempo, faz-se mister mencionar a característica da supremacia constitucional, particularidade essa que confere superioridade jurídica às normas constitucionais quando em relação às demais normas inseridas no ordenamento jurídico.

Em virtude do postulado da supremacia constitucional, nenhuma lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo, enfim, nenhum ato jurídico, em tese, pode contrariar o texto constitucional. Logo, não é possível que a lei, ato normativo ou ato jurídico subsista simultaneamente com o texto constitucional, quando com ele for incompatível.

Quanto à expansão da jurisdição constitucional, tem-se que a proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional recairia agora sob a tutela do Poder Judiciário, resultando na necessidade de criação de tribunais constitucionais.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 232.

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 13 set. 2017.

Portanto, diante desse novo contexto, evidencia-se um importante efeito decorrente do constitucionalismo, que é a expressiva ampliação da atividade jurisdicional desempenhada pelo Estado.

Ademais, a criação de direitos subjetivos no texto constitucional, de caráter político e social, por exemplo, tornou tais valores alvos de questões jurídicas, oportunizando maior acesso ao Judiciário, quando defronte de violação dos mesmos. Ou seja, quando a Carta Magna prevê um direito e o mesmo não for satisfeito, o sujeito que se ache prejudicado poderá invocar a prestação jurisdicional, no sentido de efetivar o direito assegurado e pretendido.

Esse elevado acesso ao Judiciário se deve, também, por conta da ampliação do direito de propositura, dado que houve uma maior regulamentação das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

No que tange à nova interpretação constitucional, tem-se que essa funciona como uma espécie de interpretação jurídica, contudo contará com princípios específicos voltados para promovê-la. Dentre esses princípios, pode-se citar o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas, o da interpretação conforme, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.¹²

A Constituição, por excelência, é repleta das denominadas cláusulas gerais,¹³ o que, por consequência, traz a necessidade, quando diante do caso concreto, da interpretação realizada pelo intérprete. Nesta lógica, o intérprete terá de realizar valorações determinadas, particularizando os elementos objetivos e subjetivos do contexto fático, de maneira a delimitar o alcance da norma.

2.2 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 classifica-se quanto à finalidade em uma constituição dirigente. Isto é, nossa Carta Magna foi elaborada como um documento estruturado em planos e programas que deverão ser efetivados pelos poderes

¹² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 13 set. 2017.

¹³ Convém aqui destacar a compreensão de Luís Roberto Barroso ao tratar da nomenclatura "cláusula geral": "As denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto." (Ibidem, p. 9).

públicos, consistindo, portanto, em uma verdadeira orientação acerca de ideias políticas. Contudo, a execução de tais planos e programas não está sujeita ao transcorrer de um prazo determinado, mas são projetados para um futuro vago.

Em consequência disso, muitas das normas inseridas no texto constitucional possuem larga inconsistência, o que, por sua vez, repercute diretamente na sua eficácia e aplicabilidade imediata, visto dependerem de atuação futura do Poder Público.

Antes de adentrar no ponto da eficácia e aplicabilidade das normas, importante se faz mencionar a classificação das normas constitucionais de acordo com a sua disposição dentro do próprio texto constitucional.

As normas constitucionais correspondem ao somatório existente entre as normas contidas no corpo fixo - parte dogmática - da Constituição e aquelas que estão inseridas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Não há hierarquia entre essas normas, todas elas estão no ápice de nosso ordenamento jurídico, e em regra, todas servem como parâmetro para controle de constitucionalidade.

Ainda, as normas que integram o corpo fixo da Constituição se fragmentam em normas constitucionais originárias e em normas constitucionais derivadas. Aquelas gozam de presunção absoluta de constitucionalidade, pois nasceram com a promulgação da Constituição, ao passo que essas gozam de presunção relativa de constitucionalidade, ou seja, nascem produzindo seus efeitos, mas podem ser perfeitamente declaradas inconstitucionais.

Feitos esses apontamentos iniciais, há de se convencionar que a efetividade das normas corresponde à consumação do direito. A efetividade seria, então, a exteriorização dos preceitos constitucionais à luz do caso concreto. O constitucionalista José Afonso da Silva é incisivo ao determinar que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica e são aplicáveis nos limites de tal eficácia,¹⁴ consistindo a problemática em delimitar os possíveis efeitos de cada norma.

¹⁴ Sobre o assunto, José Afonso da Silva assevera que: “A regra fundamental sobre o assunto atualmente é a de que toda norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução (...)”. SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. Revista Pensar, Fortaleza, v. 2, p. 7-22, ago. 1993. ISSN 2317-2150. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2343/2519>>. Acesso em: 13 set. 2017.

Nessa conjectura de eficácia e aplicabilidade, as normas constitucionais se classificam conforme o grau de produção de seus efeitos jurídicos. Para tanto, se ordenam em normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.¹⁵ As duas primeiras estão inseridas no grupo das normas autoaplicáveis, são normas que por si só se bastam, não estando vinculadas à atuação futura do Poder Público; enquanto que a última diz respeito ao grupo das normas não autoaplicáveis.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que estão aptas a produzir os seus efeitos jurídicos máximos, desde a promulgação da Constituição. São consideradas de aplicabilidade direta, imediata e integral. Por incidência direta entende-se as normas que produzem seus efeitos jurídicos independentemente da criação posterior de uma lei ou de um ato administrativo. Já a incidência imediata indica que não há intervalo algum entre sua previsão constitucional e a sua entrada em vigor. Por fim, a incidência integral determina que não é possível condicionar, restringir ou relativizar a aplicação da norma em virtude de uma outra lei ou ato administrativo.

As normas constitucionais contidas, por sua vez, são aquelas em que o constituinte regulamentou veementemente as pertinências alusivas a uma matéria em específico. De forma que essas normas não precisam de regulamentação posterior para que possam produzir seus efeitos jurídicos. Em verdade, tais normas já ingressam no ordenamento produzindo seus efeitos máximos, sem que haja necessidade de lapso temporal para tanto. Entretanto, não há aqui a produção de efeitos de maneira integral, ou seja, as normas constitucionais contidas podem sofrer restrições discricionárias condicionadas pelo Poder Público.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que não se bastam completamente, visto que dependem da atuação futura do Poder Público para que reste determinada a forma de sua aplicação, garantido, assim, a produção de todos os seus efeitos jurídicos.

As normas constitucionais de eficácia limitada se subdividem em duas categorias, quais sejam: as normas de conteúdo institutivo e as normas de conteúdo programático. As normas de conteúdo institutivo correspondem àquelas através das quais o constituinte define de maneira geral a estruturação e as incumbências dos

¹⁵ SILVA, Jose Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81-82.

órgãos, instituições e entidades para que o legislador ordinário conclua, em definitivo, o seu objetivo, através da edição de uma lei complementar ou ordinária. Já as normas de conteúdo programático são aquelas pelas quais restam estabelecidas metas, programas, diretrizes que devem ser cumpridas pelo Poder Público e que, normalmente, têm um contexto mais social.

Em relação ao conteúdo das normas constitucionais, tem-se que as mesmas podem se dividir em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas.¹⁶

As normas constitucionais de organização são aquelas voltadas aos Poderes do Estado e aos agentes que o integram. O conteúdo dessas diz respeito à fixação de regras referentes à atividade desempenhada pelo Poder Político. Neste sentido, Luís Roberto Barroso indica que as normas constitucionais de organização são aquelas que:

- (i) decisões políticas fundamentais, como a forma de governo, a forma de Estado e o regime político, a divisão orgânica do poder ou o sistema de governo;
- (ii) definem as competências dos órgãos constitucionais e das entidades veiculam estatais;
- (iii) criam órgãos públicos, autorizam sua criação, traçam regras à sua composição e ao seu funcionamento; e
- (iv) estabelecem normas processuais ou procedimentais: de revisão da própria Constituição, de defesa da Constituição, de elaboração legislativa, de fiscalização.¹⁷

Seguindo, as normas constitucionais definidoras de direitos são aquelas que promovem a criação de direitos subjetivos, a exemplo dos direitos individuais, difusos, sociais e políticos. São as normas direcionadas aos cidadãos e que por eles podem ser reivindicadas.

Por derradeiro, as normas constitucionais programáticas correspondem àquelas que definem fins que, normalmente, são de caráter social e que devem ser perseguidos pelo Poder Público. Diferentemente do que se passa com as normas definidoras de direitos, essas não podem ser reivindicadas, visto que não criam direitos subjetivos, mas, tão somente, delineiam fins a serem alcançados.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 235.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo, 2015, pg. 235-236.

Constata-se que o texto constitucional traz em seu corpo normas referentes a temas diversos, incluindo aquelas que não são de matéria constitucional e que, inclusive, poderiam ser facilmente regulamentadas pela legislação infraconstitucional.

O que se pode concluir é que padecem de um mesmo mal as normas constitucionais de eficácia limitada, sejam as de conteúdo institutivo ou as de conteúdo programático, incluindo diversas normas constitucionais definidoras de direitos. Elas não se efetivam no dia-a-dia de seus titulares, não há sua concretização, o que eventualmente ocasiona uma fragilização da supremacia do texto constitucional.

Isto porque se o texto constitucional traz em seu corpo uma norma de eficácia limitada, há ali a imposição para que o órgão legislativo posteriormente edite a norma regulamentadora, a fim de conferir a plena eficácia da norma constitucional. Se, por acaso, há omissão do legislador ordinário em regulamentar a norma, há, conseqüentemente, a violação a um ditame constitucional, o que é ilegítimo.

2.3 SEPARAÇÃO ENTRE OS TRÊS PODERES

A teoria da tripartição dos poderes, consagrada por Montesquieu, estipulou que cada Poder exerceria uma função típica, que se caracterizava por ser sua função predominante, tida como intrínseca à sua natureza. A teoria de Montesquieu se consolidou na Revolução Francesa e se externou como uma forte contraposição ao absolutismo que vigorava até então.

Houve a distinção de três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Os poderes atuam de maneira autônoma e independente, possuindo funções próprias. O Poder Legislativo fica incumbido de editar leis; o Poder Executivo fica encarregado de promover a segurança; e, por fim, ao Poder Judiciário é dada a tarefa de julgar as lides, bem como punir os eventuais crimes praticados pelos sujeitos da sociedade.

A teoria em comento ganhou notoriedade em 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França, na qual havia a exigibilidade da separação dos poderes.¹⁸ Havia aqui a preocupação em evitar o abuso do poder

¹⁸ Art. 16º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

e salvaguardar a liberdade dos indivíduos. Consequentemente, a teoria da separação dos poderes associou-se à ideia de constitucionalismo.

O princípio da separação e independência de poderes apresenta-se como um dos princípios fundamentais de nossa Constituição, contudo, acerca do mesmo, há de se ressaltar que a autonomia e independência absoluta entre os poderes mostrou-se impraticável. O art. 2º¹⁹ da Constituição Federal de 1988 é inequívoco ao determinar que os três Poderes são independentes e harmônicos entre si. Disso depreende-se que deve haver uma separação de Poderes flexível, pautada na coordenação e harmonia entre eles. Cada poder exerce sua função típica, mas, atipicamente, exercerá as funções típicas dos demais poderes. No tocante à independência dos poderes, José Afonso da Silva explica:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais;²⁰

Já no que diz respeito à harmonia entre os poderes:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.²¹

A possibilidade de interferência mútua entre os Poderes tem provocado uma série de discussões acerca da amplitude da harmonia entre os poderes e do consequente ativismo judicial.

Tem-se que ao Poder Legislativo compete a edição de normas, contudo, em que pese o processo de formação das leis ser atribuído ao Legislativo, o Executivo exerce importante papel no processo legislativo, haja vista haver a iniciativa privativa

¹⁹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

²¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

do Chefe do Poder Executivo. Ademais, o Executivo promove a sanção ou veto dos projetos de leis. No mesmo sentido, o Chefe do Poder Executivo não intervém no Judiciário, no entanto, é o responsável pela nomeação dos ministros dos tribunais superiores. O Legislativo é o responsável pelo julgamento dos crimes de responsabilidade cometidos pelo Chefe do Executivo, enquanto que ao Judiciário cabe exercer o controle concentrado e difuso de constitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade das normas elaboradas pelo Congresso que contrariam o texto constitucional.²²

Há aqui clara manifestação do sistema de freios e contrapesos. Positivamente, a harmonia entre os três poderes permite, nos limites impostos pela Lei Maior, a concretização do que por ela foi estabelecido, ainda que haja a omissão do poder competente, visto que o outro poder, atipicamente, pode cumprir com o designado.

Nesse panorama, não há como desvincular a presente discussão com a temática da efetividade das normas constitucionais. Para tanto, importante se faz mencionar a denominada doutrina brasileira da efetividade, que, por sua vez, busca tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na máxima extensão de sua densidade normativa. Em virtude de tal, sempre que houver a violação de determinado ditame constitucional, o ordenamento jurídico deve conceder mecanismos adequados a fim de garantir a tutela do direito assegurado. Isso ocorre por meio da ação e da jurisdição.²³

A garantia de efetivar os direitos assegurados pela Constituição, valendo-se para tanto do Poder Judiciário, é proveniente tanto da força normativa da Constituição, como também do princípio da inafastabilidade da jurisdição.²⁴ Logo, havendo a previsão de direitos fundamentais na Constituição, caberá ao tribunal constitucional a sua guarda, assim como caberá a ele a incumbência de concretizar o direito previsto, quando diante da inércia do Poder Legislativo e/ou do Poder Executivo.

Ainda, importante mencionar a posição de Luís Roberto Barroso na busca dos meios de assegurar a efetividade das normas constitucionais. O professor ressalta

²² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110-111.

²³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 518.

²⁴ Art. 5º (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

que em um Estado Democrático de Direito o Poder Judiciário atua como o principal intérprete das normas jurídicas e, também, figura como o titular da competência de aplicá-las à luz dos casos constitucionais controversos. Há, então, dois caminhos a serem realizados: o participativo e o jurídico. Dentre os dois, interessa o jurídico que aponta o Poder Judiciário como órgão hábil a viabilizar a realização dos comandos constitucionais face à omissão dos órgãos do Poder Público.²⁵

O que se busca frisar é que, diante de uma omissão inconstitucional, o Judiciário não somente pode, como deve declarar a omissão do Poder faltante. Os poderes devem comunicar-se entre si a fim de solucionar o ponto aventado. Para tanto, cada Poder deve cooperar nos limites de sua competência institucional predeterminada.

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 197, p. 30-60, jul. 1994. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46330>>. Acesso em: 17 set. 2017.

3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Preliminarmente, para que seja possível esmiuçar o julgamento da ADO nº. 25, faz-se necessário introduzir os conceitos básicos referentes à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Consiste a referida ação em um instrumento processual de fiscalização apto a sanar as omissões do Poder Público, no sentido de tornar efetivas as normas constitucionais destituídas de aplicabilidade imediata.

A tentativa de sanar a problemática das omissões constitucionais teve importante previsão na Constituição portuguesa de 1976, em seu art. 279. Aqui havia a previsão da denominada emissão de recomendação ao órgão inadimplente. Neste sentido, competia ao Tribunal Constitucional informar ao órgão omissor a necessidade de adotar as providências necessárias previstas naquela Constituição. Posteriormente, após a reforma constitucional, restou estabelecido no art. 283 da mencionada Constituição que o Tribunal Constitucional, após constatar a ocorrência da omissão, procederia com a intimação do órgão omissor, para que o mesmo implementasse as medidas necessárias a fim de garantir a aplicabilidade da norma constitucional.²⁶

O constituinte, ao promulgar a Constituição de 1988, procurou alento na Carta portuguesa de 1976, para incorporar à nossa jurisdição nacional a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com previsão em seu art. 103, §2º. O referido dispositivo prevê a comunicação da mora legislativa ao órgão omissor, bem como a fixação de prazo de 30 (trinta) dias para que o Poder competente supra a omissão, em se tratando de órgão administrativo.

É importante ressaltar que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ganhou maior amparo com a edição da Lei nº 12.063/2009, que incluiu um Capítulo (II-A) na Lei 9.868/1999, fazendo com que essa tratasse explicitamente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.²⁷

Há de se convencionar que o objeto da ADO, como o nome bem traduz, é a omissão inconstitucional. Logo, por óbvio, a propositura da ação direta de

²⁶ BERNARDES, Juliano Taveira. *Ações constitucionais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 542-543.

²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 84.

inconstitucionalidade por omissão pressupõe a existência de normas constitucionais de eficácia limitada não regulamentadas.

Portanto, deve haver comportamento omissivo por parte do Poder Público, que por sua vez, se verifica quando o poder competente não cumpre com a determinação de editar certa e específica norma jurídica de eficácia limitada, caracterizando o descumprimento de um ditame constitucional específico e dando formação à síndrome da inefetividade das normas constitucionais. Acerca dessa, assevera com precisão o Min. Celso de Mello:

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à convivência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.²⁸

Neste sentido, importantes são as lições trazidas por Juliano Taveira Bernardes acerca do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

Ao instituir a ADInO no sistema jurídico, o constituinte já cuidou de lhe identificar o respectivo objeto: trata-se da ação cujo pedido é a declaração da inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional" (§2º do art. 103).²⁹

3.1 O CONCEITO DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

A Constituição se caracteriza como um complexo de normas constitucionais, dotadas de diversos atributos, dentre os quais, se destaca a imperatividade, que se faz presente também nas demais normas jurídicas.

Haverá o descumprimento à imperatividade de uma norma constitucional quando se praticar uma conduta por ela proibida ou ainda, quando se deixar de praticar uma conduta por ela definida. Por essa última, tem-se caracterizada a omissão inconstitucional, passível de controle pelo Poder Judiciário.

Logo, averigua-se que a inconstitucionalidade é consequência de ato comissivo ou omissivo. Haverá inconstitucionalidade sempre que houver o não

²⁸ MI 542-SP.

²⁹ BERNARDES, Juliano Taveira. Ações constitucionais. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 543

cumprimento do texto constitucional, dando ensejo a uma verdadeira desarmonia em nosso ordenamento jurídico.

Conforme leciona Daniel Assumpção, a omissão inconstitucional pode se dar no âmbito dos três Poderes, apresentando natureza normativa, político-administrativa e judicial. Entretanto, somente haverá o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade diante de uma omissão inconstitucional normativa, visto que as omissões de natureza político-administrativa podem ser reivindicadas com a impetração de remédios judiciais; ao passo que as omissões judiciais podem ser reclamadas via interposição de recursos.³⁰

Neste diapasão, há de constatar que a inconstitucionalidade por omissão traduz um não fazer do legislador, contudo não se trata de um não fazer entendido em sentido amplo, visto que nem toda abstenção afronta o texto constitucional, já que o legislador ordinário possui certa discricionariedade ao editar as normas, mas sim em não fazer um preceito delegado pela própria Lei Maior, ou seja, quando o legislador se abstém de adotar as medidas cabíveis e necessárias para que a norma constitucional esteja apta a produzir todos os seus efeitos jurídicos. Nesta linha, ensina José Afonso da Silva que a inconstitucionalidade por omissão:

Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática.³¹

Ademais, para restar configurada a omissão inconstitucional, torna-se imprescindível que não existam medidas consistentes para efetivar o comando constitucional, sem deixar de mencionar a necessidade de se comprovar o transcorrer de tempo razoável concedido para que o Poder tivesse cumprido com o estipulado pelo preceito constitucional.³²

Neste seguimento, não há como se falar em uma absoluta omissão inconstitucional, se houver projetos de lei tramitando no Congresso Nacional referentes à norma que padece de regulamentação. Não obstante, estando o projeto

³⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações constitucionais. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 84.

³¹ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 46.

³² DOUGLAS, William; ARAÚJO, Eugênio Rosa; CHAVES, André Luiz Maluf. Omissão inconstitucional e revisão geral anual dos servidores públicos. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 59-60.

de lei em tramitação durante o transcorrer de um tempo considerável, não haveria como se afastar a omissão inconstitucional.

Destarte, é de grande relevância fixar o momento em que a omissão se torna inconstitucional. Para tanto, a definição do referido momento dependerá se o próprio comando constitucional pressupõe prazo para seu cumprimento, como é o caso, por exemplo, do art. 48 do ADCT³³. Dessa forma, a inconstitucionalidade restará configurada quando o prazo estipulado na norma constitucional transcorrer sem que tenha havido a adoção da medida requerida.

Contudo, o que demanda maior atenção é justamente quando o texto constitucional não prevê prazo para a edição da norma. Nessas situações é necessário, à luz do caso concreto, se pautar no princípio da razoabilidade, de modo a concluir o tempo razoável para que o Poder ou órgão competente pudesse ter cumprido o preceito constitucional.

O art. 91 do ADCT³⁴, cerne do presente trabalho, traduz um claro exemplo em que a Constituição não delimitou prazo para que o legislador elaborasse a lei complementar, a fim de conceder plena eficácia ao dispositivo em comento. Todavia, transcorridos treze anos, o Congresso Nacional permanece inerte. Treze anos excede o entendimento de razoável. Há, claramente, uma omissão inconstitucional.

Dando seguimento, faz-se necessário suscitar que existem diversos critérios por meio dos quais se classifica uma omissão inconstitucional. Dentre/ eles, tem-se que a omissão pode ser formal ou material; total ou parcial; absoluta ou relativa; e, ainda, há classificação da omissão inconstitucional quanto ao poder e função.

As omissões formais são aquelas que decorrem da ausência da prática de um ato qualquer, enquanto que as omissões materiais são aquelas decorrentes de um ato comissivo, porém insuficiente. Ambas as omissões podem ser tidas como inconstitucionais, desde que ocasionem a violação a deveres constitucionais. Esse tipo de classificação influencia diretamente na inconstitucionalidade quanto à extensão. Adianta-se que a inconstitucionalidade por omissão formal corresponderá

³³ Art. 48 O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

³⁴ Art. 91 A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os critérios 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.

à omissão inconstitucional total; ao revés, a omissão inconstitucional material equivalerá à omissão inconstitucional parcial.³⁵

Haverá omissão total quando a abstenção por parte do Poder Público for absoluta, não existindo quaisquer indicativos de efetivação da norma. Face a uma omissão inconstitucional total, Luís Roberto Barroso menciona três possíveis atuações do Poder Judiciário:

- (a) reconhecer autoaplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente;
- (b) apenas declarar a existência da omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la;
- (c) não sendo a norma autoaplicável, criar para o caso concreto a regra faltante.³⁶

Na primeira hipótese, sendo a norma jurídica dotada de normatividade suficiente para que haja sua aplicação direta, o tribunal fixará prazo razoável para que o órgão omisso atue sanando a omissão. Contudo, persistindo a omissão, o tribunal decide a controvérsia, conferindo autoaplicabilidade ao comando constitucional.³⁷

A segunda situação apresentada acima será utilizada nos casos em que a norma constitucional pertença ao grupo das não autoaplicáveis, de modo que se faz indispensável a sua regulamentação, através de uma norma ulterior que lhe garanta a plena efetividade. Aqui, os tribunais, tão somente, declaram a mora do órgão omisso, constatando o óbvio. Tal decisão é largamente utilizada pelo Supremo, em sede de julgamento de ADO.³⁸

Ao fim, o terceiro caso consiste na situação em que o próprio tribunal supre a omissão. Ou seja, o tribunal, à luz do caso concreto e pautado nos costumes e princípios gerais de direito, soluciona a controvérsia constitucional.³⁹ Há aqui a denominada posição concretista, que será tratada mais adiante.

A omissão será parcial quando houver alguma regulamentação, logo, existe uma lei integrativa infraconstitucional que, por sua vez, visa a efetivação da norma

³⁵ BERNARDES, Juliano Taveira. *Ações constitucionais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 548.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

constitucional, contudo esta é insuficiente ou deficiente. Frente a uma omissão parcial, três posturas podem ser assumidas pelo Poder Judiciário:

- (a) a declaração da inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação;
- (b) a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias;
- (c) a extensão do benefício à categoria dele excluída.⁴⁰

A primeira conduta que pode ser adotada não se mostra tão vantajosa, visto que, ao invés de amparar os excluídos em decorrência da insuficiência da lei, finda em generalizar a situação de omissão parcial. Ao revés, a segunda hipótese é a frequentemente utilizada pela Suprema Corte quando do julgamento da ADO, na qual se declara a inconstitucionalidade por omissão parcial, dá-se ciência ao órgão omisso para que ele adote as providências necessárias. Entretanto, não há fixação de prazo para que ele sane a omissão. A terceira situação afronta problemas no que atine ao princípio da separação de poderes, legalidade e reserva do possível.⁴¹

Neste aspecto, é importante mencionar que quando diante de uma norma que regulamenta parcialmente a Constituição, o STF determina, conforme julgamento da ADI 875-DF, ser possível ingressar tanto com a ADO como com a ADI (ação direta de inconstitucionalidade).⁴²

Fala-se, ainda, que a omissão pode ser absoluta ou relativa. A omissão absoluta decorre do não cumprimento da competência fixada pelo texto constitucional. No entanto, o não exercício do órgão legislador nem sempre caracteriza inconstitucionalidade, dada a discricionariedade conferida ao legislador, como já mencionado.

Já a omissão relativa é aquela em que o legislador produz a norma, contudo, tal norma incide sobre um grupo restrito de pessoas, de modo a excluir o restante das pessoas que estão inseridas no mesmo contexto fático daquelas que foram atingidas. Aqui há, claramente, o desrespeito ao princípio da isonomia.⁴³

No mais, a omissão poderá decorrer da abstenção de algum dos três Poderes. Logo, como a omissão pode ser atribuída ao Poder ou mesmo ao órgão

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

⁴² Essa decisão foi definida no julgamento da ADI 875-DF, relatada pelo Min. Gilmar Mendes.

⁴³ BERNARDES, Juliano Taveira. Ações constitucionais. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 549.

omisso, ela relaciona-se, também, com a função desempenhada, podendo ser legiferante, administrativa ou jurisdicional. Ainda acerca deste ponto, é de suma importância determinar que nem sempre haverá correspondência da função omissa para com o Poder ou órgão omissos. Ou seja, constatada uma omissão da função legislativa, não se pode, de antemão, associá-la a uma omissão do Poder Legislativo.

Por derradeiro, havendo, simultaneamente, omissão de mais de um Poder para que o ditame constitucional seja cumprido, estar-se-á diante da intitulada inconstitucionalidade em razão de dependência. Como exemplo, tem-se o projeto de lei cuja iniciativa é reservada ao Presidente da República, conforme estipula o art. 61, §1º da CRFB/88. Nessa situação, havendo omissão do Poder Executivo haverá, por consequência, omissão do Poder Legislativo que não poderá dar seguimento às demais fases do processo legislativo, em virtude da omissão do Presidente da República.⁴⁴

Ademais, poderá haver a coincidência do Poder ou órgão omissos e a função por ele desempenhada, logo, haverá omissão legislativa quando o Poder Legislativo, designado como competente, permanece inerte, não apresentando o projeto de lei ou não concluindo projeto de lei que já está em trâmite. Neste ponto, é importante fixar que a mera apresentação de um projeto de lei não é razão suficiente para afastar a omissão, visto que o poder competente permanecerá em mora até finalizar todas as etapas do processo legislativo.

Já a omissão administrativa se dá quando não são tomadas as medidas necessárias para a execução das regras constantes na Constituição Federal. O STF, quando do julgamento da ADI 19-AL, indicou a impossibilidade de ajuizamento da ADO para suprir a omissão decorrente de um ato administrativo concreto, ou melhor, desprovido de efeitos normativos. Sendo assim, para a Suprema Corte somente seria possível a propositura da ADO quando houver omissão de ato normativo primário ou secundário.

⁴⁴ DOUGLAS, William; ARAÚJO, Eugênio Rosa; CHAVES, André Luiz Maluf. Omissão inconstitucional e revisão geral anual dos servidores públicos. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 64.

3.2 DAS SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A PROBLEMÁTICA DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

Como dito no primeiro capítulo do presente trabalho, a Constituição Federal de 1988 possui como princípio fundamental a separação e independência dos Poderes, de modo que a não elaboração de normas requeridas pela Constituição deve ser, via de regra, sanada e retificada pelo órgão ou Poder ao qual a Constituição delegou o encargo de legislar.⁴⁵

Nessa perspectiva, é importante ressaltar que o Brasil apresenta um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, valendo-se, portanto, de um controle difuso de constitucionalidade, bem como de um controle concentrado de constitucionalidade.

Brevemente, o controle difuso de constitucionalidade é aquele em que a análise da inconstitucionalidade de uma norma é realizada, de forma incidental, por qualquer juiz ou tribunal. Afasta-se, assim, a aplicação da referida norma, à luz do caso concreto, quando a mesma for declarada inconstitucional.⁴⁶

Ainda, importante suscitar que se a controvérsia for decidida por um tribunal, deverá se observar a cláusula de reserva de plenário,⁴⁷ para que, então, possa ser declarada a inconstitucionalidade da norma. Portanto, em sede controle difuso, a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional é definida de forma incidental, ou seja, não faz parte do objeto da lide, em si.

Ao revés, o controle concentrado de constitucionalidade é aquele exercido pelo tribunal constitucional, ou seja, o STF, e também pelos Tribunais de Justiça. A Suprema Corte, no exercício de suas competências, exercerá o controle concentrado de constitucionalidade quando a inconstitucionalidade for em face da Constituição da República.⁴⁸

⁴⁵ BERNARDES, Juliano Taveira. Ações constitucionais. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 574.

⁴⁶ Luís Roberto Barroso explica o referido controle: "Por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato da realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição" (Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118).

⁴⁷ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁴⁸ Acerca do assunto, é importante delimitar que o controle concentrado de constitucionalidade, além de ser exercido através da ação de inconstitucionalidade por omissão, conforme ensina Luís Roberto Barroso, será desempenhado, também, pela ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato

Ademais, o controle concentrado de constitucionalidade será realizado pelos Tribunais de Justiça dos estados que compõe a federação quando a inconstitucionalidade for em face da Constituição do Estado respectivo. Aqui, a inconstitucionalidade é tratada pela via principal. De modo que não se busca a solução de um litígio, mas sim o entendimento do tribunal em relação à própria lei, objeto de controvérsia constitucional. O objetivo maior, em sede de controle concentrado, é, sem dúvida alguma, garantir a proteção do ordenamento jurídico.

Isto posto, em havendo omissão inconstitucional, a Lei Maior prevê dois instrumentos próprios do controle de omissão inconstitucional, quais sejam: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. Advertindo-se, desde já, que se tratam, pois, de instrumentos distintos.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão está prevista no art. 103, § 2º⁴⁹ da Lei Maior, devendo ser utilizada quando a omissão inconstitucional for tratada na via principal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ao passo que, o Mandado de Injunção tem previsão no art. 5º, inciso LXXI⁵⁰ da CRFB/88, e será utilizado na via incidental, em sede de controle difuso de constitucionalidade.⁵¹

A ADO consiste em uma das ações de controle concentrado de constitucionalidade, junto à ADI, ADC e ADPF, cada qual com suas peculiaridades e objetos específicos. A ADO dará formação a um processo objetivo: sem partes, sem lide, sem pretensão resistida de interesses. Já o mandado de injunção constitui um dos remédios constitucionais, junto ao habeas corpus, habeas data e mandado de segurança. Aqui, haverá a formação de processo subjetivo: possuindo partes, lide e com pretensão resistida de interesse.

O ponto crucial para promover a distinção entre os dois instrumentos mencionados é no que atine aos seus respectivos objetos. A ADO se destina precipuamente a defender a supremacia da Constituição, incidindo sobre as normas

normativo federal ou estadual, bem como poderá ser desempenhado na ação declaratória de constitucionalidade (Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 182).

⁴⁹ Art. 103 (...) “§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

⁵⁰ Art. 5º (...) “LXXI – Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta da norma regulamentadora tome inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158.

de eficácia limitada, com o fulcro de lhes garantir eficácia plena. Já o mandado de injunção foi implementado com o intuito de conferir efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição, ainda pendentes de regulamentação. Com base nisso, conclui-se que o objeto da ADO é mais amplo que o objeto do mandado de injunção, de forma que tudo aquilo que é discutido através da impetração de um mandado de injunção poderá ser pleiteado, também, via propositura de ADO.

No tocante à competência, constata-se outra diferenciação em relação aos dois instrumentos. A competência para apreciar o mandado de injunção será fixada de acordo com a autoridade, entidade ou órgão ao qual compete a edição da norma, conforme previsto nos arts. 102, I, “q”; art. 105, I, “h”; art. 121, §4º; art. 125, § 1º, todos da Constituição Federal.⁵² Por sua vez, a ADO será de competência da Suprema Corte, conforme se depreende do art. 1º⁵³ da Lei 9868/99.

No que tange aos legitimados ativos para a propositura de ambos os instrumentos, há uma outra distinção. A legitimidade ativa do mandado de injunção recai sobre qualquer pessoa natural ou jurídica (mandado de injunção individual) e sob a Defensoria Pública, Ministério Público, partidos políticos, sindicatos, entidades de classe ou associações (mandado de injunção coletivo). Por sua vez, a ADO será ajuizada por um dos legitimados elencados no art. 103, I a IX⁵⁴ da Constituição Federal.

No mais, haverá distinção no que diz respeito aos efeitos das decisões proferidas em cada um dos instrumentos. Durante muito tempo, adotou-se, tanto para o mandado de injunção como para a ADO, a posição não concretista. Pela referida, competiria ao Judiciário, tão somente, constituir a mora do órgão regulamentador. Por conseguinte, ambas as ações não traziam quaisquer mudanças no cenário das omissões inconstitucionais.

⁵² DOUGLAS, William; ARAÚJO, Eugênio Rosa; CHAVES, André Luiz Maluf. Omissão inconstitucional e revisão geral anual dos servidores públicos. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 69.

⁵³ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

⁵⁴ Art. 103 Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Contudo, em se tratando de mandado de injunção, surgiram três precedentes que alteraram esse entendimento.⁵⁵ A Suprema Corte passou a adotar a posição concretista direta. Pela mencionada posição, o Poder Judiciário sanava a omissão legislativa, sendo assim, o Judiciário atuava de forma positiva na atribuição de legislador.⁵⁶

Em que pese todo o avanço experimentado pelo mandado de injunção, a ADO continuava unicamente a declarar a mora legislativa, produzindo efeitos erga omnes. Entretanto, o cenário, novamente, passou por modificações, vez que o mandado de injunção passou a ser regulamentado pela Lei 13.300/16, que trouxe em seu art. 8º⁵⁷ um verdadeiro retrocesso à jurisprudência vigente até então. Isto porque o mandado de injunção passou, então, a adotar a posição concretista intermediária.

Pela mencionada, o Poder Judiciário reconhece a mora e concede um prazo para que o órgão omisso legisle. Já em julgamento de ADO, até então, a Suprema Corte não abandonava a posição não concretista, que se apresenta, por demais, retrógrada e ineficiente. O estudo pormenorizado dos efeitos da ADO será objeto do próximo tópico.

3.3 EFEITOS DAS DECISÕES DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Considerando todos os avanços sentidos em sede de mandado de injunção, muito se questionou acerca da eficiência da ADO. Havendo, pois, larga discussão a respeito da abrangência dos efeitos da decisão de procedência da referida ação, principalmente no tocante à possibilidade de o STF adotar medidas mais participativas, a fim de suprir a omissão inconstitucional, garantindo, assim, a plena efetividade da norma constitucional.

⁵⁵ MI 670, 708 e 712.

⁵⁶ BAHIA, Flavia. Direito Constitucional. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 32-33.

⁵⁷ Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será definida a injunção para: I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamadas ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único: será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Sabe-se que, sendo julgada procedente a ADO, o posicionamento adotado pela Suprema Corte se restringe a reconhecer a mora do Poder omissor, dando ciência ao mesmo, para que sejam adotadas as providências necessárias, como meio de garantir efetividade ao texto constitucional. Portanto, em vista à adoção da posição não concretista e pela literalidade do dispositivo que dispõe sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, estaria fora da competência do STF fixar prazo para que o órgão competente regulamentasse a norma, tampouco poderia a Suprema Corte suprir a omissão, através da criação um provimento normativo. Contudo, se a omissão for imputada a um órgão administrativo, o STF, em consonância ao convencionado no art. 103, § 2º da CRFB/88, fixará o prazo de 30 dias para que a omissão seja remediada.⁵⁸

Logo, constata-se que a ADO apresenta natureza de cunho eminentemente declaratório, vez que se presta apenas a dar ciência ao órgão omissor a respeito da omissão inconstitucional. Os efeitos práticos da ADO para sanar as omissões, de fato, são bastante reduzidos, motivo pelo qual há preponderância de seu caráter político em detrimento de seu caráter jurídico.⁵⁹

Os efeitos políticos, decorrentes da procedência da ADO, não importam na aplicação de sanções jurídicas, mas simplesmente no reconhecimento formal, pela Suprema Corte, de que os órgãos políticos estão descumprindo com os ditames constitucionais, e, conseqüentemente, estão em mora com o constituinte.⁶⁰

Neste diapasão, é de extrema relevância delinear as quatro correntes doutrinárias de grande pertinência sobre o assunto. A primeira delas é a clássica corrente não concretista, adotada até então pelo STF ao julgar ADO.

De acordo com a posição não concretista, não poderia ficar a cargo do Poder Judiciário sanar a lacuna normativa, em respeito ao princípio fundamental da separação dos Poderes. Em contrapartida, a posição concretista geral é aquela em que o Poder Judiciário soluciona a omissão normativa, atuando na qualidade de legislador positivo. Por sua vez, a posição concretista individual direta é aquela que atribui ao Poder Judiciário a premissa de empregar por analogia lei já editada para solucionar o caso específico. Ao fim, a posição concretista intermediária indica que

⁵⁸ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1131.

⁵⁹ DOUGLAS, William; ARAÚJO, Eugênio Rosa; CHAVES, André Luiz Maluf. Omissão inconstitucional e revisão geral anual dos servidores públicos. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 67.

⁶⁰ BERNARDES, Juliano Taveira. Ações constitucionais. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 579.

incumbiria ao Judiciário dar ciência ao órgão competente acerca da omissão legislativa, bem como fixar prazo para que houvesse a edição da norma.⁶¹

A ineficiência da posição não concretista adotada pela Suprema Corte tem gerado severas críticas dentre os doutrinadores, vez que ela confere uma genuína inoperância a essa importante ação, já que a mera ciência ao órgão omissor, sem que haja a fixação de prazo e sem que sejam aplicadas medidas coercitivas, não pressupõe a garantia de que a norma será, realmente, editada.

Ainda, importante demonstrar a contrariedade do dispositivo que institui a ADO, visto que o art. 103, § 2º da CRFB/88, bem como o art. 12-H, caput, da Lei 9868/99, faz menção à “adoção de providências necessárias”, após a notificação ao órgão omissor, propensas a sanar a omissão. Isto faz com que se interprete, erroneamente, que a atuação do STF não se restringirá apenas a dar ciência ao Poder omissor. Entretanto, ainda que haja essa ambiguidade, o preceito legal não se delonga sobre quais seriam e como deveriam ser aplicadas tais providências.⁶²

Todavia, no caso de reconhecida a omissão inconstitucional, e sendo notificado o órgão omissor para a adoção das medidas necessárias, e se não houver a implementação de nenhuma providência a fim de editar a norma faltante? O que deve ser feito? Sabe-se que o propósito da ADO é o de solucionar a problemática da inefetividade das normas constitucionais, conferindo-lhe plena aplicabilidade. Não havendo a regulamentação da norma, o objetivo da propositura da ADO não estaria satisfeito, então.

Não há como se admitir que o único efeito da decisão que reconhece a omissão inconstitucional seja o de dar ciência ao órgão omissor. Por tais motivos, a posição concretista intermediária - já adotada em sede de mandado de injunção - se mostra, a princípio, mais eficiente, vez que há concessão de prazo para que o órgão omissor legisle. Portanto, na adoção da referida posição não há que se falar em insuficiência da ação, tampouco no Judiciário atuando como legislador positivo. Nesse sentido, leciona Dirley da Cunha e Marcelo Novelino:

Logo, impõe-se defender um plus àquele efeito literal previsto no § 2º do art. 103 da Constituição, de tal modo que, para além da ciência da declaração

⁶¹ BAHIA, Flavia. Direito Constitucional. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 32-33.

⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações constitucionais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 89.

de inconstitucionalidade aos órgãos do Poder omissos, é necessário que se estipule um prazo razoável para o suprimento da omissão.⁶³

Em 2007, no julgamento da ADI 3.682/MT⁶⁴, a Suprema Corte se desvinculou da posição não concretista, adotando a posição concretista intermediária. O STF, portanto, reconheceu a mora do legislador referente à omissão da normatização do art. 18, § 4^o⁶⁵ da CRFB/88, e, ao mesmo tempo, fixou o prazo de 18 (dezoito) meses para que o Congresso Nacional suprisse a omissão, elaborando a lei complementar requerida pelo dispositivo.

Em síntese, na Ação mencionada se debatia a falta da edição da lei complementar requisitada pelo § 4^o, do art. 18 da CRFB/88. Consignou-se que diversos estados estariam passando por sérios prejuízos, em virtude da lacuna normativa. Por tal, uma série de comunidades não podiam originar ou desmembrar-se em novos municípios. Ainda, o Ministro Gilmar Mendes anunciou que o fato de a Constituição não ter predeterminado o prazo para criação do projeto de lei a que se refere o dispositivo normativo não justificaria a conduta desarrazoada e desidiosa do Poder Legislativo.

A decisão prolatada detém um caráter manifestamente mandamental, vez que institui ao legislador ordinário inadimplente o encargo de retificar o estado de inconstitucionalidade.

No que diz respeito ao prazo fixado, o julgado é claro ao definir que o período de 18 (dezoito) meses para sanar a inconstitucionalidade não constitui uma imposição ao legislador, mas sim a fixação de padrão de tempo orientador considerado razoável.⁶⁶ Sobre a delimitação do prazo, o Ministro Carlos Britto, assevera:

⁶³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. Constituição Federal para concursos. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 994.

⁶⁴ “O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4^o do art. 18 da CF, na redação dada pela EC n^o 15/96, e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da norma constitucional” (STF, ADI, 3.682/MT, Plenário, DJE 06.09.2007; Rel. Min. Gilmar Mendes, 09.05.2007, Informativo n^o466).

⁶⁵ Art. 18 (...) § 4^o 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 a divulgação dos Estados de Viabilidade Municipal apresentados e publicados na forma da lei.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3682/MT, Plenário, DJE 06.09.2007; Rel. Min. Gilmar Mendes, 09.05.2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757314/acao-direta->

Quando a nossa Constituição falou em dar ciência ao poder competente, claro que mais de um poder, não só ao Poder Legislativo, apenas a Constituição avançou o comando de que, em se tratando de órgão administrativo, esse prazo seria de trinta dias, mas sem com isso excluir a possibilidade de se fixar um prazo, logicamente, maior para o Poder Legislativo.⁶⁷

Contudo, transcorridos nove anos da decisão prolatada pelo STF, requerendo, de forma expressa, a atuação do legislador para sanar a omissão, e tendo decorrido mais de dezenove anos desde a promulgação da EC 15/96, que impunha a edição da lei complementar, a fim de dar plena efetividade ao art. 18º, § 4º, da CRFB/88, o Congresso Nacional ainda não editou a referida lei complementar.

Tem-se que dois projetos de lei complementar, visando regular a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios foram vetados. Está atualmente em trâmite o Projeto de Lei do Senado (PLS) 199/2015, aprovado pelo Plenário e remetido à Câmara dos Deputados em 04 de agosto de 2015, onde permanece até a presente data.

Vê-se, portanto, que a posição concretista intermediária, embora mais satisfatória que a posição não concretista, não é plenamente eficaz. Logo, na hipótese de declarada a mora, com a fixação de prazo para a satisfação do requerido pelo constituinte, mas não havendo a regulamentação do preceito constitucional pelo legislador, qual o posicionamento a ser adotado pelo Judiciário? Defende Dirley da Cunha e Marcelo Novelino que, transcorrendo o prazo *in albis*:

Cumprirá ao Poder Judiciário, se a hipótese for de omissão de medida de índole normativa, dispor normativamente sobre a matéria constante da norma constitucional não regulamentada. Essa decisão, acentua-se, será provisória, terá efeitos gerais (*erga omnes*) e prevalecerá enquanto não for realizada a medida concretizadora pelo poder público omissor.⁶⁸

Em mesmo sentido:

Admitir que o Judiciário nada pode fazer quando o Legislativo se nega a tutelar as normas constitucionais é não perceber que o dever de tutela da

de-inconstitucionalidade-adi-3682-mt/inteiro-teor-100473483?ref=juris-tabs>. Acesso em: 27 de set. 2017.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3682/MT, Plenário, DJE 06.09.2007; Rel. Min. Gilmar Mendes, 09.05.2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757314/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3682-mt/inteiro-teor-100473483?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 de set. 2017.

⁶⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. Constituição Federal para concursos. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 994.

Constituição é acometido ao Estado e não apenas ao Legislativo. Quando o Legislativo não atua, um Tribunal Supremo ou uma Corte Constitucional têm inescusável dever de proteger a Constituição. Assim, se é a norma legislativa que falta para dar efetividade à Constituição, cabe ao Judiciário, sem qualquer dúvida elaborá-la, evitando, assim, a desintegração da ordem constitucional. O princípio da separação dos poderes dá ao Legislativo o poder de elaborar as leis, mas não o de inviabilizar a normatividade da Constituição. Aliás, tal poder certamente não é, nem poderia ser, absoluto ou imune.⁶⁹

O entendimento acima explanado consiste no meio apto a sanar, de forma efetiva, o problema da inefetividade das normas constitucionais. Atende, pois, ao princípio da supremacia da Constituição, sem, contudo, violar o princípio da separação dos Poderes. O Judiciário não ordena o Legislativo a atuar, de modo que ainda que fixe prazo para que o órgão omissor adote as providências necessárias, ele não detém instrumentos coercitivos que, de fato, garantam o cumprimento da decisão emanada. Entretanto, os detentores dos direitos previstos no texto constitucional não podem ficar à mercê da vontade do legislador. Nesse sentido, o Poder Judiciário iria dispor normativamente sobre a matéria pendente de regulamentação, cumprindo, de forma integral, a vontade do constituinte.⁷⁰ Nesta perspectiva, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ganha real sentido, combatendo, de forma efetiva, as omissões inconstitucionais.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1116-1117.

⁷⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. Constituição Federal para concursos. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 995.

4 IMPLICAÇÕES PONTUAIS DO JULGAMENTO DA ADO 25

O presente capítulo tem o condão de pormenorizar o julgamento da ADO 25. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25, ponto central do presente Trabalho de Conclusão de Curso, foi proposta pelo Governador do Estado do Pará em face da alegada omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar o requerido no art. 91, caput e parágrafos, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Salienta-se que o disposto no referido artigo foi incluído pela Emenda Constitucional n.º 42/2003.

Inicialmente, faz-se necessário tratar de temas relativos à sua propositura. Por consectário, será esboçado o cenário que a ensejou. Para tanto, serão abordados temas relativos ao federalismo fiscal, reforma tributária e desoneração do ICMS.

4.1 IMPACTOS DECURSIVOS DA DESONERAÇÃO DO ICMS

Primordialmente, constata-se que a questão constitucional a que se refere a ADO 25 adentra em pontos relativos ao federalismo, sobressaltando-se temas atinentes à autonomia financeira e à repartição de recursos tributários. Portanto, a fim de melhor elucidar o objeto da referida ação, faz-se importante esclarecer, antes, tais pontos.

O advento da Constituição de 1988 propiciou um avanço ao federalismo. Garantiu-se, assim, a relativa descentralização do país, de modo a permitir o exercício do poder tributário à União, estados-membros, Distrito Federal e municípios. Contudo, ainda há considerável dependência dos estados e municípios frente à União, vez que o poder de tributar, ainda que minimamente, concentra-se nas mãos daquela.⁷¹

Evidentemente que a busca enfrentada pelos estados e municípios por autonomia política repercutiria na própria partilha de recursos públicos, já que tais fatores estão intimamente associados. A autonomia política pressupõe a autonomia financeira. E a autonomia financeira, por sua vez, depende da delegação de competências tributárias e, conseqüente, partilha do produto das receitas tributárias.

⁷¹ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 29.

Conclui-se, portanto, que a repartição de receitas entre os entes federados deveria suceder-se de modo a conter a existência de desigualdades inter-regionais e intra-regionais. Para tanto, é necessária a distribuição de competências e fixação de compensações tributárias. Proporcionando, dessa forma, uma maior cooperação entre os entes federados.

A delegação de competência, prevista nos arts. 147, 149, 153, 154, 155 e 156 da Constituição Federal, consiste na divisão do poder de criar e cobrar tributos e é delegável aos entes da federação. A distribuição de competência mostra-se de grande valia, no tocante à descentralização do poder político.⁷²

Já a distribuição de receitas tributárias, com previsão nos arts. 157 a 162 da Carta Magna, corresponde à divisão do produto de arrecadação dos entes, decorrente de sua instituição e cobrança. Entretanto, a distribuição de receitas, por vezes, acentua a dependência dos estados-membros e municípios à União.⁷³

Em decorrência disso, buscou-se aumentar as competências estaduais, acrescentando, por exemplo, na esfera do ICMS, fatos econômicos relativos à combustíveis, energia elétrica e telecomunicações, que anteriormente se restringiam à competência tributária federal.⁷⁴

A vigente Constituição promoveu também a ampliação da partilha do produto das receitas tributárias federais, a fim de possibilitar a autonomia financeira dos entes menos abastados economicamente. Depreende-se tal fato do determinado no art. 159, I, a, b,⁷⁵ da Constituição Federal, que instituiu os Fundos de Participação dos estados-membros e dos municípios, aos quais são destinados 47% do produto de arrecadação do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, bem como do Imposto sobre Produtos Industrializados. Posteriormente, as Emendas Constitucionais nº 55/2007 e nº 84/2014 acrescentaram, respectivamente, 1% em 2007 e 1% em 2014, ao Fundo de Participação dos Municípios, totalizando, assim, 49%.

⁷² MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35.

⁷³ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 35.

⁷⁴ WERNECK, Rogério L. F. Federalismo fiscal e política de estabilização no Brasil. Revista Brasileira de Economia, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 375-390, abr. 1995. ISSN 0034-7140. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/643/7994>>. Acesso em: 04 out. 2017.

⁷⁵ Art. 159 A União entregará: I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal; b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; (...).

Contudo, em que pese todo o empenho dedicado à descentralização das receitas e autonomia política e financeira dos entes, a crescente necessidade de realização de serviços sociais ocasionou a concentração de recursos nas mãos da União, haja vista não haver a partilha da arrecadação da receita proveniente das contribuições sociais com os demais entes da federação.

Ademais, é de competência exclusiva da União a instituição de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas.⁷⁶ Ressaltando a exceção prevista no parágrafo primeiro do supracitado artigo, em que resta consignado que os estados, o Distrito Federal e os municípios instituirão contribuição para o devido custeio do regime previdenciário.

Portanto, esse monopólio da União sobre as contribuições resultou na complexidade do sistema tributário, na centralização fiscal e em, conseqüente, elevação da carga tributária.⁷⁷

Explanado isso, faz-se necessário conjecturar sobre o cenário que ocasionou a edição da Emenda Constitucional 42/2003 que, por seu turno, promoveu a desoneração do ICMS sobre as exportações. Atenta-se, aqui, para os impactos decorrentes dessa desoneração sobre as finanças dos estados.

O art. 91, objeto da ADO 25, foi introduzido ao texto constitucional pela EC 42/2003 que, dentre as demais modificações implementadas, promoveu, também, a alteração do art. 155, § 2º, X, "a", da CRFB/88, trazendo, assim, a desoneração do ICMS nas operações de exportação, como dito previamente.

Tem-se que a redação original do dispositivo em comento determinava, tão somente, a não incidência do ICMS sobre as operações que destinassem ao exterior produtos industrializados, incluindo-se, também, no campo da desoneração, os semielaborados definidos em lei complementar. Portanto, não havia ainda a exclusão da cobrança do ICMS sobre as operações relativas às exportações de produtos primários.

⁷⁶ BRASIL. Constituição, 1988. Art. 149, caput. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 out. 2017.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 25/DF, Plenário, DJE 31.08.2017; Rel. Min. Gilmar Mendes, 30.11.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4454964>>. Acesso em: 05 out. 2017.

O entendimento de produto semielaborado foi, primeiramente, delineado pelo Convênio 66/1988, do Conselho Nacional da Política Fazendária (CONFAZ), em que ficou estabelecido que os produtos semielaborados seriam aqueles não destinados ao consumo direto, ou seja, aqueles que teriam de ser submetidos a etapa de industrialização posterior.⁷⁸ Em seguida, a matéria passou a ser regulamentada pela Lei Complementar nº 65/1991.

Subsequentemente, foi editada a Lei Complementar 87/1996, denominada de Lei Kandir, que modificou a LC 65/1991 e trouxe expressivas alterações na legislação do ICMS, principalmente no que diz respeito à desoneração das operações que destinassem mercadorias ao exterior, abarcando, inclusive, os produtos primários e semielaborados.⁷⁹ Logo, é indiscutível que a Lei Kandir rescinde com qualquer hipótese de os Estados tributarem a exportação de qualquer produto destinado ao exterior, seja ele considerado primário, semielaborado ou industrializado.

A Lei Kandir possibilitou ainda que as empresas exportadoras retivessem o crédito do ICMS relativo às compras previamente realizadas, com o objetivo de desonerar completamente a exportação.

As modificações advindas da edição da Lei Kandir respondiam às demandas do setor produtivo exportador. Assim, seu objetivo era elevar as exportações, aumentando, inclusive, os investimentos internos.

Em contrapartida, tais mudanças provocaram, expressiva redução na base tributável do ICMS, refletindo, principalmente, nas finanças estaduais daqueles entes que possuíam na receita do ICMS a principal fonte de recursos.⁸⁰

Visando, portanto, a compensação dessa desoneração, a própria LC 87/96, em seu art. 31, delega à União a atribuição de entregar mensalmente aos estados-membros e ao Distrito Federal recursos, atentando para as condições fixadas no

⁷⁸ Art. 3º (...) § 1º Para efeito do inciso I, semi-elaborado é: I – o produto de qualquer origem que, submetido a industrialização, se possa constituir em insumo agropecuário ou industrial ou dependa, para consumo, de complemento de industrialização, acabamento, beneficiamento, transformação e aperfeiçoamento; II – o produto resultante dos seguintes processos, ainda que submetidos a qualquer forma de acondicionamento ou embalagem (...).

⁷⁹ Art. 3º O Imposto não incide sobre: (...) II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços.

⁸⁰ AVELLAR, Ana Lúcia Pacheco de Deus Mundim; ABRANTES, Luiz Antônio; GOMES, Adriano Provezano; CASTRO, Jorge Abrahão de. Desoneração tributária do ICMS: uma abordagem da Lei Complementar 87/96. Anais do Congresso Brasileiro de Custas-ABC, Curitiba, nov. 2008. Disponível em: <<https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/viewFile/1226/1226>>. Acesso em: 05 out. 2017.

Anexo que integra a supracitada lei. O repasse de recursos deveria, ainda, observar o produto de arrecadação da referida espécie tributária no período de julho de 1995 a junho de 1996.⁸¹

Há aqui o intitulado “seguro-receita” ou “seguro garantia”. Assim denominado porque os cálculos realizados para a sua fixação tinham por base o que os estados-membros deixariam de arrecadar a título de ICMS e aquilo que a União destinava a lhes transferir, ou seja, os créditos de ICMS que seriam admitidos aos exportadores.⁸²

As Leis Complementares 102/2000 e 115/2002 postergaram o mecanismo de repasse de recursos previsto na LC 87/96. A LC 102/00 preservou o mecanismo de seguro receita, instituído na Lei Kandir. Contudo, a LC 115/2002, converteu o seguro-receita em sistema de “livre negociação política”.⁸³

Em virtude de tal mudança, passou a ser encaminhado aos entes um valor arbitrário fixo, identificado como crédito orçamentário. Existe aqui uma mera transferência intergovernamental, com base de cálculo fixada sem a observação do valor que havia sido desonerado das exportações e ao que passou a ser restituído aos exportadores através do reconhecimento de créditos.⁸⁴

Nesta esteira é, então, editada a Emenda Constitucional nº 42/2003. A EC 42/03 promoveu a constitucionalização da desoneração do ICMS prevista no art. 3º da LC 87/96, bem como concedeu status constitucional à exigibilidade dos repasses mensais aos estados pela União, instituída no art. 32 da referida Lei.

Como já mencionado, a EC 42/03 trouxe a alteração do art. 155, § 2º, X, “a” da CRFB/88, de modo a excluir totalmente as exportações brasileiras do âmbito de

⁸¹ BRASIL. Lei nº. 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Diário Oficial da União, Brasília, art. 31.

⁸² SCAFF, Fernando Facury. A desoneração das exportações e o fundo da lei Kandir – Análise com foco no setor mineral. Revista Fórum Dir. fin. e Econômico – RDFE, Belo Horizonte, p. 39-56, mar/ago. 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2361499>. Acesso em 04 out 2017

⁸³ SCAFF, Fernando Facury. A desoneração das exportações e o fundo da lei Kandir – Análise com foco no setor mineral. Revista Fórum Dir. fin. e Econômico – RDFE, Belo Horizonte, p. 39-56, mar/ago. 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2361499>. Acesso em: 04 out. 2017.

⁸⁴ SCAFF, Fernando Facury. A desoneração das exportações e o fundo da lei Kandir – Análise com foco no setor mineral. Revista Fórum Dir. fin. e Econômico – RDFE, Belo Horizonte, p. 39-56, mar/ago. 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2361499>. Acesso em: 04 out. 2017.

incidência do ICMS.⁸⁵ A determinação de não incidência a que se refere o inciso X do § 2º do art. 155 da CRFB/88 compreende uma imunidade tributária. A imunidade, por seu turno, traduz-se em um óbice originado pela Constituição que proíbe a incidência de lei ordinária de tributação sobre determinado fato.⁸⁶

Ao retirar a garantia de cobrança do ICMS em relação às operações que fornecessem mercadorias para o exterior, a EC 42/03 findou em reorientar os limites da competência tributária dos Estados, limitando-a ainda mais, frisa-se. Para mais, a desoneração implicou em prejuízo às fontes de receitas públicas estaduais.

À vista disso, mantendo a premissa de compensar os prejuízos sentidos, em decorrência da perda da arrecadação do ICMS, devido à desoneração das exportações firmada pela EC 42/2003, restou instituído no art. 91 do ADCT, um método de transferência constitucional compulsório da União aos Estados e ao Distrito Federal. In verbis:

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

§ 1º Do montante de recursos que cabe a cada Estado, setenta e cinco por cento pertencem ao próprio Estado, e vinte e cinco por cento, aos seus Municípios, distribuídos segundo os critérios a que se refere o art. 158, parágrafo único, da Constituição.

§ 2º 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.

§ 3º Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o caput, em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002.

§ 4º Os Estados e o Distrito Federal deverão apresentar à União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao imposto de que trata o art. 155, II, declaradas pelos

⁸⁵ Art. 155 (...), II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e a prestações se iniciem no exterior; (...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...) X – não incidirá: a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores (...).

⁸⁶ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 244.

contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior.⁸⁷

Portanto, ao constitucionalizar a compensação, pautada na transferência de recursos, a EC 42/03 reivindica a elaboração de uma lei complementar para versar acerca do montante, prazos, critérios e condições da compensação a ser efetivada.

A transferência deve tomar por base quatro parâmetros alternativos para que sejam realizados os cálculos, quais sejam, as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados; a relação entre as exportações e as importações; os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente; e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, x, “a” da CRFB/88.⁸⁸

O intuito, claramente, era de, através da desoneração, impulsionar as exportações brasileiras, fomentando-as e permitindo maior notoriedade dos produtos brasileiros no campo internacional. Trouxe, assim, benefícios para a Federação de modo geral, mantendo-se o ideário da Lei Kandir. Em contrapartida, agravou-se o prejuízo da arrecadação de receitas dos Estados, em especial daqueles que possuem na exportação de produtos primários sua atividade principal, como é o caso do estado do Pará.

O método de transferência de recursos, em princípio, configuraria um dispositivo de federalismo cooperativo de suma importância, que seria capaz de minimizar os impactos financeiros incidentes nas contas estaduais, resultantes da desoneração firmada pela EC 42/03.

Fato é que, transcorridos mais de treze anos da promulgação da EC 42/03, a lei complementar requerida e necessária a que alude o caput do art. 91 do ADCT, ainda não foi elaborada pelo Congresso Nacional.

Dados indicam que os estados brasileiros, por consequência da omissão do Poder Legislativo em conferir plena efetividade ao art. 91 do ADCT, somente no ano de 2016, apresentaram perda líquida de R\$ 25 bilhões na arrecadação do ICMS, em virtude de sua desoneração pela Lei Kandir. Contudo, o quadro é ainda mais

⁸⁷ BRASIL. Constituição, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct> Acesso em: 04.10.2017.

⁸⁸ BRASIL. Constituição, 1988. Art. 91, caput. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

alarmante quando consideradas as perdas líquidas desde a edição da lei mencionada. Portanto, de 1997 a 2016, as perdas atingiram o montante de R\$ 268,9 bilhões. Os Estados mais afetados foram Minas Gerais (R\$ 64,6 bilhões), Rio de Janeiro (R\$ 60,7 bilhões), Pará (R\$35,7 bilhões), Mato Grosso (R\$ 30,8 bilhões) e Espírito Santo (R\$ 28,3 bilhões).⁸⁹

No que tange à situação no Estado do Pará, tem-se que o percentual das exportações desoneradas corresponde a uma média de 29,70% de seu PIB, face a média nacional de, tão somente, 9,62%, conforme alega o Governador paraense. Calcula-se, ainda que, se fosse possível a incidência e cobrança do ICMS nos produtos destinados à exportação, o Estado do Pará teria arrecado, no período compreendido entre os anos de 1996 a 2015, o equivalente a R\$ 29.638.582.682,77. Contudo, a compensação entregue pela União foi de R\$ 7.601.431.752,84.⁹⁰

Dentre todas as adversidades vivenciadas pelo Estado do Pará, em decorrência da desoneração do ICMS, a de maior gravidade, indubitavelmente, é a progressiva escassez de seus recursos naturais, vez que as exportações paraenses estão fundadas na exploração de minerais, que por sua natureza, não são renováveis.

Portanto, adiante o Estado sofrerá ainda mais com o esgotamento dos recursos naturais explorados no presente, uma vez que estes cessarão em definitivo e não terá havido a devida compensação.

4.2 DA DECISÃO DA ADO 25

Em consequência do contexto esboçado anteriormente, o Governador do Estado do Pará ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25, postulando o provimento da ADO, com pedido de medida cautelar, em face de omissão legislativa do Congresso Nacional.

⁸⁹ VASCO, Paulo Sérgio. Comissão discute prejuízos causados pela Lei Kandir. Jornal Senado Notícias [online], Brasília, 30 ago. 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/08/30/comissao-discute-prejuizos-causados-pela-lei-kandir>>. Acesso em: 05 out. 2017.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 25/DF, Plenário, DJE 31.08.2017; Rel. Min. Gilmar Mendes, 30.11.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4454964>>. Acesso em: 06 out. 2017.

Requeru o Governador do Pará, por conseguinte, a fixação de prazo razoável para a elaboração da lei complementar regulamentadora do art. 91 do ADCT, sob a condição de, persistindo a mora ao final do prazo assinalado pela Suprema Corte, sejam prontamente fixadas as diretrizes necessárias para a concretização do ditame constitucional.

No caso em comento, a omissão inconstitucional refere-se à edição da lei complementar prevista no art. 91, do ADCT. Sob esse aspecto, à luz do caso concreto, dois foram os pressupostos suscitados que pretendiam afastar a alegação da omissão inconstitucional.

O primeiro deles traz à tona a existência de projetos de lei complementar tramitando no Congresso Nacional. Dentre eles: Projeto de Lei do Senado n. 104/2004; Projeto de Lei do Senado n. 272/2007; Projeto de Lei do Senado n. 312/2013; Projeto de Lei do Senado n. 288/2016; e a Proposta de Emenda à Constituição n. 68/2015. Projetos esses que objetivam ou objetivavam regulamentar o art. 91 do ADCT e, por conseguinte, afastariam a omissão legislativa.

Dentre os Projetos de Lei acima mencionados, os de nº. 104/04 e 272/07, estão arquivados. Ao passo que, os Projetos de Lei nº. 312/2013 e 288/2016, aguardam inclusão na ordem do dia para que sejam submetidos as deliberações do Plenário. Há aqui, portanto, manifesta inertia deliberandi.

Entendeu a Suprema Corte que o argumento explicitado acima não merece prosperar. Nesse sentido, o Relator Min. Gilmar Mendes firmou o seguinte entendimento:

Deu-se à omissão inconstitucional sentido mais amplo, para admitir que também a inertia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Vale dizer, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre questão, declarando, assim, a inconstitucionalidade por omissão.⁹¹

Portanto, como explanado no capítulo anterior, a mera apresentação de Projeto de Lei não é motivo suficiente para rechaçar a alegação de omissão legislativa. O art. 91 do ADCT impõe um dever constitucional ao legislador e esse permanece em mora há mais de treze anos. Treze anos de inércia desidiosa do

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 25/DF, Plenário, DJE 31.08.2017; Rel. Min. Gilmar Mendes, 30.11.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4454964>>. Acesso em: 05 out. 2017.

legislador excede os limites da razoabilidade. Ocasiona, como demonstrado no início deste Capítulo, graves prejuízos econômicos aos estados-membros.

Dando continuidade, o segundo pressuposto que tencionava afastar a omissão inconstitucional era o de que o próprio art. 91 impunha em seu § 3º, a adoção do sistema de entrega de recursos firmado no art. 31 e Anexo da Lei Kandir, com a redação dada pela LC 115/02.

Contudo, o dispositivo é claro ao determinar que a utilização do sistema de recursos da LC 87/96 se daria de maneira subsidiária, enquanto não fosse editada a lei complementar requerida em seu caput. Ademais, há de se convir que os critérios de repasse fixados na LC 87/96, com a redação conferida pela LC 115/02, não correspondem às circunstâncias socioeconômicas hodiernas. Sob esse aspecto, o Min. Gilmar Mendes expôs:

Ora, o fato de a Emenda ter disposto critérios provisórios para o repasse não configura razão suficiente para afastar a omissão inconstitucional em questão. Ao contrário: o sentido de provisoriedade estampado no teor do § 2º do art. 91 só confirma a omissão do Congresso Nacional na matéria. Não tem o condão de convalidá-la.⁹²

Em vista do demonstrado, há evidente omissão inconstitucional, face a mora legislativa, concretizada pela inatividade do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar reclamada pelo art. 91, caput, do ADCT.

Neste trilhar, o voto prolatado pelo Relator Min. Gilmar Mendes foi de julgar procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Reconhece, então, a mora do Congresso Nacional no que diz respeito à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, restando fixado o prazo de doze meses para que a omissão seja suprida.

Contudo, a inovação trazida em sede de julgamento da ADO 25 consiste na hipótese de transcorrer in albis o prazo de doze meses fixado. Diante dessa conjectura, a Suprema Corte atribuiu ao Tribunal de Contas da União (TCU) a competência para estipular o montante a ser transferido anualmente aos estados-membros e ao Distrito Federal, atentando-se aos critérios fixados pelo art. 91, caput, do ADCT.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 25/DF, Plenário, DJE 31.08.2017; Rel. Min. Gilmar Mendes, 30.11.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4454964>>. Acesso em: 06 out. 2017.

O Relator afirmou que o encargo delegado ao TCU, frente à possibilidade de o Congresso Nacional permanecer em mora, não poderia ter sido designado a órgão mais adequado, já que, em conformidade ao que dispõe o art. 161, parágrafo único, da Constituição Federal, o Tribunal de Contas da União é o órgão competente para realizar os cálculos das quotas de fundos de participação dos estados, bem como dos Municípios.

Ademais, o Ministro faz menção à Lei Orgânica do TCU, a Lei nº. 8.443/92, que, por sua vez, dentre as diversas competências arroladas em seu art. 1º, faz alusão, em seu inciso VI, à incumbência que lhe é atribuída de realizar os cálculos dos fundos de participação a que remete o art. 161, da Constituição Federal.

O Relator Min. Gilmar Mendes confessa, ainda, que, em que pese o caso em análise não tratar de fundo de participação, deve se aferir que a atividade praticada pelo TCU não se restringirá a calcular o valor das quotas correspondentes a cada estado. Há necessidade de se solucionar o caso em tela a partir de uma aplicação analógica.

Por esta forma, cumprirá aos estados-membros e ao Distrito Federal prestar as informações atinentes ao imposto de que cuida o art. 155, II, da Constituição Federal, nos termos do art. 91, § 4º, do ADCT. Para que assim, o TCU possa fixar o importe a ser transferindo, fixando, também, as quotas reconhecidas aos entes federados.

Assevera-se, ainda, que, provindo lei complementar, cessará, de imediato, a competência designada temporariamente ao Tribunal de Contas da União, vez que esta lhe foi conferida em caráter excepcional.

Votaram os Ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Teori Zavascki, Luis Fux, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Cármem Lúcia (Presidente).

Quanto à omissão, o Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a Ação para declarar a mora do Congresso Nacional referente à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT.

Por seu turno, no que atine à fixação do prazo de 12 (doze) meses para que o Congresso Nacional supra a omissão, todos os Ministros votaram a favor, à exceção do Ministro Marco Aurélio que, contudo, teve seu voto vencido. Sustentou o supracitado Ministro:

Em se tratando de mora de outro poder, não cabe assinar prazo para que seja afastada. O § 2º do artigo 103 do Diploma Maior apenas prevê a imposição de prazo quando a mora é de autoridade administrativa. Aí, sim, o Judiciário pode, não se substituindo à própria autoridade administrativa, impor o prazo de 30 dias para que seja adotada a providência.⁹³

No tocante à possibilidade de transcorrer in albis o prazo de 12 (doze) meses, o Tribunal, por sua maioria, assentou, em concordância ao definido pelo Relator Min. Gilmar Mendes, a incumbência conferida ao TCU para que o mesmo fixe as regras de repasse, bem como providencie a previsão orçamentária. Restaram, pois, vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio, Teori Zavascki e Cármen Lúcia, que divergiram do entendimento delineado pelo Relator. Nos dizeres de Marco Aurélio:

Nesse ponto, uma vez que não assino sequer prazo para o Poder Legislativo legislar, peço vênha para divergir. O Tribunal de Contas da União não pode substituir-se ao Congresso Nacional, fazer as vezes deste no que omisso à edição da lei.⁹⁴

Por esta forma, dispõe Teori Zavascki:

(...) não há dúvida de que existe a mora -, mas tenho dúvida sobre a solução dada pelo Judiciário. (...) A dificuldade que vejo neste caso específico é que, de alguma forma, o próprio legislador constituinte – e foi o legislador constituinte – no § 3º do artigo 91, preencheu, de algum modo, esse vazio normativo, estabelecendo que, enquanto perdurar essa mora, o sistema seria ali previsto. Aliás, o parágrafo determina manter o sistema estabelecido na Lei Complementar nº 87.⁹⁵

Ora, face às considerações aduzidas, há de se enaltecer a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal. É forçoso constatar que, em primeiro momento, a Suprema Corte, ao declarar a mora do Congresso Nacional e fixar prazo para que a lacuna normativa seja suprimida, adota a posição concretista intermediária.

A referida posição, como já explanado no Capítulo anterior, foi adotada em sede de julgamento da ADI 3.682/MT. Não obstante, a fixação de prazo, tão

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 25/DF, Plenário, DJE 31.08.2017; Rel. Min. Gilmar Mendes, 30.11.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4454964>>. Acesso em 06 out. 2017.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 25/DF, Plenário, DJE 31.08.2017; Rel. Min. Gilmar Mendes, 30.11.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4454964>>. Acesso em: 06 out. 2017.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 25/DF, Plenário, DJE 31.08.2017; Rel. Min. Gilmar Mendes, 30.11.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4454964>>. Acesso em: 06 out. 2017.

somente, não obriga o órgão omissor a legislar, como já mencionado. Portanto, a adoção da posição concretista intermediária é um tanto quanto ineficaz, vez que, transcorrendo o prazo e o órgão omissor não legislando, a decisão se torna inócua.

Neste viés, o Supremo Tribunal Federal foi além, de modo que, transcorrendo in albis, é delegado ao Tribunal de Contas da União a competência para realizar os repasses de compensação financeira. Assim, a Suprema Corte estaria, com brilhantismo, adotando a posição concretista geral, dando, então, à decisão emanada um caráter aditivo.

Assim, importa dizer que, diante de uma possível infrutiferidade do prazo designado para a regulamentação do art. 91, do ADCT, resta assinalado uma terceira consequência da decisão emanada, dotada de força executória.

4.3 O SUPOSTO ATIVISMO JUDICIAL EM SEDE DE JULGAMENTO DA ADO 25

O deslinde da questão abordada sugere os seguintes questionamentos: a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADO 25 consistiria em ativismo judicial? Face a uma omissão legislativa, desidiosa e desarrazoada, o Poder Judiciário poderia suprir a omissão? A adoção de uma posição mais positiva do Judiciário transgredir o princípio da separação de Poderes?

Com isso, faz-se necessário antes esclarecer o que seria o ativismo judicial. Tem-se que a origem do ativismo judicial advém da jurisprudência norte-americana. A referida expressão era, então, utilizada para caracterizar a atividade desempenhada por Earl Warren, enquanto presidia a Suprema Corte, no intervalo compreendido entre 1954 e 1969. Contudo, com o decorrer do tempo, o ativismo judicial ganhou uma acepção negativa e passou a ser compreendido como o exercício impróprio do Poder Judiciário.⁹⁶

Vale lembrar que a noção de ativismo judicial está intimamente relacionada ao fenômeno da judicialização. A judicialização, por sua vez, significa que parcela do poder político, exercido prioritariamente pelo Congresso Nacional e pelos integrantes do Poder Executivo, é transferida ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 370.

O ativismo judicial depende do processo de judicialização. Para que haja uma atuação proativa do Judiciário, faz-se necessário antes que a matéria, objeto de controvérsia, tenha sido judicializada. Há de se firmar que o ativismo judicial indica uma atuação mais abrangente e vultosa do Poder Judiciário, intervindo, dessa forma, no âmbito de atuação dos demais Poderes (Legislativo e Executivo), com o fulcro de concretizar a vontade do constituinte. O ativismo judicial, pois, tem como pretensão basilar atingir ao máximo as pretensões previstas no texto constitucional.

Não se pode olvidar que o Direito e a política são pilares que integram o Estado constitucional democrático, mas que, em tese, estão, em certa medida, separados. Quanto à política, tem-se que essa se exprime na soberania popular. Por outro lado, o direito prega a supremacia da lei e o respeito aos direitos fundamentais.

Em que pese haver a defesa da separação entre a política e o Direito, vê-se que na realidade, esses dois interagem frequentemente. Desta feita, há necessidade de se discriminar dois momentos distintos: o momento de criação do Direito e o momento de aplicação do Direito.

No plano de criação do Direito, tem-se que esse está completamente indissociado da política, visto que o Direito é produto de criação daquele. As normas jurídicas decorrem da vontade política. Contudo, ao aplicar o Direito, prega-se à sua separação da política, para que restem preservados as bases de legitimidade democrática do Estado de Direito.⁹⁷

Assevera-se, ademais, que há sim, no estado contemporâneo, uma interação entre o Judiciário e a política, que se verifica quando o Judiciário intercede na atuação do Legislativo e/ou do Executivo.

Luís Roberto Barroso indica que a posição ativista se evidencia através de diferentes condutas, dentre elas:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 378-379.

condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁹⁸

Não obstante, cumpre ressaltar que inúmeros óbices têm sido levantados em se tratando da expansão do Poder Judiciário, dentre os quais se destaca a crítica político-ideológica, a crítica quanto à capacidade institucional e a crítica quanto à limitação do debate.

A crítica político-ideológica refere-se ao fato de juízes e membros dos tribunais não figurarem enquanto agentes políticos eleitos, de forma que sua investidura não deriva da vontade popular. A crítica, de fato, acha-se na possibilidade de o Judiciário invalidar atos do Legislativo ou Executivo, exercendo, conseqüentemente, um papel político, que não lhe foi originariamente atribuído. Há, aqui, uma dificuldade contramajoritária.

Já no que diz respeito à crítica quanto à capacidade institucional, tem-se que a premissa de que o Judiciário decide quando diante de divergência entre os demais poderes, deve ser demarcada por dois fatores limitadores, quais sejam, a capacidade institucional e o risco de efeitos sistemáticos. A capacidade institucional busca assinalar qual poder detém maior competência para decidir sobre a matéria que ocasionou divergência, ao passo que o risco de efeitos sistemáticos recomenda um posicionamento de cautela por parte do Judiciário.

Por fim, a crítica quanto à limitação do debate, vez que a crescente intervenção judicial ocasiona a elitização do debate, haja vista o Direito possuir discurso e métodos de argumentação próprios. Por conseguinte, a elitização do debate provoca a exclusão dos sujeitos que não compreendem a linguagem. No mais, o acesso à arena jurídica, por assim dizer, não é comum a todos.⁹⁹

Tecidas essas observações, faz-se mister relacionar o conceito de ativismo judicial a recente posição adotada pelo Supremo Federal ao julgar a ADO 25. Com o devido amparo do que fora evidenciado nos capítulos precedentes, não há como negar a inércia negligente e desidiosa do Legislativo em elaborar a lei complementar requerida pelo art. 91, do ADCT.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado, v. 13, p. 71-91, 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2017.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 373-375.

Tem-se que à Suprema Corte é conferida a função precípua de proteger e efetivar os direitos fundamentais, bem como salvaguardar as regras referentes à democracia. Apresenta-se o STF enquanto guardião da Constituição Federal, função essa que lhe foi atribuída pelo próprio constituinte.

Ademais há de se convencionar que diversas controvérsias não apresentam soluções prévias e, diante dessas circunstâncias, não pode o Judiciário se escusar de solucionar os casos postos.

O que se busca corroborar aqui é que as adversidades e contrariedades surgem no plano fático, independentemente da existência ou não de norma. Por conseguinte, o Judiciário terá o encargo de atuar e decidir essas matérias, ainda que o Legislativo não as tenha regulado.

Logo, deverá o juiz solucionar o caso apresentado, resguardando a harmonia para com os outros Poderes, sujeitando-se, pois, ao sistema de freios e contrapesos. Sobre esse ponto, relata o Min. Gilmar Mendes:

Dentro de um diálogo respeitoso, sem ferir a ideia de divisão de Poderes, parece-me que nós temos que assumir que a Constituição fez um novo desenho da ideia de divisão de Poderes ao introduzir esse complexo sistema de controle da omissão. Países que não tem esse sistema reconhecem-no por força do reconhecimento do direito à edição de uma norma de caráter positivo.¹⁰⁰

Nesse ponto, ocasional atuação contramajoritária do Judiciário, visando tutelar os preceitos essenciais da Constituição, far-se-á em proveito do estado democrático de direito e não contra.¹⁰¹

Infere-se, com base nisso, que o STF, ao reconhecer a omissão inconstitucional, fixando prazo para que o órgão omissor supra a lacuna no texto constitucional, e desde já, criando parâmetros para o caso de o Legislativo não legislar, não está adotando, com plenitude, uma posição ativista.

É inconteste que, mesmo em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em que, portanto, é posto em discussão ato emanado do Poder Legislativo ou Executivo, o Judiciário age no sentido de fazer prevalecer a vontade do constituinte. Há de ressaltar que o sistema brasileiro é dotado de instrumentos

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 25/DF, Plenário, DJE 31.08.2017; Rel. Min. Gilmar Mendes, 30.11.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4454964>>. Acesso em 06 out. 2017.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 377.

processuais (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção) apropriados e destinados aos casos de inconstitucionalidade por omissão. Não faria sentido utilizar tais instrumentos para, tão somente, declarar a mora do órgão omissor. Sobre o assunto, declarou o Min. Celso de Melo:

São meios processuais idôneos, adequados e permitem ao Judiciário proferir essas decisões, então não há desrespeito nem indevida interferência na esfera dos outros poderes, não há transgressão ao princípio da separação dos poderes.¹⁰²

O comando executório fixado na decisão em questão não extrapola os limites das funções atribuídas ao Judiciário, mas tem o condão de conferir efetividade à decisão emanada.

Ao adotar a posição concretista intermediária, fixando, portanto, prazo para que o Poder Legislativo atue, a Suprema Corte não se vale de posição proativa, como já dito, mas opera com o fulcro de estimular o Congresso Nacional a deliberar, afinal, a mora subsiste há mais de treze anos. Constatada a omissão inconstitucional, não se pode legitimar qualquer fator exculpatório dado pelo órgão omissor, tampouco permitir a inércia estatal.

Contudo, a inefetividade da corrente concretista intermediária tem sido recorrente, de modo que a fixação de prazo e não atuação do Congresso Nacional tem tido reiterados precedentes, o que fundamenta, portanto, a propositura de uma solução alternativa.

Face uma injustiça, o que se constata claramente pela crescente perda líquida da receita dos estados-membros em decorrência da desoneração do ICMS e não regulamentação da forma de compensação apropriada, o Judiciário deve atuar. Atuar no sentido de repará-la e saná-la, vez que sanar transgressão a direito subjetivo é uma das atribuições do Judiciário. Sob essa conjectura, importante são os dizeres de Gilmar Mendes:

Se fizéssemos o apelo, e o Congresso atendesse, mas não é esse o nosso histórico nesses trinta anos, não faria sentido nenhum estabelecer o prazo, muito menos pensar numa regra supletiva. A experiência que temos colhido nesses anos, e aqui não vai nenhuma acusação, senão uma recalcitrância, é de uma certa inércia deliberante constante.¹⁰³

¹⁰² Suprema Corte e o exercício de suas atribuições constitucionais. Notícias STF, Brasília, 15 nov. 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752> >. Acesso em 12 ou. 2017.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 25/DF, Plenário, DJE 31.08.2017; Rel. Min. Gilmar Mendes, 30.11.2016. Disponível em:

Ao determinar que, transcorrendo in albis, o TCU fixará as regras atinentes ao repasse, o Judiciário está conduzindo a sua decisão a uma norma jurídica existente, fornecendo-lhe substrato de legitimidade. Não há violação ao texto constitucional, frisa-se. Há, na verdade, efetividade do texto constitucional.

É oportuno consignar, ainda, que o Poder Judiciário, em especial o STF, assume uma posição de primazia na definição do sentido e do alcance da Constituição e das leis, pois sua decisão vinculará os demais Poderes.¹⁰⁴

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4454964>>. Acesso em: 06 out. 2017.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 385.

5 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se analisar a efetividade da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no que diz respeito ao combate das omissões inconstitucionais. Se deu ênfase a supremacia do texto constitucional perante as demais normas do ordenamento jurídico. No mais, destacou-se a imperatividade do texto constitucional e a necessidade de efetivo cumprimento de suas disposições.

Após vasta leitura sobre o tema, é oportuno consignar que a jurisprudência do STF progrediu, a passos lentos e frente a diversas críticas, no tocante ao enfrentamento das omissões inconstitucionais. Nesse sentido, a Suprema Corte passou da posição não concretista à posição concretista geral.

Esse avanço de jurisprudência deve ser ovacionado, vez que, completados 29 anos da Constituição Federal, a mesma ainda possui muitos dispositivos ineficazes, padecendo de uma regulamentação efetiva.

Neste trilhar, a ADO perde a característica de ação frívola, sem maiores implicações e com efeitos práticos diminutos, assumindo a característica de importante ação no saneamento das omissões inconstitucionais. Com isso, é de se esperar que mais ADO's sejam propostas perante o STF, vez que, agora, há, de fato, a sua implementação.

A ADO nº. 25, sem dúvida alguma, foi a responsável por essa mudança de paradigma. Ao julgar ADO, a Suprema Corte se restringia a declarar a mora, cientificando o órgão omissor. Não havia a produção de maiores implicações, motivo pelo qual a carência de regulamentação se mantinha.

Posteriormente, a Suprema Corte avançou em sua decisão. Além de declarar a mora e cientificar o órgão omissor, restava fixado prazo para que a lacuna fosse suprida. Contudo, a precariedade de efeitos práticos se procrastinou aqui também.

Depreende-se que há demasiada dificuldade em assegurar o cumprimento às decisões que estatuem obrigações a serem realizadas pelo Poder Público. Por conseguinte, os acórdãos proferidos pelo STF perdem sua força, o que ocasiona um evidente risco aos seus julgados.

Em contrapartida, em que pese haver complicação para executar as decisões proferidas pelo STF, tem-se que a inércia estatal em efetivar as imposições constitucionais constitui uma transgressão desrespeitosa a supremacia da Constituição. Essa omissão deve ser evitada ao máximo.

Nesta perspectiva, a Suprema Corte progride em sua jurisprudência, proferindo Acórdão, ao julgar a ADO nº. 25, em que, além de reconhecer a mora e fixar prazo para que a omissão seja sanada, é estipulado uma alternativa a ser cumprida, caso o prazo transcorra *in albis*.

Portanto, aqui a Corte Constitucional torna efetiva a sua decisão, vez que, além de prover a tutela pleiteada pelo jurisdicionado, qual seja, o cumprimento do texto constitucional, garante também que a sua decisão seja executada.

Convém destacar que a decisão proferida pelo STF, no caso em tela, não apresenta caráter de ativismo judicial, mas almeja, tão somente, aplicar o texto constitucional, efetivando, assim, a vontade do constituinte.

No julgamento do caso estudado, o Supremo concedeu o prazo de 12 (doze) meses para que o Congresso Nacional elaborasse a lei complementar requerida pelo art. 91, caput, do ADCT. Não há, aqui, criação de direito, tampouco sobreposição do Judiciário ao Legislativo. Em verdade, é conferida ao Legislativo a oportunidade de exercer suas atribuições, legislando, no prazo de um ano.

Todavia, caso a regulamentação não se dê no prazo assinalado, será delegado ao TCU a competência para estipular o valor do montante a ser transferido aos estados-membros e ao Distrito Federal, enquanto não sobrevier a referida lei complementar. O STF, então, criou solução apta a sanar a questão de elevada relevância, a fim de evitar com que os estados continuem a sofrer severas consequências, em virtude da desoneração do ICMS sobre as atividades de exportação.

A decisão da ADO nº. 25 representa uma mudança, por demais positiva no âmbito das omissões inconstitucionais. Conclui-se e sugere-se que a Suprema Corte mantenha a adoção da posição concretista intermediária, sob a condição de, caso não seja sanada a omissão no prazo fixado, seja, então, adotada a posição concretista geral, aplicando-se, de forma subsidiária, a norma de decisão firmada.

Importante asseverar que a Suprema Corte, ao proferir decisões que vinculam os demais Poderes, não está justapondo a sua vontade frente à dos demais, mas está dizendo por último, decidindo por último, concretizando, assim, o texto constitucional.

O progresso da jurisprudência do STF, em se tratando de efeitos da ADO, foi aspirado e agora atingido, devendo permanecer como regra, uma vez que a referida

ação deixa de ser um instrumento inócuo, passando, então, a ser um instrumento efetivo no combate à inefetividade das normas constitucionais.

REFERÊNCIAS

AVELLAR, Ana Lúcia Pacheco de Deus Mundim; ABRANTES, Luiz Antônio; GOMES, Adriano Provezano; CASTRO, Jorge Abrahão de. Desoneração tributária do ICMS: uma abordagem da Lei Complementar 87/96. Anais do Congresso Brasileiro de Custas-ABC, Curitiba, nov. 2008. Disponível em: <<https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/viewFile/1226/1226>>. Acesso em: 05 out. 2017.

BAHIA, Flavia. Direito Constitucional. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 197, p. 30-60, jul. 1994. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46330>>. Acesso em: 17 set. 2017.

_____. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 13 set. 2017.

BERNARDES, Juliano Taveira. Ações constitucionais. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

BRASIL. Constituição, 1988. Art. 149, caput. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 out. 2017.

_____. Constituição, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct> Acesso em: 04.10.2017.

_____. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. Congresso. Senado. Lei nº. 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI

KANDIR). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

Supremo Tribunal Federal. ADO 25/DF, Plenário, DJE 31.08.2017; Rel. Min. Gilmar Mendes, 30.11.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4454964>>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. ADI 3682/MT, Plenário, DJE 06.09.2007; Rel. Min. Gilmar Mendes, 09.05.2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757314/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3682-mt/inteiro-teor-100473483?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 de set. 2017.

DOUGLAS, William; ARAÚJO, Eugênio Rosa; CHAVES, André Luiz Maluf. Omissão inconstitucional e revisão geral anual dos servidores públicos. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. Constituição Federal para concursos. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade teoria e prática. 4. ed. S/alvador: JusPodivm, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. Ações constitucionais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. A desoneração das exportações e o fundo da lei Kandir – Análise com foco no setor mineral. Revista Fórum Dir. fin. e Econômico – RDFE, Belo Horizonte, p. 39-56, mar/ago. 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2361499>. Acesso em 04 out 2017.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. Revista Pensar, Fortaleza, v. 2, p. 7-22, ago. 1993. ISSN 2317-2150. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2343/2519>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. Aplicabilidade das normas constitucionais . 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81-82.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo . 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VASCO, Paulo Sérgio. Comissão discute prejuízos causados pela Lei Kandir. Jornal Senado Notícias [online], Brasília, 30 ago. 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/08/30/comissao-discute-prejuizos-causados-pela-lei-kandir>>. Acesso em: 05 out. 2017.

WERNECK, Rogério L. F. Federalismo fiscal e política de estabilização no Brasil. Revista Brasileira de Economia, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 375-390, abr. 1995. ISSN 0034-7140. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/643/7994>>. Acesso em: 04 out. 2017.