



Razões para a inefetividade da ADO no Direito brasileiro

O art. 103, § 2º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) admite a hipótese de declaração de inconstitucionalidade por omissão, a fim de que determinado enunciado normativo seja efetivado pelo no caso de órgão administrativo, que o faça em trinta dias.



Nessa linha, os legitimados para proporem a ADO são idênticos àqueles da

ADI, cuja regulamentação legislativa de tal artigo constitucional ocorreu com a Lei n.º 12.063/2009, inserindo os arts. 12-A a 12-H na Lei n.º 9.868/99, com os Estados e o DF podendo prever a ADO em suas Constituições Estaduais e na Lei Orgânica, respectivamente.

Um significativo exemplo, entre outros, de efetividade do instituto é a ADO 25, manejada no seguinte contexto: a Lei Complementar n.º 87/1996 (Lei Kandir) já estar em vigor desde 1996 e prever critérios prazos e condições para a compensação aos estados e ao Distrito Federal da isenção do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) sobre as exportações de produtos primários e semielaborados (incluída pela Emenda Constitucional 42/2003). A regulamentação legislativa somente ocorreu após o julgamento da ADO 25, tendo em vista a declaração de mora do Congresso pelo STF sobre o tema:

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 2. Federalismo fiscal e partilha de recursos. 3. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas compensatórias. 4. Omissão inconstitucional. Violação do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Edição de lei complementar. 5. Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão. Após esse prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União, enquanto não for editada a lei complementar: a) fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária CONFAZ. (ADO 25, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 17-08-2017 PUBLIC 18-08-2017)

Não obstante isso, o prazo acima não foi observado pelo Congresso Nacional, tendo o STF, em fevereiro de 2019, prorrogou tal prazo por mais doze meses, tendo sido constituída uma comissão especial de representantes da União e dos Estados a fim de se chegar a um consenso. Em maio de 2020, o acordo entre as partes foi celebrado entre as partes e homologado pelo STF, cuja “contrapartida que os entes



federados deveriam desistir das ações judiciais protocoladas na Corte para cobrar as perdas da Lei Kandir, que foi transformado no Projeto de Lei Complementar (PLP) 133/2020, espelhando a proposta acordada”.¹ Nessa linha, a regulamentação legislativa do tema ocorreu com a Lei n.º 14.114/2020.

Não obstante isso, a ADO continua sendo inefetiva no Direito brasileiro, mesmo sendo mais um instrumento jurídico de efetividade da Constituição juntamente com o mandado de injunção no caso de omissão legislativa, todavia não se pode confundir ambos os institutos.²

Desse modo, busca-se apontar razões pelas quais a ADO é pouco efetiva ainda no Direito pátrio, a saber:

(i) confusão entre os institutos, não obstante terem nascido de um constitucionalismo dirigente após a Segunda Guerra Mundial e estarem explícitos, por exemplo, nas Constituições de Portugal (art. 283) e do Brasil (arts. 5º, LXXI; 102, I, “q”, II, “a”, 103, § 2º, 105, I, “h”, 121, § 4º, V). Esta confusão se percebe na doutrina e em julgados do STJ, como se percebe na linha defendida por Calmon de Passos e seguida por Helly Lopes Meireles de que o mandado de injunção é uma demanda de inconstitucionalidade por omissão subsidiária.

Isso porque “o julgamento do mandado de injunção via a expedição de norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, tendo, por consequência, o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão, na esteira do dispositivo no art. 103, § 2º, da Carta”.³ Diante disso, o STJ, no Mandado de Injunção (MI) n.º 27, e o STF, no MI n.º 57, acolheram a tese da subsidiariedade do mandado de injunção à inconstitucionalidade por omissão.

Em sentido contrário, José Afonso da Silva entende que o mandado de injunção não pode ser subsidiário à ADO, haja vista:

1º – não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo e, no caso, de efeito duvidoso, porque o legislador não fica obrigado a legislar;

2º – o constituinte, em várias oportunidades na elaboração constitucional, negou ao cidadão legitimidade para a ação de inconstitucionalidade por omissão – por que teria ele que fazê-lo por vias transversas?

3º – absurda mormente porque o impetrante de mandado de injunção, para satisfazer seu direito (que o moveu a recorrer ao Judiciário), precisaria percorrer duas vias: uma, a do mandado de injunção, para obter a regulamentação que poderia não vir, especialmente se ela dependesse de lei, pois o Legislativo não pode ser constrangido a legislar; admitindo que obtenha a regulamentação que será genérica, impessoal, abstrata, vale dizer, por si, não satisfatória de direito concreto; a segunda via é que, obtida a regulamentação, teria ainda de reivindicar sua aplicação em seu favor, que, em sendo negada, o levaria outra vez ao Judiciário para concretizar seu interesse, agora por outra ação, porque o mandado de injunção não caberia.⁴

Streck, com razão, segue esta segunda corrente e acresce:

Assim, enquanto o mandado de injunção tem por objeto tornar viável o exercício de um direito fundamental, a inconstitucionalidade por omissão visa à efetividade de norma constitucional. Qualquer pessoa física ou jurídica está legitimada a promover a ação injuntiva; já a inconstitucionalidade por



omissão só pode ser requerida pelas figuras arroladas nos incisos I a IX do art. 103 da Carta. Por outro lado, o mandado de injunção será julgado por qualquer tribunal ou juízo, federal ou estadual, ao passo que a inconstitucionalidade por omissão é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Outra diferença fundamental reside no tipo de decisão a ser proferida pelo Judiciário: no mandado de injunção, a sentença constitui um direito; na inconstitucionalidade por omissão, a decisão tem caráter declaratório.⁵

(ii) O STF também indicava a pouca efetividade da ADO, excepcionando-se, por exemplo, a ADO 889, que tratou da omissão do art. 23 do ADCT e a ADO 25, como se infere da ADI 733, que cuidou da omissão alusiva ao art. 37, X, da CF/88 (revisão anual da remuneração no serviço público), enfrentada pelo STF no MS 22.439, que indicou ser incumbência do Presidente da República editar lei específica para tratar do tema, o que não ocorreu até o momento, mas o prazo de edição legislativa ocorre somente quando esta omissão advier de órgão administrativo.

(iii) O STF tem modificado seu entendimento sobre meios de colmatar lacunas do texto constitucional, que caracterizam a “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.⁶ Isso se viu na ADO 3.682 em que o Tribunal fixou prazo para o Legislativo do Estado do Mato Grosso editar lei complementar posta no art. 18, § 4º, da CF/88. O STF, nos MIs 712 e 670, também começa a alterar seu entendimento em relação à ADO e ao MI, com a Lei n.º 13.300/2016, que regulamentou o MI.

Um ponto de preocupação adveio da ADPF 347, na qual o STF ratificou as péssimas condições do sistema prisional brasileiro e “importou” a tese colombiana do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) para justificar a intervenção judicial diante de uma omissão do poder público, impondo uma obrigação concreta, tema que será aprofundado mais adiante (item 5.3, que versa sobre a ADPF). Isso faz parte de uma tendência de expansão dos poderes jurisdicionais do STF para além do que a Constituição (já) prevê. Para o momento, o que importa perceber é que, em certa medida, ADO, MI e ECI são elementos que de algum modo se conectam (pela ideia de omissão, inércia do poder público), mas que devem ser diferenciados (ou, até mesmo, não admitidos, como é o caso do ECI).⁷

Como se sabe, vários outros dispositivos constitucionais ainda necessitam de legislação regulamentadora pelos poderes públicos, com a ADO sendo um relevante instrumento para concretizar a CF/88, todavia, como ocorreu com MI, sua efetividade é pequena e isso, parece começar a mudar, até porque “é produto de um novo conceito de constitucionalismo, umbilicalmente ligado à concepção intervencionista e ao plus normativo que assume o direito (constitucional) no Estado Democrático de Direito”.⁸

Como afirma Streck, “a inconstitucionalidade por omissão tem a função de compelir o Poder Executivo e instar o legislador a fazer aquilo que, embora estipulado no texto da Constituição, não deseja fazer, de forma total ou parcial. A inconstitucionalidade por omissão visa proteger a força normativa da Constituição, estabelecendo barreiras contra um não atuar que, sendo produto de uma decisão política, tem consequências jurídicas (a inconstitucionalidade)”.⁹

Oxalá que o STF e os legitimados para o manejo da ADO possam efetivar o instituto, a fim de que as omissões contrárias à CF, nos limites da ADO, possam ser sanadas pelo Poder Público.



1 Nota técnica da Confederação Nacional dos Municípios (CNM) n.º 74/2020. Disponível em: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/NT_74_%202020_Tratamento%20Cont%C3%A1bil%20dos%20R
Acesso em 7maio2021.

2 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 512.

3 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 512.
CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 134-135; MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 140.

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 389.

5 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 514.

6 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 517.

7 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 518.

8 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 518.

9 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 518.

Date Created

08/05/2021