

# A ADO 26 E OS EFEITOS DAS DECISÕES EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Emerson Ademir Borges de Oliveira<sup>1</sup>

Leonardo Muller Amorim<sup>2</sup>

Jaqueline Maria Ryndack<sup>3</sup>

Resumo: O presente trabalho, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, no direito brasileiro e comparado, tem como objetivo repensar os efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, em especial a partir dos efeitos concedidos pela ADO 26, que estabeleceu um divisor de águas nesse tocante. A ação, que nascera em 1993 no Brasil, no âmbito do controle concentrado, no intuito de servir como instrumento para salvaguarda da inércia do legislador, não visualizou, num primeiro momento, o alcance de efeitos práticos que pudessem remediar as situações de inconstitucionalidade. A mera ciência concedida pelo Supremo Tribunal Federal ao poder concedente, em nossa praxis cotidiana, não assistiu qualquer evolução em termos legislativos, o que nos conduzia à necessidade de uma reformulação de seus propósitos. Da mesma forma, e antecipando-se, nos mandados de injunção, os efeitos acabaram transfigurando-se com o tempo, entre posições não-concretistas até

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenador-Adjunto e Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR). Advogado e parecerista.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade de Marília. Advogado.

<sup>3</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR com bolsa CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Advogada e pesquisadora.

posições concretistas gerais, justamente em face da ineficiência das primeiras. Na ADO 26, o STF, mantendo sua posição ativista avançou no tocante aos efeitos da ação, deixando de cientificar para, sob a alegação de interpretação conforme a Constituição, colmatar a lacuna existente. O desenvolvimento até alcançar este ponto é o nosso objetivo.

Palavras-Chave: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Concretismo; Controle concentrado; Controle de Constitucionalidade; Efeitos.

## ADO 26 AND THE EFFECTS OF DECISIONS IN DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION

Abstract: The present work, using bibliographic and jurisprudential research, in Brazilian and comparative law, aims to rethink the effects of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission, especially from the effects granted by ADO 26, which established a watershed in that regard. The action, which was born in 1993 in Brazil, within the scope of concentrated control, in order to serve as an instrument to safeguard the inertia of the legislator, did not visualize, in the first moment, the scope of practical effects that could remedy situations of unconstitutionality. The mere science granted by the Supreme Federal Court to the granting power in our daily praxis has not seen any evolution in legislative terms, which leads us to the need for a reformulation of its purposes. In the same way, and in anticipation, in injunctions, the effects ended up transfiguring over time, between non-concretist positions to general concrete positions, precisely because of the inefficiency of the former. In the ADO 26, Supreme Court, in its activist position, advanced in relation to the effects of this judicial action, replacing the duty to inform with filling the existing gap, under the interpretation according to the Constitution theory. The goal, about it, is to demonstrate this

evolution.

Keywords: Concentrated control; Concretism; Constitutionality Control; Direct Action of Unconstitutionality by Default; Effects.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Estado Constitucional e o Controle de Constitucionalidade; 3. O Surgimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no Brasil e no Mundo; 4. Características da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no Brasil; 5. A Evolução dos Efeitos no Mandado de Injunção e a Perspectiva de Mudança na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão a partir da ADO 26; 6. Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO



a contraposição à *síndrome da inefetividade constitucional*, a Constituição Federal do Brasil de 1988 previu, a partir da Emenda Constitucional 3/1993, o manejo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que, ao lado do Mandado de Injunção, visava justamente combater a omissão e inércia administrativa e legislativa aos mandamentos constitucionais.

No plano do controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode ser considerada instituto *sui generis*, de inspiração portuguesa, envolvendo não somente a problemática quanto à concretização da Constituição pelo legislador, mas também exigindo do jurista um raciocínio hábil e engenhoso para solucionar o problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional (MEIRELLES, WALD, MENDES. 2009. p. 429).

Colocar os efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, quando reconhecer a ausência de lei ou ato

normativo, total ou parcial, sob a análise científica, em especial com a decisão proferida na ADO 26: eis o escopo deste trabalho. E, nessa linha, rediscutir seus efeitos sob a lógica da eficácia constitucional.

A inspirar a análise dos efeitos da ADO, a comparação com a evolução dos efeitos da decisão no Mandado de Injunção, conforme as decisões conferidas pelo Supremo Tribunal Federal, desde o antigo abstrativismo até o contemporâneo concretista geral, relegando-se a outro plano a mora legislativa para conferir efetividade e implementar norma análoga com efeito *erga omnes*, enquanto pende a omissão.

Parece-nos, nesse tocante, que as decisões do remédio constitucional vieram, de alguma forma, a influenciar uma roupagem que passou a ser vestida pela ADO com a decisão proferida pelo STF no caso acerca da criminalização da homofobia. Noutras palavras, de um primeiro momento meramente cientificador há hoje um esboço de mudança paradigmática, avançando as decisões pelos trâmites legislativos, o que, evidentemente, sempre representa um risco.

Sem pretender profetizar, mas a decisão proferida levanta o questionamento acerca de um novo *modus operandi* por parte do Supremo Tribunal Federal nas decisões em que reconhece, no plano geral e abstrato, a existência de omissão constitucional relevante. É um tanto precoce tomar a decisão por quebra de paradigma, mas é certamente um sinal de aproximação entre os efeitos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O trabalho perpassa na investigação do tema por meio de estudo bibliográfico, nacional e estrangeiro, e, principalmente, na jurisprudência evolutiva do Supremo Tribunal Federal.

## 20 ESTADO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É evidente que o surgimento do Estado Constitucional e, em certa medida, do próprio federalismo constituem, em larga escala, bases sólidas para a necessidade do controle de constitucionalidade, enquanto supedâneo para a manutenção das bases do próprio Estado. É a partir da Carta Constitucional, desenhada pelo poder constituinte originário, que se desenha a organização do Estado, a separação de poderes e a garantia de direitos. Em reafirmação, o controle de constitucionalidade serve a todo esse parâmetro enquanto base para sua solidez.

Daí especiais relevos conferidos pelos constitucionalistas, como na lavra de Marcelo Neves (1988. p. 65):

[...] mesmo nos sistemas carentes de Constituição em sentido formal, há um núcleo normativo regulador do processo de produção das normas jurídicas gerais, caracterizado como Constituição em sentido material escrito, cujo conteúdo tem supremacia jurídica intrínseca, por ser logicamente anterior às demais normas gerais (legais e costumeiras) pertencentes ao mundo jurídico. Em realidade, quando, nos sistemas de Constituição flexível, a legislatura ordinária reforma as normas de conteúdo intrinsecamente constitucional (Constituição em sentido material escrito), deve atuar de acordo com o procedimento por elas prescrito.

Na mesma linha, salutar a consideração de que a “constituição é uma lei proeminente que conforma o Estado” (CANOTILHO, 2007. p. 89). Com essas palavras, Canotilho conclui que a Constituição só pode ser compreendida a partir do Estado, conferindo, nos termos da filosofia hegeliana e da juspublicística germânica, ordem ao mesmo.

Canotilho (2007. p. 94) explica que o Estado Constitucional traz consigo, em primeiro plano, o direito do povo de estabelecer uma lei superior (*higher lawmaking*), institucionalizando esquemas de governo, estruturação, limites e direitos e liberdades dos cidadãos. Além disso, as razões de governo devem estar afinadas com as razões públicas, isto é, com o consentimento do povo acerca da estruturação de determinadas condições para o Estado. E o governo só o é enquanto ele próprio está

submetido à lei – *government under law*. “O ‘governo justificado’ – diga-se por outras palavras – é, assim, o governo que cumpre a obrigação jurídico-constitucional de governar segundo leis dotadas de unidade, publicidade, durabilidade e antecedência” (CANOTILHO, 2007. p. 95).

Nascido nos Estados Unidos, o controle de constitucionalidade norte-americano acabou se sobrepondo à fórmula de Locke, para quem “entre o legislador e o povo, ninguém na terra é o juiz”, admitindo que os juízes podem sim se colocar entre o povo e o legislador. Conforme assevera Canotilho (2007. p. 60), os “juízes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição”.

É preciso sempre ter em mente que a preferência da Constituição às leis não é uma questão apenas de hierarquia normativa, mas sim de preferência à intenção do povo do que à intenção dos seus agentes (O’BRIEN, 1991. p. 27)<sup>4</sup>. Mas, evidentemente, não se pode olvidar que a questão da existência de um controle com base na Lei Fundamental é inerente a todo e qualquer Estado de Direito, visto sob o ponto de vista da “máxima legalidade da função estatal” (KELSEN, 2007. p. 239).

Tendo-se a Lei Fundamental no topo do ordenamento jurídico, até mesmo em razão da sua importância como perspectiva, dos requisitos para a sua confecção – Poder Constituinte –

---

<sup>4</sup> “De forma relevante, os representantes do governo devem prestar contas regularmente nas votações. Além disso, incentivos devem lhes ser dados para que tenham uma visão ampla do interesse público, sem a influência indevida de grupos com interesses paralelos. Mesmo quando esse sistema de ‘criação regular da lei’ opera com sucesso, a Constituição dualista impede que políticos eleitos abusem da sua autoridade. Eles não podem alegar que uma vitória eleitoral regular seja capaz de lhes conceder o poder de aprovar uma lei que vise a subverter as garantias alcançadas pelo povo em julgamentos anteriores. Se, ainda assim, eles pleitearem essa forma mais elevada de legitimidade democrática, deverão seguir o rumo especial e oneroso de obstáculos permitido pela Constituição dualista para fins de criação da lei. Apenas por meio do sucesso da mobilização de cidadãos comprometidos e na conquista do seu apoio incessante em resposta aos seus opositores, somente assim, podem os governantes ter a autoridade para declarar que *o povo* mudou de opinião e dar ao governo uma nova direção” (ACKERMAN, 2006. p. 7-8).

e das limitações para a sua modificação, e também do seu caráter regulador de princípios e estabelecimento de premissas básicas, é que todo o ordenamento jurídico restante se submete à Constituição, não sendo possível à legislação infraconstitucional submetê-la ou contrariá-la. Do contrário não teríamos propriamente uma Constituição, pressupostamente garantidora dos direitos mais nobres dos cidadãos e da organização da forma do Estado, mas sim haveria mera disposição transitória que, ao menor sinal legislativo, cairia por terra (OLIVEIRA, 2015. p. 136). Conforme assevera Paulo Bonavides (2008. p. 267), a “conseqüência dessa hierarquia é o reconhecimento da ‘superlegalidade constitucional’, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania”.

Ainda, não se deve esquecer que, por mais óbvio que pareça, é útil a análise de Kelsen, para quem o controle com base na Constituição não pode ser atribuído aos órgãos que precisam ser controlados. “A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados” (KELSEN, 2007. p. 240).

O controle de constitucionalidade invoca a inversão da lógica liberal de partir sempre do aspecto meramente legal. Como nos coloca Celso Bastos (1999. p. 101-102), “não se dá conteúdo à Constituição a partir das leis [...] O postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei”.

No Brasil, com a Emenda Constitucional nº 16 de 06/12/1965, inseriu-se o controle de constitucionalidade concentrado, importado do modelo europeu-kelseniano, cuja competência foi atribuída ao STF para processar e julgar de forma originária a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual que fosse apresentada pelo Procurador-Geral da República. Inegável, neste primeiro momento,

ainda sob a unicidade da ação, a influência da anterior representação interventiva, que, embora concentrada, não possuía caráter abstrato.

A Constituição de 1988 teve o *mister* de expandir substancialmente o rol de legitimados, antes restrito ao Procurador-Geral da República, conferindo maior tonalidade democrática ao controle de constitucionalidade, bem como passou a prever mais instrumentos para tal exercício, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade, criada pela Emenda 3 de 1993 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para ocupar um espaço até então imune ao controle (MENDES, 2012, p. 262). Assim, ao mesmo tempo em que passamos a ter mais legitimados, expandido a sociedade de intérpretes, pudemos especificar mais o objetivo de cada ação.

Ademais, tal ampliação acabou conferindo um significado especial ao controle de constitucionalidade, convertendo-o em maior parte ao modelo abstrato, ao permitir que as controvérsias mais relevantes fossem levadas a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal com efeitos *erga omnes* (MENDES, 2007. p. 218).

O controle de constitucionalidade possui a função de fazer a verificação se há a compatibilidade de uma lei ou ato normativo com o texto constitucional, verificando-se tanto os requisitos formais, quanto os requisitos materiais. Sendo assim, para se falar em controle de constitucionalidade se faz necessário ter em mente que somente o bloco de constitucionalidade poderá servir de parâmetro de controle.

Ressalta-se, porém, segundo Canotilho conforme palavras de Na Paula Quadros Guedes Albuquerque (p. 8. Acesso: 10 out. 2022), no contexto das omissões inconstitucionais, o silêncio legislativo significa não fazer o que se estava obrigado juridicamente a fazer de modo a ligar-se a uma exigência de ação, ou seja, que o simples dever legal de legislar não configura automaticamente em omissão inconstitucional.



### 30 SURGIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO BRASIL E NO MUNDO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão foi introduzida na Constituição Federal de 1988 por meio da EC 3/93, constituindo-se um instrumento pelo qual se busca combater a falta de normatização ou a inefetividade das normas constitucionais no controle de constitucionalidade concentrado. Somente o Supremo Tribunal Federal possui competência para julgar essa ação em face de omissão quanto aos mandamentos da Constituição Federal, com base no artigo 102, I a III, “a”, “b”, “c” e §1º da Carta.

Assim, como nas hipóteses anteriores, estamos diante do chamado sistema de controle de constitucionalidade concentrado, originado na Constituição Austríaca, como aponta Charles Eisenmann (1986. p. 174):

Como forma de garantia suprema da Constituição, pela primeira vez, a existência de um tribunal – Tribunal Constitucional – com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade, em oposição ao consagrado *judicial review* norte americano, distribuindo para todos os juízes e tribunais.

Nesse aspecto, seu criador, Hans Kelsen (1998. p. 288), justifica a escolha de um órgão único para o julgamento desse tipo de ação da seguinte forma:

[...] se o controle de constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal, até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

O Supremo Tribunal Federal, no papel de guardião da Constituição, tem a competência exclusiva e originária prevista na Constituição Federal para julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, ações de inconstitucionalidade por omissão,

ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão não há a existência de uma lide propriamente dita, mas sim a impugnação do ato normativo – omissão parcial - ou a sua falta – omissão total - que acabe por violar a Constituição Federal. Acerca do tema, Kelsen (1911. p. 410) afirmava que a “configuração de um dever do Estado de editar determinada lei afigura-se inadmissível”.

Na Alemanha de Weimar não era possível combater a omissão legislativa porque: “Negava-se igualmente, a possibilidade de se formular qualquer pretensão contra o legislador. Esse entendimento assentava-se, de um lado, na ideia de uma irrestrita liberdade legislativa e de outro na convicção de que o legislador somente atuava no interesse da coletividade” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008. p. 1077).

Esse posicionamento jurídico sofreu alteração, no território tedesco, com a Lei Fundamental de 1949, que trouxe a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, descritos no artigo 1º, §3º, da referida lei e também à Constituição como um todo no art. 20, II, exigindo-se assim o desenvolvimento de uma nova concepção.

Apesar da Constituição de Weimar não prever nenhuma regra quanto ao controle de constitucionalidade das leis imperiais, o Tribunal do Estado passou a admitir a revisão constitucional das leis federais, fato que a doutrina alemã considera como o embrião do controle de constitucionalidade.

A evolução da jurisprudência alemã permitiu a configuração, antes mesmo da Lei de Bonn, acerca da omissão inconstitucional do legislador, tanto a omissão total que está relacionada ao inadimplemento absoluto de um dever de legislar, como também a chamada omissão parcial, que gera a execução falha, defeituosa ou incompleta do dever de legislar, chamada de *Tei-lunterlassung*.

A lacuna inconstitucional do legislador alemão poderia ocorrer diante da mudança nas relações fáticas, possuindo o legislador o dever de adequar as normas de acordo com a nova realidade.

Portugal igualmente prevê no seu texto constitucional a inconstitucionalidade por omissão<sup>5</sup>, de forma expressa no art. 283, *in verbis*:

Artigo 283.º

Inconstitucionalidade por omissão

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

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

Nesse diapasão, ao Tribunal Constitucional Português, nos termos do art. 283º, cumpre, ainda, a verificação do não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para conferir eficácia às normas constitucionais<sup>6</sup>. Omissão legislativa para os fins pretendidos pelo controle

---

<sup>5</sup> “Com a Constituição de 1976, o controle de constitucionalidade português sofreu alguns incrementos, passando a prever a fiscalização preventiva em abstrato dos atos normativos, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão e a criação da Comissão Constitucional” (OLIVEIRA. 2017. p. 94).

<sup>6</sup> “A Constituição portuguesa de 1976 é um dos raros textos constitucionais (cfr., também, Constituição Brasileira de 1988) a consagrar, *expressis verbis*, a possibilidade de uma inconstitucionalidade por omissão (art. 283º), chegando ao ponto de considerar a fiscalização da constitucionalidade por omissão de normas jurídicas como um dos limites materiais de revisão (art. 288º/l) O reconhecimento da possibilidade de não cumprimento da constituição em virtude de um silêncio inconstitucional dos órgãos legislativos assenta no pressuposto da *superioridade formal e material da constituição relativamente à lei ordinária*. A lei constitucional impõe-se como determinante heterónoma superior e como parâmetro da constitucionalidade não só quando o legislador actua em desconformidade com as normas e princípios da constituição como quando permanece inerte, não cumprindo as normas constitucionalmente impositivas de medidas legislativas necessárias para a *concretização* da lei fundamental”

não é apenas uma ausência normativa, mas uma omissão relevante, diante de uma exigência constitucional de ação (CANOTILHO, 2007. p. 1033).

Ainda, oportuna a lição de Canotilho e Vital Moreira (2007. p. 842):

[...] o princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas às acções do Estado; abrange também as omissões ou inacções do Estado. A Constituição não é somente um conjunto de normas proibitivas e de normas de organização e competência (limite negativo de actividade do Estado): é também um conjunto de normas positivas, que exigem do Estado e dos seus órgãos uma actividade, uma ação (limite positivo da actividade do Estado). O incumprimento dessas normas, por inércia do Estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas ou outras) ou pela sua ineficiência, deficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infracção da Constituição – inconstitucionalidade por omissão.

Na realidade, fora a partir da experiência brasileira que o direito português viu desenvolver sua perspectiva de combate à omissão constitucional, embora ambas tenham bebido da fonte do direito alemão, em especial da técnica do *Appelentscheidung*, isto é, do “apelo ao legislador” para todas as ocasiões em que o Tribunal conclamava atenção do legislador acerca da inexistência de lei que regulamentasse direito previsto na Constituição.

Fato é, no entanto, que no Brasil e em outros locais, a omissão constitucional passou a ser vista não pura e simplesmente pela ausência de normas, mas, principalmente, pelos aspectos inconstitucionais da ausência da norma. Isto é, pela violação decorrente da falta.

#### 4 CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO BRASIL

Em se tratando de controle em abstrato, visto que

---

(CANOTILHO, 2007. p. 919).

destinado à defesa da ordem fundamental, certo é que o legitimado age na função de advogado do interesse público, pleiteando não um benefício próprio, mas à coletividade.

O controle abstrato é, por assim dizer, um sistema destinado a combater, via de ação, a própria lei, ou sua ausência, podendo, no primeiro caso, romper sua validade com alcance *erga omnes* (BONAVIDES, 2005. p. 307).

Tem como objeto o controle por omissão a inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para que a Constituição seja concretizada, perquirindo tornar efetiva a norma constitucional, que até então se encontra sem efetividade. Conforme ensina Alexandre de Moraes (2006. p. 696-697):

As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade por dependerem de atuação normativa para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Nestes mesmos termos, importa salientar, na lição de Canotilho, que não é qualquer omissão motivadora da ação discutida no presente trabalho. Segundo o professor de Coimbra,

[...] a omissão legislativa (e ampliamos o conceito também para a administrativa) só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexiona com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas (CANOTILHO, 1993. p. 364).

Ao depois, não se trata pura e simplesmente de omissão legislativa, mas de qualquer omissão administrativa que, de alguma forma, venha a obstaculizar a efetividade da Constituição (MENDES, 2004. p. 289).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

encontra os mesmos legitimados que a ADI genérica, previstos no artigo 103 da Constituição, a saber: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, valendo a mesma regra para a legitimação universal e a necessidade de demonstração de pertinência temática.

Em vista de se tratar de controle também concentrado, as Ações por Omissão, quando a ausência normativa violar a Constituição Federal, tramitarão exclusivamente perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Vale ressaltar que não existe prazo para o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, devendo ser analisado se no caso concreto o transcurso do tempo já havia permitido a edição da norma. Vale dizer, cabe ao Tribunal verificar se houve tempo razoável para que a norma tenha sido editada e se mesmo assim não o foi.

O seu regramento se dá em face da Lei nº 9.868/99, que também serve à Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica.

A petição inicial deverá conter alguns requisitos, conforme ensina Alexandre de Moraes (2011. p. 797):

A petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão deverá, obrigatoriamente, indicar a omissão inconstitucional total ou a parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; bem como o pedido, com suas especificações.

A omissão normativa atacada pode ser classificada como absoluta, quando total, ou relativa, quando parcial, ou, nos dizeres de Meirelles, Wald e Mendes (2009. p. 449), quando o cumprimento se dá de maneira imperfeita ou insatisfatória.

No tocante aos efeitos acerca da procedência da ação, reconhecida a inércia do Poder Público em aplicar um comando normativo que a Constituição Federal determina que se dê a plena eficácia deve o Supremo Tribunal Federal dar ciência ao poder competente para que sejam tomadas as devidas providências e, quando se tratar de órgão administrativo, será conferido o prazo de 30 dias para que pratique as medidas necessárias, podendo o STF estipular um prazo diverso em virtude do caso concreto específico e devendo estar também atrelado ao interesse público, sendo possível gerar uma futura responsabilidade no caso de permanência da omissão discutida na ação.

Quando se tratar de Poder Legislativo, nos termos da Constituição, também se dará ciência ao órgão competente para a adoção das medidas necessárias, mas sem um prazo preestabelecido, haja vista que esse Poder tem a chamada oportunidade e conveniência de legislar, pois em respeito à separação dos três poderes, não poderia ser obrigado pelo Judiciário.

Historicamente, tanto a doutrina quanto o Supremo Tribunal Federal sempre afirmaram que a concessão de liminar seria incompatível com o objeto dessa ação. Ocorre que a Lei nº 12.063/09 alterou esse posicionamento, prevendo a possibilidade da concessão de liminar quando houver relevância da matéria e excepcional urgência, com voto de maioria absoluta dos membros do Supremo, após a realização de oitiva no prazo de 5 (cinco) dias dos órgãos ou autoridades que foram omissos, e se assim quiser o relator, do Procurador Geral da República no prazo de 3 dias.

Concedida a liminar, deverá ser publicada no Diário Oficial da União, em uma seção especial e poderá ser aplicada a suspensão da aplicação da lei ou ato normativo que foi abordado na ação, mas apenas quando se trate de uma omissão parcial. Poderá também ocorrer a suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos e outras providências, as quais serão fixadas pelo Supremo Tribunal Federal quando julgar

necessário.

A propósito, anteriormente à alteração legislativa, decidia o Supremo Tribunal Federal:

Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão – Liminar. É incompatível com o objeto mediato da referida demanda a concessão de liminar. Se nem mesmo o Provimento Judicial último pode implicar o afastamento da omissão, o que se dirá quanto ao exame preliminar<sup>7</sup>.

Declarada a inconstitucionalidade por omissão e dada a devida ciência ao Poder Legislativo, operam-se efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, podendo gerar uma responsabilidade por perdas e danos da União Federal, em face da ocorrência de prejuízo conexo à omissão.

Historicamente, questiona-se a capacidade da Ação por Omissão em produzir uma decisão de natureza mandamental, e não apenas declaratória, tendo em vista a exigência de adoção de providências necessárias pelo poder competente, a fim de ser suprida a lacuna ou omissão.

A propósito, o seguinte entendimento proferido na lavra do Ministro Moreira Alves Ministro Moreira Alves, durante julgamento do Mandado de Injunção 107:

Que a corte deve limitar-se, nesses processos, a declarar a configuração da omissão inconstitucional, determinando, assim, que o legislador empreenda a colmatação da lacuna. Tal como a decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a decisão tem, para o legislador, caráter obrigatório. Ambos os instrumentos buscam a expedição de uma ordem judicial ao legislador, configurando o chamado *Anordnungsklagerecht* (“ação mandamental”) de que falava Goldssmidt. Assim, abstraídos os casos de construção jurisprudencial admissível e de pronúncia de nulidade parcial que amplie o âmbito de aplicação da norma, deveria o Tribunal limitar-se, por razões de ordem jurídico-funcional, a constatar a declaração de inconstitucionalidade da omissão do legislador.<sup>8</sup>

Em geral, lei que é declarada inconstitucional total ou

<sup>7</sup> ADI 361/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05-10-1990.

<sup>8</sup> MI 107, Rel. Min. Moreira Alves, j. 28-11-89.



parcial deve ser considerada nula, com base na teoria da nulidade da lei constitucional. No caso da omissão, todavia, a questão passa por uma perspectiva diferente, eis que inexistente, em regra, a base material tida por inconstitucional. O que é inconstitucional, na realidade, é a ausência de efetividade, e não a própria norma usada como parâmetro para interpretação.

Nessa ótica, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007. p. 107) ressalta que a inconstitucionalidade por omissão traz uma “equiparação entre o descumprimento da Constituição quanto a suas regras auto-executáveis e o descumprimento da Constituição quanto a suas regras não auto-executáveis, especialmente de caráter programático”. No mesmo sentido, citado por Pablo Malleiros da Cunha Frota e Jesus Alexandro Alves Rosa, Lênio Streck aponta que:

[...] 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). (STRECK, 2019. p. 518 apud FROTA, ROSA. Acesso em: 13 out. 2022)

Reconhecida a inconstitucionalidade, com sentença devidamente publicada, em geral entende-se pela adoção de efeito *ex tunc*. Porém, em nome da segurança jurídica, a partir do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, passa ser admitido excepcionalmente a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em razão da segurança jurídica ou até mesmo de interesse social. Com isso, o STF pode, a partir da decisão publicada, dar eficácia relativa a inconstitucionalidade, restringindo o efeito *ex tunc*, conforme nos ensina Meirelles, Wald e Mendes (2009. p. 485):

Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional. Daí segue que a sentença que declara a inconstitucionalidade tem eficácia

*ex tunc*.

Porém, a Lei n. 9.868 contém disposição (art. 27) que autoriza o STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou a estabelecer que tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, desde que tal deliberação seja tomada pela maioria de dois terços de seus membros.

Assim, de forma excepcional é admitida a aplicação do efeito *ex nunc* à norma que foi declarada inconstitucional, desde que cumpridos alguns requisitos como a aprovação por maioria qualificada de 2/3 dos votos, e a existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, conforme nos ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004. p. 65).

## 5.A EVOLUÇÃO DOS EFEITOS NO MANDADO DE INJUNÇÃO E A PERSPECTIVA DE MUDANÇA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO A PARTIR DA ADO 26

Nos últimos anos, a omissão inconstitucional ganhou evolução relevante sob a ótica que lhe fora historicamente conferida pelo Supremo Tribunal Federal, em especial em julgamentos de Mandados de Injunção.

De um primeiro momento absolutamente *não concretista*, limitando-se a Corte a cientificar a ausência ao poder competente e lidar com a completa desídia do Legislativo, com ou sem prazo para elaborar a norma, assistiu-se a uma evolução rumo ao *concretismo*, perquirindo-se a efetividade da norma constitucional.

Como lembram Mendes, Coelho e Branco (2008. p. 1211), num primeiro momento, “o Tribunal entendeu, e assim firmou sua jurisprudência, no sentido de que deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas”, posição patente no julgado do MI-QO 107, de relatoria do Ministro

Moreira Alves.

Posteriormente, no Mandado de Injunção 283, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, a Corte, pela primeira vez, determinou prazo de 45 (quarenta e cinco) dias ao Congresso Nacional para colmatação da lacuna, sob pena de concretizar os direitos pleiteados pelo jurisdicionado<sup>9</sup>, o que veio a ocorrer também na fixação do prazo de seis meses no Mandado de Injunção 232, de relatoria do Ministro Moreira Alves. Nessa linha, no Mandado de Injunção 284, de relatoria do Ministro Celso de Mello, reconhecendo-se o decurso do prazo, entendeu-se “*prescindível* nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, *desde logo*, a possibilidade de ajuizarem, *imediatamente*, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica em seu favor”.

Ao lidar com a questão do direito de greve do servidor, no entanto, assistiu-se uma profunda viragem jurisprudencial, desde o Mandado de Injunção 20 (rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 22.11.1996), ocasião em que se afirmava que tal direito somente poderia ser exercido após a edição da lei complementar que

---

<sup>9</sup> “1. O STF admite – não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107-QO) – que no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (Cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232) (...) 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal à qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário o acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, §3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem”.

tratasse do tema, posição reafirmada em outros julgados.

A partir dos Mandados de Injunção 712 e 760, no entanto, a Corte passou a adotar uma “solução normativa e concretizadora”, tendo em vista a total ineficácia da cientificação de mora, a partir de uma “sentença de perfil aditivo” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008. p. 1216-1217), e aproveitando-se de uma posição antiga do Ministro Carlos Velloso, a fim de aplicar aos servidores públicos a lei que regulamenta a greve para os demais trabalhadores.

Como ressaltam Mendes, Coelho e Branco (2008. p. 1218), “Identifica-se, pois, aqui a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina”.

Nos mesmos julgados acima indicados, finalizados em 2007, o Tribunal não apenas concedeu o direito pleiteado, até então omissis, como conferiu perfil aditivo à sentença, com caráter *erga omnes*, isto é, *concretista geral*, válida para todos os servidores públicos.

Interessante, todavia, destacar que o Legislativo brasileiro entendeu o recado. Quando o Supremo ameaçou regulamentar a questão do aviso prévio proporcional, resolveu o Legislativo assumir seu papel e produzir a Lei nº 12.506/2011.

Salutar analisar o mandado de injunção e a posição concretista a partir das palavras de Barroso (2009. p. 274): “Trata-se de um avanço capaz de retirar do limbo o mandado de injunção, sobretudo pelo fato de o STF ter admitido a possibilidade de dar à decisão eficácia *erga omnes*, a despeito da inexistência de previsão legal ou constitucional nesse sentido”.

Em Portugal, como explana Canotilho (2007. p. 1039), na redação original da Constituição concebia-se a possibilidade do Conselho da Revolução fazer *recomendações* aos órgãos legislativos para a realização das medidas necessárias com o

intuito de cessar a omissão. Essa atribuição, todavia, foi utilizada apenas duas vezes pelo CR.

A fórmula do actual art. 283º/2 – dar conhecimento ao órgão legislativo competente é menos directiva do que a que se traduzia na possibilidade de recomendações, mas pode interpretar-se como sendo um *apelo* do Tribunal Constitucional, com significado político e jurídico, aos órgãos legiferantes competentes no sentido de estes actuarem e emanarem actos legislativos necessários à exequibilidade das leis constitucionais.

A mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal fora motivada, sobretudo, pelo excesso desarrazoado de prazo após a promulgação da Constituição sem que a matéria abordada tivesse sido ainda regulamentada, apesar das cientificações já expedidas.

Até então não há nada novo e a questão acerca dos efeitos do Mandado de Injunção já foi reiteradamente abordada.

Ocorre que, a nosso ver, exceto pelas questões que podem ser discutidas dentro do Mandado de Injunção, segundo a jurisprudência do STF, não existe nenhuma diferença, em termos de efeitos, entre a sentença concretista geral no MI e o efeito *erga omnes* das ações de controle abstrato.

A propósito, vale lembrar as anotações de Mendes, Coelho e Branco (2008. p. 1211):

Após essas considerações, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, consoante a sua própria natureza, o mandado de injunção destinava-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles derivados da soberania popular, como o direito ao plebiscito, o direito ao sufrágio, a iniciativa legislativa popular (CF, art. 14, I, III), bem como os chamados direitos sociais (CF, art. 6º), desde que o impetrante estivesse impedido de exercê-los em virtude da omissão do órgão legiferante.

Nessa ordem, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682, que, apesar de ação genérica, lidava com a inexistência de lei complementar a disciplinar a criação de novos municípios, o Tribunal conferiu prazo de dezoito meses para que o Congresso Nacional colmatasse a lacuna legislativa, inclusive

para contemplar “situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão”. Todavia, ressaltou o Tribunal, na mesma decisão, que não se tratava de fixação de prazo para o agir do Legislativo, mas “fixação de um parâmetro temporal razoável” (MENDES, 2012. p. 421).

Na mesma ordem cronológica da evolução dos efeitos da decisão no Mandado de Injunção, nota-se que a primeira observação a ser realizada posteriormente pelo Judiciário seria a decisão do Legislativo e o não atendimento ao caráter mandamental da decisão no que toca à colmatação da lacuna.

E, mantendo-se a postura inerte legislativa, o Judiciário avançaria pela posição engendrada nos Mandados de Injunção que trataram da greve dos servidores públicos, moldando a norma ao caso concreto, de forma a corrigir a distorção criada pela inércia do Legislativo.

A despeito da limitação quanto à matéria do Mandado de Injunção, acima vista, e da amplitude conferida à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que pode lidar com qualquer omissão constitucional, não existe em efeitos práticos nenhuma diferença quanto aos efeitos conferidos pelo primeiro na jurisprudência contemporânea e o alcance *erga omnes* do reconhecimento de inconstitucionalidade.

Vale dizer, o alcance da decisão concedida pela posição concretista geral no Mandado de Injunção é exatamente o mesmo que seria conferido por uma decisão em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, de eficácia *erga omnes*. Assim, não haveria razão para, nos atuais moldes da jurisprudência e no tocante a esta especificidade técnica, manter a decisão em ADO restrita à notificação do Poder Legislativo.

Imagine-se a questão do direito de greve do servidor público. A decisão no Mandado de Injunção concedeu tal direito, com base na lei geral de greve, por extensão, a todos os servidores, produzindo efeitos igualmente *erga omnes*.

Ora, se assim o é, uma decisão em Ação Direta de

Inconstitucionalidade por Omissão que, após ter notificado o poder competente e tal notificação ter sido inútil, venha a conferir efetividade direta à norma constitucional, a despeito da omissão legislativa, nada mais faria do que a atual jurisprudência em Mandado de Injunção. Nada traria de novo acerca da efetividade do direito.

É que a inovação jurisprudencial acerca do Mandado de Injunção avançou não apenas a ponto de conferir efetividade ao impetrante, mas a qualquer outro que esteja na mesma situação, produzindo efeitos de controle abstrato de constitucionalidade. Assim, em nada se afastou dos efeitos típicos do controle de constitucionalidade realizado em ações diretas.

Como era de se prever, não tardou para que o Supremo Tribunal vislumbrasse a possibilidade de efetividade a partir do julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Na ADO 26, ação ajuizada pelo Partido Popular Socialista, o STF analisou o enquadramento de condutas de homofobia e transfobia nos fatos típicos previstos na Lei nº 7.716/89, na qualidade de crimes de racismo, em vista da inércia do legislador em criar tipos penais para criminalizar especificamente tais condutas.

É fato que houve certo esforço do Supremo para justificar a sua decisão em uma técnica de interpretação conforme, mas que não se confunde com o ativismo propagado. A técnica, neste ponto, deve ser visualizada tão e simplesmente como uma forma pela qual o Supremo construiu a sua decisão. Noutras palavras, a técnica de controle não é capaz de esconder o avanço do Judiciário sobre o espaço legislativo, como já vinha ocorrendo no Mandado de Injunção.

É o que resta claro pela análise dos principais pontos da ementa:

O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito

vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão (...) Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”) (...) 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente



biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito (...) Plenário, 13.06.2019.

Note-se que, talvez num esforço de se furtar de eventuais críticas quanto ao ativismo, o Plenário, num primeiro momento, cuidou de reconhecer a mora, diante de omissão constitucional relevante, e cientificar o Congresso Nacional. Contudo, adentrando a uma nova visão sobre a forma de atuação, não cessou nestes efeitos, optando por uma aplicação ampliada da legislação existente até que o Congresso Nacional trate o assunto de forma específica. Noutras palavras, os tipos penais que coíbem o racismo, mas que num primeiro momento não se voltaram à homofobia e à transfobia, passaram a atingir estes.

A decisão do Tribunal, num primeiro momento, não escapou do reconhecimento de omissão inconstitucional, diante dos mandados de criminalização dispostos no artigo nº 5º, XLI e XLII, da Constituição, no tocante às condutas homofóbicas e transfóbicas. E nem deixou de contemplar os caminhos tradicionais do reconhecimento da omissão, vale dizer, a notificação ao Legislativo de que este se encontra em mora.

O fato, contudo, é que o Tribunal não se limitou a esta vertente tradicionalista. Primeiramente, há que se destacar o esforço hermenêutico para enquadrar as condutas homofóbicas e transfóbicas enquanto racismo, “compreendido em sua dimensão social”, a incluir além de “aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos”, mas também manifestações de poder alheias a minorias e motivadas histórico-culturalmente. Tais condutas,

consoante a tese firmada, instituiriam situações de desigualdade real, controle ideológico, dominação política, subjugação social e negação da alteridade, da dignidade e da humanidade do grupo vulnerável em questão (LGBTI+), o que conduz, em último nível, à sua marginalização social, inferiorização e estigmatização, com reflexos em diversos aspectos da vida social.

Num segundo momento, a Corte se vale da Lei nº 7.716/89, destinada a punir “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, vale dizer, que olvidou, de forma específica, os atos discriminatórios praticados contra o grupo vulnerável analisado. Por entender que a Lei 7.716 busca punir e coibir o racismo em todas as suas variáveis, conferiu interpretação conforme a Constituição, para enquadrar a homofobia e a transfobia em condutas igualmente discriminatórias e passíveis de sanção penal.

Essa virada jurisprudencial, a despeito de certas roupagens que lhe foram confeccionadas, como a técnica de interpretação conforme, faz acender o repensar acerca do instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, até então centrada em um ponto de inutilidade patente, ao mesmo tempo em que a Injunção, de forma paralela, ganhou viés abstrato e geral para fins de efetivação do direito.

Em uma situação semelhante, a decisão em ADO que conferisse efetividade ao direito renderia, como no caso acima estudado, exatamente os mesmos efeitos do que a decisão em Mandado de Injunção com caráter concretista geral, alcançando normativamente, de forma aditiva, todos aqueles que pudessem gozar do direito olvidado.

O que se questiona no pós-ADO 26 é a conduta que passará a direcionar o Supremo Tribunal Federal em outras ações concentradas de inconstitucionalidade por omissão. Há perspectiva de aproximação entre a ADO e o MI? Até que ponto? Em caso de avanço, será natural que o STF efetive o direito olvidado ou busque, primeiramente, uma resposta do Legislativo? Ainda,

e não menos importante, em que medida a atuação positiva do Supremo não adentraria à esfera legislativa e ofenderia a separação de poderes?

É claro que a abertura de um espectro de atuação jurisdicional em meio à omissão legislativa não pode significar uma folha em branco para atuar fora de qualquer limite proporcional, vale dizer, além do que se espera do Estado naquele momento, embora esse conceito possa ser tido como essencialmente subjetivo. Mas é que para declarar a inconstitucionalidade por omissão e, mais ainda, para assumir um papel concretista, é preciso que a Corte justifique racionalmente a sua postura. Assim é que, por exemplo, seria inadmissível que a Corte, logo na primeira provocação, deixe de cientificar o Legislativo e já assuma uma postura concretista.

Mas, repise-se, a defesa das ambições normativas não pode ser elevada a um ponto tão restritivo que torne sem qualquer eficácia o mandamento constitucional. Certamente, quando o constituinte expôs suas pretensões a prazo não pretendia dar ao legislador um atestado para fazê-lo a destempo e tão menos para deixar de fazê-lo. Nesse tocante, a omissão é tão lesiva quanto à ação que desfigura o sentido da norma.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção são ações que possuem suma importância diante da inadimplência legislativa, necessárias à proteção do texto constitucional, enquanto medidas de combate à *síndrome da inefetividade constitucional*.

A ausência de normas também se apresenta como violação ao texto da Constituição, tanto quando esta ausência é absoluta, ou completa, como quando ela é relativa, ou parcial, redundando na chamada inconstitucionalidade por omissão. Vale dizer, violação a um dever constitucional de legislar. Noutras

palavras, a omissão constitucional relevante.

Historicamente, a ADO, instrumento relativamente recente na história constitucional, sempre se apresentou de efeitos muito tímidos, cabendo-lhe o papel de “apelo ao legislador” para saldar a omissão nas situações em que se aguarda razoavelmente a necessidade de uma ação dos Poderes Públicos.

Em paralelo, o Mandado de Injunção também se estruturou dessa forma, permitindo a mora legislativa a despeito do reconhecimento de ausência inconstitucional de norma. A ineficácia e a completa desídia do Legislativo, no entanto, conclamou o Supremo Tribunal Federal a repensar o instituto.

Em completa reviravolta jurisprudencial, o STF abandonou a posição inicial *abstracta*, segundo a qual competia ao Tribunal apenas reconhecer e informar a omissão legislativa, e evoluiu até uma posição *concretista geral*, segundo a qual o Tribunal não apenas supre a omissão, após reconhecer a desídia legislativa, a despeito da fixação de prazos, como confere efetividade ao direito para todos aqueles que se encontrem sob sua égide. Noutras palavras, confere efeito *erga omnes* à decisão.

É claro que existe uma diferença de escopo entre os dois instrumentos. A própria Constituição diferencia o objeto. Nos termos do artigo 5º, LXXI, o mandado de injunção é cabível diante da ausência de norma regulamentadora que impeça o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como prerrogativas inerentes à cidadania, soberania e nacionalidade. Por outro lado, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é admitida para qualquer omissão que possa ser considerada contrária à Constituição, o que, teoricamente, constituiria um objeto mais amplo. Todavia, há de se reconhecer que o contexto de “direitos e liberdades constitucionais”, apto a gerar objeto de MI, é de amplitude considerável e de restrição inviável.

Até recentemente, a posição concretista não havia sido utilizada ainda na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. A ADO 26, contudo, estabeleceu um novo paradigma,

ocasião em que o Supremo conferiu interpretação conforme a Constituição para, reconhecendo a omissão constitucional, enquadrar condutas de homofobia e transfobia nos crimes de racismo previstos na Lei nº 7.716/89.

É claro que estamos diante de apenas uma decisão, recente, e que não pode ser considerada por si só um divisor de águas. Mas ela é apta a estabelecer questionamentos sobre o comportamento da Corte para o julgamento de novas ações concentradas por omissão.

Não se negue que existe uma força lógica que nos impele para a aproximação da ADO e do MI. É que, como afirmamos, o Mandado de Injunção na posição concretista geral possui efeitos *erga omnes* e não haveria razão para, nesse ponto, não tratá-lo da mesma forma que a ADO.

Noutras palavras, os institutos, dessa forma, devem servir aos mesmos propósitos. Se ambas possuem efeitos para todos, então as duas devem efetivamente gerar efeitos concretistas. Logo, a ADO, nos dias atuais, deve igualmente ser permeada pela possibilidade de gerar efeitos concretistas que, assim como no MI, serão gerais.

Manoel Gonçalves ressalta que a inconstitucionalidade por omissão traz uma “equiparação entre o descumprimento da Constituição quanto a suas regras auto-executáveis e o descumprimento da Constituição quanto a suas regras não auto-executáveis, especialmente de caráter programático” (FERREIRA FILHO, 2007. p. 107).

O problema, evidentemente, do reconhecimento do caráter das normas *non self-executing* conduz à dificuldade em exprimir das mesmas a obrigatoriedade de, naquele instante, ter-se tais normas a serviço dos Tribunais. Mas, ao mesmo tempo, é natural que se reconheça não serem tais normas uma carta aberta ao legislador para traduzir a pretensão em lei quando quiser e se quiser. Diz-se isso porque a ausência de uma data para a confecção da lei joga a responsabilidade legislativa para o infinito, o

que, em verdade, equivale ao poder de não realizar. Evidentemente, não é esse o objetivo buscado pelo constituinte quando elaborou a sistemática programática.

Não que seja correto, em afronta a tal possibilidade perniciosa, afirmar que todo o dispositivo da Constituição possui aplicabilidade imediata desde 5 de outubro de 1988, o que, diante das impossibilidades fáticas, seria realmente ingênuo. Mas é evidente que deixar ao total alvedrio do legislador a efetividade das normas constitucionais, sem nenhuma medida de controle e de razoabilidade, e, principalmente, medida que possa ser efetiva quando o Legislador insistir em se omitir, é igualmente ingênuo.

O que a decisão proferida na ADO 26 nos trará só o tempo poderá responder.



## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALBUQUERQUE, Ana Paula Quadros Guedes. A criação de novos tipos penais via instrumentos de controle de omissões inconstitucionais. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/3b53n985/nE3mOJ6hT93Y2Idx.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed.

- São Paulo: Malheiros, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos. O direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 351-367.
- CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007
- EISENMANN, Charles. *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d' Autriche*. Paris: Economica – Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, 2004. n. 76.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- KELSEN, Hans. *Hauptprobleme de Staatsrechtslehre*. Tübingen: Mohr, 1911.
- KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988.
- O'BRIEN, David M. Constitutional Law and Politics. New York: W. W. Norton, 1991. v.2: Civil Rights and Civil Liberties.
- OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Ativismo judicial e controle de constitucionalidade. Curitiba: Juruá, 2015.
- OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Curso de Jurisdição Constitucional: direito comparado e ideias para um novo STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 518. apud FROTA, Pablo Malleiros da Cunha; ROSA, Jesus Alexsandro Alves. *Razões para a inefetividade da ADO no Direito brasileiro*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-08/diario-classe-razoas-inefetividade-ado-direito-brasileiro#sdfootnote9sym>. Acesso em: 13 out. 2022.