

SENADO FEDERAL

Gabinete do Senador DEMÓSTENES TORRES

PARECER N° , DE 2009

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 132, de 2009, de autoria do Deputado Flávio Dino, que *acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.*

RELATOR: Senador **DEMÓSTENES TORRES**

I – RELATÓRIO

Vem ao exame desta Comissão, em caráter terminativo, o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 132, de 2009, de autoria do Deputado Flávio Dino, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mediante a inserção do Capítulo II-A na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que *dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.*

A proposição acrescenta ao texto da citada Lei os arts. 12-A a 12-H, estipulando o seguinte:

- a) os legitimados da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) serão os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) (art. 12-A);
- b) a petição inicial deverá indicar a omissão inconstitucional total ou parcial, bem como o pedido, e será acompanhada do instrumento de procuração e dos documentos necessários para comprovar a omissão (art. 12-B);
- c) o relator indeferirá de plano a petição inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, cabendo recurso de agravo contra sua decisão (art. 12-C);

- d) não caberá desistência da ADO (art. 12-D);
- e) aplicar-se-á o processo da ADI à ADO, naquilo que couber, assegurando-se: (i) aos legitimados que não houverem proposto a ação a faculdade de se manifestarem, por escrito, sobre seu objeto, juntarem documentos aos autos e apresentarem memoriais; (ii) ao relator a prerrogativa de solicitar manifestação, no prazo de 15 dias, ao Advogado-Geral da União; (iii) ao Procurador-Geral da República, nas ações de que não for autor, o prazo de 15 dias para vista do processo (art. 12-E);
- f) caberá medida cautelar na ADO, mediante decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal (STF), em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, após a oitiva, no prazo de 5 dias, das autoridades apontadas como omissas, e, quando indispensável, do Procurador-Geral da República, no prazo de 3 dias (art. 12-F, *caput* e § 2º);
- g) a medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou administrativos, ou ainda outra providência a ser fixada pelo Tribunal (art. 12-F, § 1º);
- h) a parte dispositiva da decisão que conceder a medida cautelar em ADO será publicada no prazo de 10 dias no Diário Oficial da União e no Diário da Justiça da União (art. 12-G);
- i) o Poder competente será cientificado da decisão que declarar a omissão inconstitucional, para a adoção das providências necessárias a saná-la, o que deverá ocorrer, quando o omissor for órgão administrativo, dentro de 30 dias, ou em prazo razoável, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido (art. 12-H, *caput* e § 1º);
- j) aplicar-se-ão à decisão da ADO as normas estabelecidas para a decisão em ADI, no que couber (art. 12-H, § 2º).

Na Câmara dos Deputados, a proposição foi objeto de apreciação conclusiva na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Na justificação, o autor assinala que o projeto, fruto de sugestão do Ministro Gilmar Mendes, Presidente do STF, tem por escopo suprir lacuna na lei que atualmente rege o processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Não foram apresentadas emendas à proposição.

II – ANÁLISE

Cabe a esta Comissão pronunciar-se terminativamente sobre o projeto, nos termos dos arts. 91, IV, e 101, II, *d*, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF).

Por tratar-se de matéria processual, compete ao Congresso Nacional legislar sobre ela, nos termos dos arts. 22, I, e 48, da Constituição Federal. Ademais, o tema não se sujeita à reserva de iniciativa conferida ao Chefe do Poder Executivo pelo art. 61, § 1º, da Lei Maior. Em face disso, concluímos ser formalmente constitucional o projeto.

Quanto à constitucionalidade material, não vislumbo na proposição ofensa a qualquer dispositivo constitucional, com exceção do disposto no art. 103, § 2º, da Carta Magna, que dispõe:

Art. 103.....

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

Da leitura do comando transcrito, resta indubitosa a determinação do constituinte para que, no caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências necessárias a saná-la sejam adotadas dentro de 30 dias. O projeto em exame, no entanto, ao introduzir o art. 12-H, § 1º, na Lei nº 9.868, de 1999, flexibiliza essa regra, conferindo competência ao STF para estipular prazo razoável, que poderá ser maior do que aquele, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. A meu ver, não pode existir interesse público maior do que o de cumprir fielmente a Constituição. Assim, ao possibilitar a extensão do prazo para cumprimento da decisão, o projeto viola duplamente a Lei Maior, por: (i)

ignorar o prazo explicitamente definido pelo texto constitucional; (ii) investir o STF de poderes para prorrogar o estado de inconstitucionalidade. Por isso, apresento, ao fim, emenda com o propósito de tornar o § 1º do art. 12-H compatível com o § 2º do art. 103 da Carta Magna.

No tocante à juridicidade, nada há a opor ao projeto. Outrossim, não existem óbices regimentais à sua tramitação, tampouco vícios de técnica legislativa em seu texto.

Consoante assinalado na justificação, o projeto vem, em boa hora, suprir a lacuna existente na legislação disciplinadora das ações constitucionais. A Lei nº 9.868, de 1999, ao regular o processo da ADI e da ADC, silenciou a respeito da ADO, muito embora essa ação apresente especificidades a justificar-lhe tratamento diferenciado, em alguns pontos.

Quanto ao mérito do projeto, considero necessário modificar a regra relativa às medidas cautelares em ADO, pelas razões que exponho.

A omissão legislativa inconstitucional pode ser total ou parcial. Na segunda hipótese, a norma exigida pela Constituição existe, mas não tem toda a abrangência ou conteúdo que deveria possuir. Uma decisão que pura e simplesmente declare a inconstitucionalidade dessa norma ou suspenda cautelarmente a sua eficácia pode agravar o estado de inconstitucionalidade, transformando uma omissão parcial em total. Não por outro motivo, o Ministro Gilmar Mendes, em obra doutrinária, chegou a defender que *a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional (Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 67)*. Apesar de sustentar, em trabalho recente (*Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1144*), que a declaração de nulidade é uma das conseqüências da decisão do STF declaratória da omissão parcial do legislador, o Ministro não deixa de reconhecer que:

[A] aplicação da lei – mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade – pode-se justificar inteiramente do prisma constitucional. Trata-se daqueles casos em que a aplicação da lei mostra-se indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei.

O projeto em análise prevê que a medida cautelar na ADO poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem assim na suspensão de processos judiciais e administrativos, ou ainda em outra providência a ser

fixada pelo Tribunal. Como já destacado, a suspensão da aplicação do ato é mais prejudicial que a manutenção de sua vigência. Ademais, se se trata de omissão, ainda que parcial, a inconstitucionalidade não reside naquilo que foi normatizado, mas sim naquilo deixou de sê-lo. O art. 103, § 2º, da Constituição alude à *inconstitucionalidade por omissão de medida* para tornar efetiva norma constitucional. Cuida, pois, de inconstitucionalidade resultante da ausência de determinada medida. Rejeitar a parte cumprida de um dever não parece contribuir para solucionar a questão do descumprimento da outra parte.

Quanto à possibilidade de a medida cautelar consistir em determinação para que sejam suspensos processos judiciais e administrativos, tal providência faria sentido no contexto de suspensão da lei por omissão parcial, a qual, como visto, considero inadequada. Se partirmos do pressuposto de que determinado direito não é exercido em virtude da ausência de previsão e disciplina legal, a suspensão de processos em nada modificará a situação do prejudicado. Ainda que já se tenha verificado a coisa julgada em algum processo, o direito será exercitável tão logo o legislador supra a omissão, editando a lei reclamada pelo constituinte. E, em princípio, nada impede que o faça inclusive com efeitos retroativos, uma vez que a retroatividade benigna não encontra vedação constitucional.

Entendo, pois, que os arts. 12-F e 12-G, que cuidam da medida cautelar na ADO, devem ser suprimidos do projeto. E o proponho apoiado na jurisprudência pacífica do próprio STF, que considera incabível a medida cautelar nesse tipo de ação. Entre os inúmeros julgados nesse sentido, cito os prolatados nas seguintes ações: ADI nº 526 (DJ de 05.03.1993), ADIMC nº 267 (DJ de 19.05.1995), ADIMC nº 1.387 (DJ de 29.03.1996), ADIMC nº 1.458 (DJ de 20.09.1996), ADIMC nº 525 (DJ de 02.04.2004). Conforme restou consignado na ementa do acórdão da Corte na ADIMC nº ADIMC nº 1.600 (DJ de 06.02.1998):

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional.

A doutrina majoritária sobre o assunto também é no sentido do descabimento de medida cautelar em sede de ADO. Nessa linha Alexandre de Moraes (*Direito Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 608), Clèmerson Merlin Clève (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 345), Flávia Piovesan (*Proteção judicial contra omissões legislativas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 104) e Zeno Veloso (*Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 256).

Sem embargo dessas considerações, julgo meritória a proposição e acredito que sua conversão em lei contribuirá para o aprimoramento dos instrumentos processuais de controle de constitucionalidade no Brasil.

III – VOTO

Ante o exposto, o voto é pela aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 132, de 2009, com as seguintes emendas:

EMENDA Nº - CCJ

Suprima-se do § 1º do art. 12-H da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, introduzido pelo PLC nº 132, de 2009, a seguinte expressão: “ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido”.

EMENDA Nº - CCJ

Suprimam-se da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, com a redação dada pelo PLC nº 132, de 2009, os arts. 12-F e 12-G, renomeando-se o seguinte.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator