

A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO CONGRESSO NACIONAL NA REGULAMENTAÇÃO DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS ESTADOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE UNCONSTITUCIONAL OMISSION OF THE NATIONAL CONGRESS IN THE REGULATION OF THE STATES PARTICIPATION FUND AND THE FEDERAL SUPREME COURT

Armando Zanin Neto*

José Luiz Crivelli Filho**

RESUMO

O artigo tem por objetivo analisar a omissão inconstitucional do Congresso Nacional no tocante à regulamentação do Fundo de Participação dos Estados, mesmo após o vencimento do prazo fixado pelo STF em decisão judicial anteriormente proferida em sede de ADI. Analisar-se-á o instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, seu procedimento e os efeitos da decisão nela proferida, bem como as correntes denominadas “concretista” e “não-concretista”, para, ao final, criticarmos a decisão liminar proferida nos autos da ADO nº 23, que estendeu a vigência de dispositivos da LC nº 62/1989, cuja inconstitucionalidade já havia sido reconhecida pela Corte Suprema.

PALAVRAS CHAVE: OMISSÃO; FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS ESTADOS; CONGRESSO NACIONAL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ABSTRACT

This article aims to analyze the unconstitutional omission of the National Congress about the regulation of the participation fund of the States, even after the deadline set by Federal Supreme Court in previous judgment of a action of unconstitutionality. We will analyze the institute of the “direct action of unconstitutionality by omission”, the procedure and the effects of the decision and the positions called “concretist” and “non-concretist”, to criticize, in the end, the given decision in the ADO nº 23, that extended the lifetime of some devices of the LC nº 62/1989, whose constitutionality had already been recognized by the Supreme Court.

KEYWORDS: OMISSION; STATES PARTICIPATION FUND; NATIONAL CONGRESS;

* Advogado e Professor de graduação e pós graduação em direito tributário (IBET), Especialista em Direito Tributário pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Mestre em Direito Público pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP) e Doutorando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

* * Graduado em Ciências Jurídicas pela UNIMEP – Universidade Metodista de Piracicaba. Pós-graduando em Direito Tributário pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Mestrando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP – Universidade de São Paulo. Advogado. *E-mail:* jl.crivelli@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O ano de 2013 começou com a tensão entre os poderes legislativo e judiciário em razão da questão do repasse de recursos ao FPE – Fundo de Participação dos Estados.

No ano de 2010, o Supremo Tribunal Federal analisou as ADIs – Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, ajuizadas respectivamente pelos Estados do Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

Em tais ações, questionou-se a constitucionalidade de todo o art. 2º da Lei Complementar nº 62/89, que cuidou de definir os critérios de rateio do FPE, tendo havido decisão positiva da Corte Suprema, no sentido de que a regra era, de fato, inconstitucional por violar o art. 161, II, da Constituição Federal de 1988.

Decidiu ainda aquele Tribunal não suprimir imediatamente o referido dispositivo da ordem jurídica, eis que a ausência de norma regulamentar traria inegáveis prejuízos ao interesse público e notadamente aos Estados. A ausência de repasse de tais recursos, constitucionalmente assegurados, poderia trazer caos e insegurança jurídica para todo o país, bem como a completa “paralisação” e quebra dos Estados-membros.

Nesta senda, o STF decidiu, com base no art. 27 da Lei nº 9.868/99, modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mantendo a vigência dos critérios estabelecidos pelo art. 2º da LC nº 62/89 até o ano fiscal de 2012, concedendo uma margem de tempo para que o Congresso Nacional expedisse uma nova norma geral e abstrata que suplantasse os critérios julgados inconstitucionais.

Chega-se ao ano de 2013 e, até o momento, não houve promulgação da referida Lei Complementar, conquanto existam Projetos de Lei relacionados à matéria em trâmite. A omissão do Congresso Nacional em cumprir o prazo fixado pelo STF, fez com que os Estados da Bahia, Maranhão, Minas Gerais e Pernambuco, ajuizassem a ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 23, cujo relator é o Ministro Dias Toffoli, no Supremo Tribunal Federal.

Completo-se o quadro com a recente decisão liminar do presidente em exercício do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, que determinou a continuidade da aplicação dos critérios outrora declarados inconstitucionais pelo prazo suplementar de 150 (cento e cinquenta dias), o equivalente a 5 (cinco) meses, concedendo novo prazo para que o Congresso Nacional preencha o vazio normativo existente.

A discussão jurídica acerca da omissão do Poder Legislativo em exercer a sua função de regulamentar a Constituição Federal e os limites do ativismo judicial não é nova. A revisitação do tema, no entanto, ganha importância em face de tão importante questão envolvendo o Pacto Federativo.

O presente artigo objetiva analisar a decisão do STF, bem como refletir sobre a conduta deste Tribunal nos casos em que há omissão inconstitucional do legislativo, buscando lançar, ao final, uma solução para a questão.

Para tanto, o trabalho será dividido em 03 (três) partes.

Na primeira parte, analisaremos o instituto jurídico da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, sua previsão constitucional, seus procedimentos e os efeitos da decisão do STF que reconhece a omissão do poder legislativo, trazendo à lume as teorias existentes na doutrina nacional e comparada, bem como as tendências jurisprudenciais.

Na segunda parte, traçaremos um breve esboço histórico acerca do FPE, que vai da criação do Fundo, passando pela contestação dos critérios estabelecidos pela Lei Complementar nº 62/89, até o ajuizamento da ADO nº 23 e a decisão liminar proferida pelo Vice-Presidente da Corte Suprema, o Ministro Ricardo Lewandowski.

Por fim, na terceira e última parte deste trabalho, traremos nossas considerações finais, lançando críticas à decisão liminar referida, bem como sugerindo solução que melhor se adequa ao caso e que melhor atenda as normas constitucionais postas.

1 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

1.1 Conceito

A ADO é inovação da Constituição Federal de 1988, inspirada na experiência jurídica de outros países como, por exemplo, Portugal, cujo Texto Constitucional, em seu art. 283¹, prevê a possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão.

Estabelece o art. 103, §2º, da Carta Magna de 1988:

¹ 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.

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.

A omissão inconstitucional se verifica quando determinada norma constitucional, de eficácia limitada, não possui regulamentação infraconstitucional ou infralegal exigida para produzir seus regulares efeitos. Quando o Poder Legislativo ou órgão administrativo deixar de exercer a sua função, regulamentando estas normas de eficácia limitada, surge a patologia, a omissão que impede a aplicação da norma constitucional.

José Afonso da Silva (2005, p. 47-48), com sua clareza peculiar, conceitua 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. A Constituição, por exemplo, prevê o direito de participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas, *conforme definido em lei*, mas, se esse direito não se realizar, *por omissão* do legislador em produzir a lei aí referida e necessária à plena aplicação da norma, tal omissão se caracterizará como inconstitucional. Ocorre, então, o pressuposto para a propositura de uma *ação de inconstitucionalidade por omissão*, visando obter do legislador a elaboração da lei em causa.

Conforme a doutrina de Pedro Lenza (2012, p. 363-364), identificamos três possibilidade de omissão inconstitucional: **(i) absoluta:** quando inexiste qualquer lei regulamentando a norma constitucional de eficácia limitada; **(ii) parcial propriamente dita:** nos casos em que a lei existe, mas regula a norma constitucional de maneira deficiente; e **(iii) parcial relativa:** ocorrente quando a lei existe e atende a determinado grupo de pessoas, mas não atende a outros grupos, que também deveriam ser beneficiados pela norma.

Isto posto, passemos a analisar, de maneira breve, referida ação constitucional.

1.2 Objeto da ADO

A ADO tem por objeto a omissão inconstitucional normativa em sentido amplo, abrangendo não apenas a omissão do Poder Legislativo, mas também de órgãos administrativos e do próprio Judiciário.

Tal interpretação é possível pelo fato de o §2 do art. 103 da Lei Maior de 1988 utiliza-se da expressão “omissão de medida”, não se cingindo, como se vê, à simples regulamentação legislativa.

Certo afirmar, portanto, que a omissão de quaisquer dos poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário), que frustrar a aplicação de norma constitucional de eficácia limitada, poderá ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Ainda acerca do objeto de referida ação constitucional, duas questões abordadas por Pedro Lenza (2012, p.364-365) devem ser trazidas à baila, por refletirem o atual posicionamento jurisprudencial do STF.

Quando do julgamento da ADI nº 1.836/SP, de relatoria do Ministro Moreira Alves, em 18.06.1998, entendeu a Corte Suprema que, se pendesse ADO e a norma constitucional não havia sido regulamentada, há **perda do objeto da ação**.

Nesse diapasão, também fixou entendimento no sentido de que o encaminhamento de Projeto de Lei sobre a matéria ao legislativo ou o desencadeamento do processo legislativo, não permitiria o ajuizamento de ADO.²

O STF modificou sua jurisprudência, no julgamento da ADO nº 3.682, entendendo que a demora do legislativo na apreciação de Projetos de Lei não possui justificativa, de modo que a conduta negligente colocaria em risco a ordem constitucional.

Desta feita, a mudança de posicionamento da corte suprema é salutar para a efetividade do texto constitucional brasileiro pois os procedimentos tendentes a regulamentação do texto, quais sejam a deliberação legislativa e executiva do Projeto de Lei, não sanam a omissão legislativa e portanto, não devem ser considerados no juízo de admissibilidade do Supremo Tribunal na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão.

Uma segunda questão é a infungibilidade da ADO com o Mandado de Injunção, por entender que os pedidos realizados são diversos³, eis que na primeira o que se questiona é a lei em tese, não diretamente ligada em um primeiro momento à negação da aplicação do texto constitucional a um cidadão ou categoria de cidadãos; já no segundo caso, trata-se de situação concreta de não aplicação da norma constitucional invocada por beneficiários do texto. A nosso ver, apesar da distinção realizada no que tange ao pedido das diferentes ações, ambas ensejariam a aplicação da corrente hermenêutica denominada concretista em seu julgamento, corrente esta que será analisada amiúde no decorrer deste trabalho.

² Nesse sentido ver ADI nº 130-2/DF e ADI nº 2.495.

³ Conforme MI 395-QO.

1.3 Legitimidade para propositura

O art. 103, I a IX, da Carta Magna de 1988 traz o rol taxativo de legitimados a propositura da ADO que são os mesmos da ADI. A única ressalva a ser feita é a divisão dos legitimados em “universais” e “especiais”.

Entende o Supremo Tribunal Federal que os legitimados citados nos incisos IV (a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal), V (o Governador do Estado ou do Distrito Federal) e IX (Confederação Sindical ou entidade de classe em âmbito nacional), devem demonstrar o interesse no ajuizamento da ADO e instauração do controle de constitucionalidade em face de normas jurídicas que atinjam aos interesses de sua classe.

1.4 Procedimento

Até o advento da Lei nº 12.063/2.009, utilizava-se o procedimento adotado na ADI. O novel diploma, contudo, acrescentou à Lei nº 9.868/99 os arts. 12-A a 12-H, especificando o procedimento da ADO.

Nos termos do art. 12-B, a petição inicial deverá indicar **(i)** qual é a omissão inconstitucional (total ou parcial) e qual é o órgão que não cumpre a sua função constitucional (o legislativo de legislar e as providências administrativas do poder executivo) e **(ii)** o pedido, com suas especificações.

Sem prejuízo, deverão ser anexados à petição o instrumento de procuração e cópias dos documentos que comprovem a omissão atacada, apresentando-a em 02 (duas) vias, conforme o parágrafo único do artigo citado.

No caso de inépcia, ausência de fundamentação ou improcedência manifesta, deverá o relator indeferir a petição inicial, cabendo recurso de agravo da decisão. É este o teor do art. 12-C, *caput* e seu parágrafo único.

Os legitimados para a ação poderão se manifestar por escrito, sobre o objeto da ação, e requerer a juntada de documentos que repute úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

O relator poderá solicitar a manifestação da Advocacia Geral da União, no prazo de 15 (quinze) dias. Mesmo prazo será conferido ao Procurador-Geral da República, quando não for autor, para vistas dos autos, após o decurso do prazo para informações pela AGU.

O art. 12-H, *caput* e seus §§1º e 2º da lei em análise, trata da decisão proferida na ADO. Declarada a inconstitucionalidade por omissão é dada ciência ao Poder competente para que adote as providências necessárias no sentido de sanar o vício.

Se a omissão é imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

Analisaremos os efeitos da decisão no tópico a seguir.

1.5 Efeitos da decisão proferida em sede de ADO

Questão de extrema importância se dá no âmbito dos efeitos da decisão proferida pelo STF em sede de ADO, reconhecendo a inconstitucionalidade por omissão do poder competente para a edição do ato normativo que atribua eficácia à norma constitucional pendente de regulamentação.

Tanto nos julgamentos de mandado de injunção (remédio constitucional similar a ADO) quando das ações diretas de inconstitucionalidade, nota-se na jurisprudência do STF a existência de duas posições: **(i)** a concretista e a **(ii)** não concretista. A primeira subdivide-se, segundo, Pedro Lenza (2012, p. 1054) em **geral** e **individual** e esta última ainda se divide em **direta** ou **intermediária**.

Vejamos cada uma das posições, de maneira sintetizada:

I. Posição concretista geral: o STF cria a norma para o caso concreto, com efeitos *erga omnes*, que vigorará até norma do Poder competente ser editada com o fito de regulamentar o texto constitucional;

II. Posição concretista individual direta: implementa-se o direito, que somente valeria para o autor da ação mandamental (no caso do mandado de injunção);

III. Posição concretista individual intermediária: há a fixação de prazo pelo Judiciário ao Legislativo para que elabore a norma regulamentadora do direito constitucional violado. Se mantida a inércia do poder competente, o autor passa a ter seu direito constitucional resguardado;

IV. Posição não concretista: nesta última hipótese, a decisão reconhece a inconstitucionalidade e constitui em mora o poder omissor, não gerando ao requerente qualquer efeito prático quanto ao exercício dos direitos ventilados na norma constitucional.

Por muitos anos, a posição não concretista dominou a jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal. Entendia o Tribunal, que a omissão do órgão competente ensejaria tão somente uma reclamação por parte do judiciário para que editasse a norma concretizadora, não lhe cabendo tal mister.

Esse posicionamento, todavia, modificou-se – e vem se modificando – na jurisprudência do STF. No julgamento do MI nº 232-1/RJ⁴, o Ministro Néri da Silveira, adotou a posição concretista individual intermediária.

Tratava-se de mandado de injunção questionando a omissão do Congresso Nacional na regulamentação da imunidade das entidades beneficentes de assistência social, prevista no §7º do art. 195 da Constituição Federal de 1988. Nesta oportunidade, o Tribunal reconheceu a mora do legislador e lhe fixou o prazo de seis meses para que regulamentasse referida norma de eficácia limitada sob pena de, desrespeitado o prazo, passar o contribuinte a fruir da referida imunidade. A decisão somente possuiria efeitos *inter partes*.

Avançando ainda mais em sua jurisprudência, o STF adotou a posição concretista geral nos MIs nº 670, 708 e 712, que buscavam assegurar o direito de greve dos servidores públicos, ante a ausência de lei regulamentadora exigida pelo art. 37, VII, da Lei Maior de 1988.

No julgamento do MI nº 631/MS – cujo objeto era o mesmo – decidiu-se pela aplicação da Lei nº 7.783/89 que regulamentou o direito de greve dos empregados do setor privado, destacando excerto do voto do Ministro Carlos Velloso:

Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público.

A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a Lei 7.783 de 28.6.89. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Sei que na Lei 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar a norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que

⁴ Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (STF – Tribunal Pleno. MI nº 232-1/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira. DJU: 02/08/1991).

dispõe a respeito do direito de greve.⁵

A aplicação da lei voltada ao setor privado para o setor público recebeu efeitos *erga omnes* pelo STF. Tal posicionamento abriu a discussão acerca do ativismo judicial e suas consequências no ordenamento jurídico. Se de um lado, a omissão (inconstitucional) é suprida pelo Judiciário, na qualidade de “legislador positivo”; de outro, haveria suposta intervenção de um poder sobre o outro, o que feriria o princípio da tripartição dos poderes, insculpido no art. 2º da Carta Magna de 1988.

Nos autos do MI nº 670, o Ministro Gilmar Mendes sugeriu que o Supremo Tribunal Federal adotasse uma postura concretista, fazendo menção à “sentença aditiva”, instituto que advém do direito italiano. Por sentença aditiva, entenda-se aquela decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade de determinada norma e lhe adequa ou adita à interpretação da norma constitucional. Ela amplia o âmbito de alcance da norma inconstitucional tornando-a constitucional.

Vaticina o ilustre autor português Rui Medeiros (1999 *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1368), sobre o assunto:

A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e criatividade da função jurisdicional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito.

O alargamento dos poderes normativos do tribunal constitucional constitui, outrossim, uma resposta a crise das instituições democráticas.

Enfim, e este terceiro aspecto é particularmente importante, a reivindicação de um papel positivo para o tribunal constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal, bastava cassar a Lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão das medidas de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção activa do Tribunal Constitucional. Efectivamente, enquanto para eliminar um limite normativo (v.g. uma proibição ou um ônus), e restabelecer plenamente uma liberdade, basta invalidar uma norma em causa, o mesmo não se pode dizer quando se trata de afastar uma omissão legislativa inconstitucional. Neste segundo caso, se seguir o modelo clássico de justiça constitucional, a capacidade de intervenção do juiz das leis será muito reduzida. Urge, por isso, criar um sistema de justiça constitucional adequado ao moderno Estado Social. Numa palavra: a configuração actual das constituições, não permite qualquer veleidade aos tribunais constitucionais em actuarem de forma meramente negativa, antes lhe exige uma esforçada atividade que muitas vezes se pode confundir com um *indirizzo* político na efectiva concretização e desenvolvimento do programa constitucional. Daí o falhanço de todas as

⁵ STF – Tribunal Pleno. MI nº 631/MS. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJU: 02.08.2002.

teses que pretendiam arrumar os tribunais constitucionais numa atitude meramente contemplativa perante as tarefas constitucionais e o esbatimento, claro em Itália, dos limites a admissibilidade de decisões modificativas.

O ministro da Suprema Corte Gilmar Ferreira Mendes, bem como Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 1369) lecionam nesse sentido:

Especialmente no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, esclarece Rui Medeiros, que ela são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou ainda quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora 'solução constitucionalmente obrigatória'.

[...]

De resto, uma sistemática conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada), de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos. Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (artigo 1º da CF/88).

As sentenças de perfil aditivo não se confundem com a técnica da interpretação conforme a Constituição, embora se possa afirmar que aquela decorre desta. Na interpretação conforme a Constituição, várias interpretações são possíveis, mas o julgador elege aquela que se compatibiliza com o Texto, declarando a nulidade das demais interpretações; já na sentença de perfil aditivo, o julgador modifica a norma em seu conteúdo, podendo até mesmo incluir novas regras.

O autor espanhol Joaquín Brage Camazano (2005 *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1370), afirma que:

La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es praticamente inevitable, com uma o outra denominación y con unas o otras particularidades, por cualquier órgano de la inconstitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen de TC con una suerte de legislador negativo. Si alguna vez, los tribunales constitucionales fueran legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico arsenal sentenciador de que despoen para fiscalizar la constitucionalidad de la ley, más allá del planteamiento demasiado simple 'constitucionalidade/inconstitucionalidad' es un elemento más, y de importância, que viene a poner de relieve hasta que el punto es así. Y es que, como Fernandez Segado destaca, 'la praxe de los tribunales constitucionales no há hecho sino avanzar en esta dirección, de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, certificando así, la quebra del modelo Kelseniano del legislador negativo.

Em conclusão deste item, podemos afirmar que a mudança de posicionamento da jurisprudência de nossa Suprema Corte em relação à interpretação e concretização das normas constitucionais, é digna de elogios.

Após vinte e cinco anos de vigência do texto constitucional, muitos dos direitos ali consubstanciados ainda não possuem aplicabilidade plena. A vontade do poder constituinte originário é negligenciada pelo Poder Legislativo e a posição não concretista adotada até bem pouco tempo atrás pela jurisprudência constitucional, fazia tabula rasa da carta magna. Por conseguinte, a alteração do padrão hermenêutico para a posição concretista, efetiva o texto constitucional e, principalmente, garante aos cidadãos o país a aplicação da constituição federal de 1988, como na forma em que promulgada.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS ESTADOS

2.1 Surgimento

Como se sabe, o pacto federativo brasileiro tem como um de seus objetivos fundamentais a redução das desigualdades formais, o que permite o tratamento desigual entre os entes, a despeito de sua igualdade formal. Daí justificar-se que alguns Estados recebam maiores transferências da União em detrimento de outros, atendendo ao disposto no artigo 161, inciso II da Constituição Federal de 1988.

O primeiro arquétipo daquilo que viria a ser conhecida por Fundo de Participação dos Estados apareceu pela primeira vez na Constituição de 1946, que em seu art. 15, §2º, ao outorgar competência para que a União instituisse impostos sobre a “produção, comércio, distribuição e consumo, bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos ou gasosos”, previu no mencionado parágrafo que do valor arrecadado 60% (sessenta por cento), no mínimo, seriam entregues aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios de maneira proporcional “à sua superfície, população, consumo e produção, nos termos e para os fins estabelecidos em lei federal”.

O Fundo de Participação dos Estados propriamente dito surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965, que em seu art. 21, previu que:

Art. 21. Do produto da arrecadação dos impostos a que se referem o artigo

8º, nº II, e o art. 11, 80% (oitenta por cento) constituem receita da União e o restante distribuir-se-á à razão de 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, e 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios.

Da arrecadação do IR – Imposto de Renda e do IPI – Imposto sobre Produtos de Industrializados, 10% (dez por cento) seriam destinados ao Fundo de Participação dos Estados. *A posteriori*, houve modificação na regra constitucional por meio do Ato Complementar nº 40, de 1968, que reduziu o percentual do repasse para 5% (cinco por cento) a participação do indigitado Fundo.

No plano infraconstitucional, coube ao CTN – Código Tributário Nacional, em seus arts. 88 a 90, regulamentar como se daria a repartição dos valores entre os Estados-membros. O art. 88 previa que (i) 5% (cinco por cento) dos recursos seriam distribuídos proporcionalmente à superfície (área) de cada ente participante e (ii) 95% (noventa e cinco por cento) seria proporcionalmente distribuído de acordo com o coeficiente individual de participação, resultante do produto do fator representativo da população pelo fator representativo do inverso da renda per capita, de cada entidade participante, como definidos nos artigos seguintes, em suma: quanto maior o território do Estado e menor a sua renda *per capita*, maior haveria de ser o seu repasse.

O grande trunfo da regra do CTN era o de permitir que as cotas do Fundo de Participação dos Estados variassem de acordo com o tempo. Isso favorecia os Estados com maior área territorial, crescimento acelerado da população e pior desempenho na renda *per capita*, que refletia em sua arrecadação tributária.

2.2 O FPE na atual Constituição Federal

O Texto Constitucional de 1988 manteve a previsão de entrega pela União de recursos ao FPE, nos termos do art. 159, II, *a*:

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 do Distrito Federal.

Manteve-se a previsão de que parte do produto da arrecadação do IR e do IPI fosse

destinado ao FPE e aumentou-se o percentual destinado (21,5%).

O art. 161, II, da Carta Magna de 1988, por sua vez, outorgou competência à Lei Complementar para “estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando “promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios”. A norma constitucional recepcionou o Código Tributário Nacional – lei formalmente ordinária – com o *status* de lei complementar, mantendo os critérios ali adotados.

2.3 A edição da Lei Complementar nº 62/1989 e a declaração de sua inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade

Em 28 de dezembro de 1989, foi sancionada a Lei Complementar nº 62/1989, que alterou os critérios de repasse ao FPE, revogando tacitamente as normas do CTN e buscando dar eficácia aos arts. 159, I, *a* e 161, II, do Texto Supremo.

O art. 2º do referido diploma previu um critério de repartição dos recursos do FPE que toma por premissa o estágio de desenvolvimento de cada região do País, assim, estabeleceu que dos valores repassados pela União, 85% (oitenta e cinco por cento) seriam distribuídos aos Estados integrantes das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e 15% (quinze por cento) seriam distribuídos aos Estados das regiões Sul e Sudeste.

O §1º menciona os coeficientes individuais de participação dos Estados e Distrito Federal, constantes no anexo único da Lei, que seriam aplicados até o exercício de 1991. A partir do exercício de 1992, os critérios de rateio deveriam ser fixados por lei específica, que jamais veio a ser promulgada.

Por fim, o §3º, prevendo a possível omissão do legislador, determinou que até a aprovação dos critérios previstos no §2º, seria mantida a aplicação dos coeficientes individuais trazidos pelo Anexo Único citado. Cumpre salientar, que a ausência de votação de uma lei específica, que estabelecesse os critérios para repartição do FPE a partir do ano de 1992, jamais foi votada por não convir aos maiores interessados, mormente pelo fato de que os coeficientes determinados no Anexo único tiveram como origem a celebração de acordos políticos entre as partes envolvidas.

Traçado o desenho normativo do FPE no ordenamento jurídico atual, coube ao STF apreciar quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade que questionaram a constitucionalidade dos critérios de repasse no ano de 2010, como mencionamos em nossa introdução.

O argumento central das referidas ações foi o de que, congelados os coeficientes dos Estados nos anos seguintes, criou-se desequilíbrio entre os entes, desrespeitando a parte final do art. 161, II, da Lei Maior de 1988, que exigia que a Lei Complementar fixasse critérios de rateio que promovessem o equilíbrio socioeconômico dos Estados. Ademais, referidos coeficientes teriam sido eleitos de forma arbitrária, com base em acordos políticos firmados entre o Governo Federal e os Governos Estaduais.

Em 24.02.2012, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 2º, I e II, §§1º a 3º e Anexo Único da Lei Complementar nº 62/1989, conforme ementa abaixo transcrita:

Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI nº 875/DF, ADI nº 1.987/DF, ADI nº 2.727/DF e ADI nº 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão Fundo de Participação dos Estados – FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar nº 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012.⁶

Para evitar vazio legislativo que a declaração de inconstitucionalidade desse causa, impedindo o repasse de tais recursos pela União, bem como para conferir segurança jurídica, optou-se pela declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, assegurando a aplicação da lei tida por inconstitucional até 31.12.2012.

2.4 O ajuizamento da ADO nº 23

Em 21.01.2013, tendo em vista o transcurso do lapso temporal definido na decisão das ADINs supramencionadas, qual seja, 31.12.2012, os governadores dos Estados da Bahia, Maranhão, Minas Gerais e Pernambuco ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com pedido de medida cautelar, em face de suposta omissão legislativa do Congresso Nacional, quando ao dever de legislar previsto no art. 161, II, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 161. Cabe à lei complementar:

⁶ STF – Tribunal Pleno. **ADIs nº 875/DF, 1.987/DF, 2.727/DF e 3.243/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJU: 24.02.2010.

[...]

II – estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios.

Registram, na sequência, que o prazo estipulado pela Suprema Corte expirou sem que o Congresso Nacional tenha suprido a lacuna derivada da declaração de inconstitucionalidade, sustentando que tal situação origina um estado de insegurança jurídica ainda mais grave do que aquele constatado no julgamento mencionado.

Por fim, pedem sejam compensados os valores entregues pela União aos Estados-membros e ao Distrito Federal, com base nos critérios adotados pela decisão cautelar, e os valores apurados de acordo com os critérios fixados em nova lei a ser editada pelo Congresso Nacional, na eventualidade disso não ocorrer em 2013.

Nas informações, acompanhadas de manifestação subscrita pela Advocacia do Senado Federal, o Presidente do Congresso Nacional argumenta, em síntese, que inexistiu omissão do Congresso Nacional, tendo em conta que tramitam regularmente em ambas as Casas Legislativas diversos Projetos de Lei Complementar, destinados a disciplinar a forma de distribuição dos recursos do FPE.

Afirma mais às fls. 7 da ADO nº 23, que:

[...] a realidade fática demonstrou que o prazo de manutenção da vigência da norma (até 31/12/2012), fixado pelo STF, foi exíguo para debate, aprovação, vigência e eficácia de uma nova Lei Complementar que substituísse os critérios adotados desde 1989, ante as inúmeras atividades desenvolvidas pelo Congresso Nacional nos últimos dois anos, associada ao fato de que em 2010 ocorreram eleições federais, conforme expressamente mencionado no acórdão do STF.

Na decisão da medida liminar expedida no recesso do Supremo Tribunal Federal de Janeiro de 2013, o Ministro Ricardo Lewandowski exercendo provisoriamente as funções de presidente da corte, decidiu que:

Com efeito, a Constituição garante, de forma inequívoca, a percepção das referidas verbas pelos entes federados, cuja distribuição entre eles depende apenas do rateio daquelas em conformidade com determinado critério, o qual deixou de existir com a declaração de inconstitucionalidade de parte da Lei Complementar 62/1989.

Desse modo, constato que eventual indeferimento da medida cautelar pleiteada poderá ensejar o descumprimento integral do art. 159, I, a, da

Constituição, situação que provocaria grave desequilíbrio econômico para os Estados requerentes, com prejuízos irreparáveis à respectiva população.

Ora, sabe-se que parte substantiva do orçamento de muitos Estados é composta pelas mencionadas verbas, podendo a cessação dos repasses, pela ausência de critérios de rateio, ensejar não apenas a superveniência de severa crise orçamentária em alguns membros da Federação como, também, muito possivelmente, a intolerável paralisação de serviços públicos essenciais.

A situação exposta na inicial, portanto, caracteriza, inequívoca situação emergencial, que impõe a urgência no exame da medida liminar pleiteada, uma vez que os Estados e o Distrito Federal contavam, efetivamente, com o repasse das verbas no ano de 2013, em conformidade com os prazos originalmente estabelecidos art. 4º da LC 62/1989, abaixo discriminados:

“Art. 4º A União observará, a partir de março de 1990, os seguintes prazos máximos na entrega, através de créditos em contas individuais dos Estados e Municípios, dos recursos do Fundo de Participação:

I - recursos arrecadados do primeiro ao décimo dia de cada mês: até o vigésimo dia;

II - recursos arrecadados do décimo primeiro ao vigésimo dia de cada mês: até o trigésimo dia;

III - recursos arrecadados do vigésimo primeiro dia ao final de cada mês: até o décimo dia do mês subsequente”.

Por todas essas razões, observo que o Plenário do Tribunal de Contas da União, no estrito cumprimento de sua competência de calcular as quotas referentes aos fundos de participação, a teor do art. 161, parágrafo único, da Constituição, aplicou, em caráter emergencial e precário, os critérios da LC 62/1989 com relação à verbas concernentes a 2013, com base nos argumentos articulados no voto condutor do Acórdão 3135/2012-TCU:

“Diante desse quadro de indefinição e considerando que o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal atribui ao TCU a responsabilidade pelo cálculo das quotas referentes aos fundos de participação, e mais, considerando, ainda, a exigência contida no art. 92 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), no sentido de esta Corte de Contas encaminhar os coeficientes ao Banco do Brasil até o último dia útil de cada exercício, determinei à Secretaria de Macroavaliação Governamental a imediata realização do cálculo dos coeficientes de FPE.

Ao ordenar a instrução definitiva do feito, ponderei o fato de a União não poder reter os aludidos recursos, os quais pertencem constitucionalmente aos Estados e ao Distrito Federal e pautei-me, sobretudo, nos princípios da segurança jurídica e da prudência por entender que os dispositivos da LC 62/1989 questionados pelo STF ainda estarão em vigor até 31/12/2012. Dessa forma, até que sobrevenha nova disciplina legal, devem ser mantidos os coeficientes para o exercício de 2013 com base no Anexo Único da LC 62/1989”.

E prossegue o ilustre ministro em sua decisão liminar:

Isso posto, ante o vácuo legislativo decorrente das decisões desta Suprema Corte, prolatadas nas ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, que declararam a inconstitucionalidade do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, bem assim do Anexo Único da Lei Complementar 62/1989, protraindo a eficácia do julgado por 24 (vinte e quatro) meses, já transcorridos, sem que tivesse o Congresso Nacional, nesse lapso de tempo, colmatado a lacuna normativa, e considerando, ainda, as informações do Poder Legislativo no sentido de que se encontram tramitado, em regime de urgência, diversos projetos com vistas a substituir o mencionado diploma legal, autorizado pelo art. 13, inc. VIII, combinado com o art. 21, inc. V, ambos do do Regimento Interno desta Suprema Corte, defiro em parte a liminar pleiteada na presente ação, *ad referendum* do egrégio Plenário, para garantir aos Estados e ao Distrito Federal o repasse, pela União, das verbas do fundo a que alude o art. 159, I, a, da Constituição da República, no percentual nele estabelecido, em conformidade com os critérios anteriormente vigentes, por mais 150 (cento e cinquenta dias), a contar da intimação desta medida cautelar, desde que não sobrevenha nova disciplina jurídica, sem prejuízo de eventuais compensações financeiras, entre os entes federados, a serem eventualmente definidas em lei complementar. (Lewandowski s.d.)

Resta concluir, em face do deferimento da medida liminar acima transcrita, que temos no Brasil um caso *sui generis*, qual seja, a extensão da vigência de uma norma já declarada inconstitucional.

Em outras palavras, a modulação de efeitos realizada quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidades ADI nº 875/DF, ADI nº 1.987/DF, ADI nº 2.727/DF e ADI nº 3.243/DF, que reconheceu a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 2º, I e II, §§1º a 3º e Anexo Único da Lei Complementar nº 62/1989, e que conservou sua vigência por mais dez meses (até 31.12.2012), fora novamente utilizada para modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade por mais 150 (cento e cinquenta) dias.

Com efeito, temos no ordenamento jurídico brasileiro, uma Lei Complementar que possui dispositivos declarados inconstitucionais, mas que, em face da inércia legislativa, têm o seu vigor estendido pelo tribunal constitucional.

Para nós, tal situação caracteriza verdadeira teratologia jurídica, pois o Supremo Tribunal Federal haveria de posicionar-se pró-ativamente, ou seja, lançando mão da sentença aditiva pois, a sistemática conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário, de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos. Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (artigo 1º da CF/88).

Assim, a nosso ver, caberia ao STF em sua decisão na ADO nº 23, regulamentar

provisoriamente (enquanto não sobrevenha legislação regulamentar posterior), a aplicação de novos critérios equânimes e respeitadores da ordem constitucional atual, a confirmar a hodierna posição hermenêutica concretista da Corte, a fim de promover a concretização do texto constitucional de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se, no presente trabalho, que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é instituto novo trazido pelo Texto Constitucional de 1988, que busca combater a omissão do Poder Legislativo na regulamentação de normas constitucionais, de eficácia limitada.

A grande questão do instituto são os efeitos que a decisão proferida pode produzir. Há no STF decisões que adotaram a posição concretista e outros em que se adotou a posição não-concretista. Na primeira caberia ao STF criar norma para o caso concreto, até que sobrevenha nova norma expedida pelo Legislativo ou fixar prazo para que este Poder regule a norma constitucional, sob pena de o autor passar a ter resguardado o seu direito; na segunda, o Tribunal apenas constitui em mora o Legislativo e determina a regulamentação da norma, sem gerar qualquer efeito prático na decisão.

Do caso analisado – a repartição dos recursos oriundos do FPE – verifica-se que andou bem o Supremo Tribunal Federal ao declarar a inconstitucionalidade na forma de repasse dos recursos do FPE, haja vista o desequilíbrio entre os entes federativos, incorrendo em violação ao disposto no art. 161, II, do Texto Maior.

Como foi visto, quando do julgamento das ADIs nº 875/DF, 1.987/DF, 2.727/DF e 3.243/DF, a Corte estendeu os efeitos da norma constitucional até o dia 31.12.2012, a fim de evitar o vazio legislativo e a consequente impossibilidade de se efetuarem os repasses do FPE, até que o Poder competente promulgasse uma nova lei, que regulamentasse a contento a norma constitucional do art. 161, II.

Passado o prazo fixado e mantida a omissão inconstitucional do Congresso Nacional, os Estados do Maranhão, Bahia, Pernambuco e Minas Gerais ajuizaram a ADO nº 23, com o intuito de manter os critérios da lei anterior declarada inconstitucional, pois do contrário, restaria tecnicamente impossível a repartição das receitas entre os estados.

A decisão liminar proferida pelo Ministro Lewandowski acolheu parcialmente o pedido, determinando que a norma tivesse seus efeitos estendidos por mais 150 (cento e cinquenta) dias, até a regulamentação pelo Congresso Nacional.

A teratologia é evidente. Verifica-se que a decisão em análise viola a coisa julgada formada nas ADIs acima mencionadas, que fixou prazo para que a regulamentação fosse realizada pelo Congresso Nacional. Ao estender os efeitos da norma e “esticar” o prazo para regulamentação, o Ministro deixou de observar a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Lei Maior de 1988).

Outrossim, a decisão liminar contraria a própria decisão definitiva dada pelo STF há dois anos atrás, esvaziando-a.

A omissão inconstitucional é tão grave quanto a ação inconstitucional. Se nesta cabe ao STF declarar a inconstitucionalidade da ação do Poder que expediu a norma e da própria norma; naquela cabe a Corte declarar a inconstitucionalidade da omissão e criar um ambiente favorável a aplicação da norma constitucional.

A posição não-concretista nos parece vazia e destituída de qualquer fundamento. Constituir em mora o Poder competente e determinar a regulamentação de determinada norma não transmite a ideia de decisão judicial eficaz e solucionadora de conflitos. Ademais, não há eficácia sem a sanção pelo descumprimento da ordem. O que se verifica, nestes casos, é que a não regulamentação da norma pelo Congresso Nacional, não lhe trouxe qualquer sanção, tornando a decisão não-concretista inócua.

Dai assumirmos a posição de que a teoria concretista deva ser adotada integralmente, o que propiciaria uma melhor solução da questão. No julgamento das ADIs, limitou-se o STF a reconhecer a inconstitucionalidade na repartição das receitas entre os Estados, modulando os efeitos desta declaração, a fim de que a norma produzisse efeitos até 31.12.2012, propiciando tempo necessário ao Congresso Nacional para que aprovasse uma nova lei.

Diante da inércia e do ajuizamento da ADO nº 23, entendemos que andou mal o Ministro Lewandowski na decisão liminar proferida, pelos motivos acima expostos.

Furtar-se do dever de regulamentação provisória da norma constitucional violada por omissão, através da analogia, dos costumes e princípios gerais do direito não se coaduna com a função do Judiciário. É muito mais grave deixar um direito constitucional sem regulamentação do que regulamentá-lo provisoriamente, permitindo que irradie a sua eficácia.

O uso da sentença aditiva é o modo que nos parece mais acertado para que o Tribunal Constitucional, ao reconhecer uma omissão inconstitucional, regule provisoriamente a norma de eficácia limitada. Esta regulamentação, frise-se, não viola a separação dos Poderes, muito menos tolhe o Poder competente (em regra, o Legislativo) de exercer a sua função típica. Expedida norma geral e abstrata, esta suplantará aquela provisoriamente criada pelo STF em sua decisão de cunho aditivo.

No caso em concreto, entendemos serem plenamente aplicáveis as normas do CTN (arts. 88 a 90), que regulamentaram, até a edição da Lei Complementar nº 62/1989, os critérios para o repasse de receitas para os Estados. Embora referidos dispositivos tenham sido revogados tacitamente pelo diploma complementar, sua declaração de inconstitucionalidade restaurou a vigência daqueles dispositivos do CTN, não se falando em repristinação.

Os critérios do CTN até podem se mostrar desarrazoados ou insuficientes, mas parecem propiciar maior isonomia na distribuição, que variaria em função do tempo, porquanto levam em conta a área territorial e a renda *per capita*. Quanto maior a área territorial e menor a renda *per capita* do Estado, maior a sua participação no FPE.

Ainda que não se utilizassem as normas do CTN, certo é que caberia ao STF proferir uma decisão concretista, na qual regulamentasse ou determinasse a norma aplicável ao caso, até que o Legislativo regulamente o tema. Absurdo é estender os efeitos de uma norma já declarada inconstitucional, perpetrando a desigualdade nos repasses entre os Estados e mantendo a violação ao Texto Constitucional.

Desta forma, concluímos que o ativismo judicial se faz necessário em casos de omissão inconstitucional, respeitadas as demais normas do sistema e a possibilidade de posterior ato do Legislativo suplantar a regulamentação provisória do Judiciário.

No caso do repasse das receitas ao FPE, cremos ter havido retrocesso na decisão liminar proferida pelo Ministro Lewandowski, eis que além de contrariar a coisa julgada e a própria decisão judicial do STF, estendeu os efeitos de uma norma reconhecidamente inconstitucional, quando o mais correto seria a regulamentação provisória da norma constitucional de eficácia limitada. Sem prejuízo, a tomada de posição do Ilustre Ministro desequilibra os Poderes, vez que o Judiciário, mesmo tendo ordenando ao Legislativo que regulamentasse a norma do art. 161, II, curvou-se a sua omissão e estendeu os efeitos da LC nº 62/1989.

Espera-se que, caso superado o prazo de 150 (cento e cinquenta) dias fixados em decisão liminar, o STF adote a posição concretista e regulamente a questão, sem ter de recorrer à normas que viola o Texto Constitucional, afinal, sua função precípua é a de proteger a Constituição e não violá-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 452 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16^a ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. 1312 p.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de Inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999. 960 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5^a ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. 1.616 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Vol. VI**. 4^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. 349 p.

PALU, Osvaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos**. 2^a ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 356 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25^a ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 204 p.